

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a man on horseback, holding a staff. Above him is a crown with a cross on top. To the left is a castle, and to the right is a lion. The seal is surrounded by Latin text: "CAETERAS REBUS CONSPICUA CAROLINA ACADEMIA COACTEMALENSIS INTER".

**LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DEL VELO
CORPORATIVO COMO MECANISMO JURÍDICO
PARA EVITAR EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD
JURÍDICA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

JACKELINE ZULEYCA ALEGRIA HERRERA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007

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

**LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DEL VELO CORPORATIVO COMO
MECANISMO JURÍDICO PARA EVITAR EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD
JURÍDICA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA**

TESIS

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

JACKELINE ZULEYCA ALEGRIA HERRERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2007.



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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Marroquín García
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Otto Marroquín Guerra
Vocal: Lic. Carlos Humberto De Leon Velazco
Secretario: Lic. Juan Carlos Godínez

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Héctor Marroquín Aceituno
Vocal: Lic. Héctor Orozco
Secretario: Lic. Carlos Sentés Luna

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

Bufete Profesional

Abogados Asociados

Lic. Juan Carlos Godínez Rodríguez

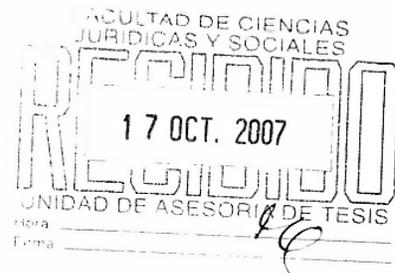
Abogado y Notario

10a. Avenida 13-58, Of. 303, Edificio Duarte Zona 1, Guatemala,
Tel.: 251-7587



Guatemala, 16 de octubre de 2007.

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
De la Universidad de San Carlos de Guatemala.



Lic. Castillo Lutín:

Cumpliendo con la resolución dictada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la Bachiller **JACKELINE ZULEYCA ALEGRÍA HERRERA**, intitulado "**LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DEL VELO CORPORATIVO COMO MECANISMO JURÍDICO PARA EVITAR EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA**", en relación al mismo me permito OPINAR:

Que la investigación realizada por la Bachiller **JACKELINE ZULEYCA ALEGRÍA HERRERA**, consultando la bibliografía adecuada, utilizó las técnicas, metodología, formas de redacción, cuadros estadísticos, citas correspondientes, después de haber sido discutida y atendiendo las sugerencias que durante la misma le fueron hechas, demostrando su capacidad investigativa, llegó a conclusiones y recomendaciones congruentes con su trabajo, por lo que reúne los requisitos requeridos por el reglamento de examen técnico profesional y público de tesis, especialmente con el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, que pueden servir de base para el examen público de tesis, previo a optar a los títulos profesionales de Abogado y Notario y al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.

Licenciado **JUAN CARLOS GODÍNEZ RODRÍGUEZ**
Colegiado 5720

Licenciado
Juan Carlos Godínez Rodríguez
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintidós de octubre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HELDER ULISES GÓMEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JACKELINE ZULEYCA ALEGRÍA HERRERA, Intitulado: "LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DEL VELO CORPORATIVO COMO MECANISMO JURÍDICO PARA EVITAR EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".



LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh

BUFETE PROFESIONAL GÓMEZ, GODÍNEZ, SANDOVAL
ABOGADOS Y NOTARIOS
Lic. Helder Ulises Gómez
10ª. Av. 13-58 Of. 303 Edif. Duarte, zona 1 Guatemala
Tels. 22517587, 54172648



Guatemala, 24 de octubre del 2007.

Licenciado Marco Tulio Castillo Lufin
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
De la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Licenciado Castillo:

Cumpliendo con la resolución dictada de esa Unidad de Asesoría de Tesis, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la Bachiller **JACKELINE ZULEYCA ALEGRÍA HERRERA**, intitulado **“LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DEL VELO CORPORATIVO COMO MECANISMO JURÍDICO PARA EVITAR EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA”**, por lo que me permito OPINAR:

La Bachiller Alegria Herrera, utilizó las técnicas, metodología, formas de redacción, cuadros estadísticos, bibliografía adecuada, emitió conclusiones y recomendaciones acordes con su trabajo, llegando a ser una contribución científica para el ordenamiento jurídico de Guatemala; siendo que el trabajo reúne los requisitos requeridos y cumple especialmente con el artículo 32 del normativo para el Examen General Público, por lo que puede servir de base para el examen público de tesis, previo a optar a los títulos profesionales de Abogado y Notario y al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de mi consideración y estima.

Licenciado **HELDER ULISES GÓMEZ**
colegiado 5235

Licenciado
HELDER ULISES GOMEZ
Abogado y Notario
REVISOR



UNIVERSIDAD DE SAN
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12
GUATEMALA, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, seis de noviembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JACKELINE ZULEYCA ALEGRÍA HERRERA, Titulado LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DEL VELO CORPORATIVO COMO MECANISMO JURÍDICO PARA EVITAR EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA, Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh





DEDICATORIA

A DIOS: Mi Señor, Jehová todo poderoso. Por haberme proveído de su favor y ayuda en todo momento, por nunca haberme abandonado ni desamparado en cada momento de mi vida, en los más difíciles. Le agradezco por la fuerza que me dio para hacerme capaz de alcanzar este anhelado logro. Gracias Padre, por permitirme compartir este día contigo y con todos mis seres queridos.

A MI PATRIA: Guatemala querida, tierra bendita.

A: La dignísima, Tricentaria Universidad de San Carlos de Guatemala, en especial mi Facultad, la de Ciencias Jurídicas y Sociales. Manifiesto mi orgullo de pertenecer a ella y ahora ser una profesional egresada de su seno. Agradezco el temple del que ha formado mi carácter y la formación académica que me ha dado.

A MIS PADRES: Edgar René Alegría Santos y Ruth Marina Herrera Ramírez de Alegría. Por su ejemplo de vida que me llena de orgullo y me insta a salir adelante. Gracias por su amor, apoyo y sabios consejos.

A MIS HERMANOS:
Edgar Alejandro y Ricardo René Alegría Herrera, causa y centro que mueve vida.

A MIS ABUELOS: José Antonio Alegría Herrera (Q.E.D), Vitalina Santos de Alegría, Rigoberto Herrera Girón, papito adorado, y en especial, con todo el amor, para mi abuela Marina Esperanza Ramírez Sisniega Otero (Q.E.D), a quien debo toda inspiración en la vida, quien aunque físicamente ya no



está a nuestro lado, viven siempre su ejemplo y amor en mi recuerdo y mi corazón.

A MIS TIOS: Con gran cariño a todos ellos, pero especialmente y con mi amor a mi Tía, Virginia (Q.E.D), quién me introdujo en la senda de esta bella profesión, y me amo, apoyo y enseño hasta el ultimo día de su vida. Se que compartes conmigo este triunfo.

A MIS PRIMOS: Sofía, Nidia, Evelyn y Efraín Díaz Herrera; Ana lucía y José Antonio Contreras Alegría y especialmente a Juan José y Nancy Marisella Marín Herrera. Ustedes lo saben, más que primos son mis hermanos.

A: Karim, por su cariño y apoyo incondicional.

A MIS AMIGOS: Jacqueline Aguirre, Adolfo Alarcón, Carlos Cabrera, Ruben Crespo, Carolina Dávila, Lissi De La Rosa, Silvia Sofía Flores Mazariegos, Rossana Gallardo, Rubén González, Carlos Sánchez, Gabriela Lobo Sira, Nineth Lopreto, Elizabeth Schieber Vielman (Liz), César Urrutia (Don Checha), Carolina y Selvin Valenzuela y Bianca Wagner. Gracias por los momentos que hemos compartido. Es una bendición tenerlos, los quiero muchísimo.

A: Lic. Avidán Ortiz Orellana y su esposa Licda. Patty de Ortiz. Gracias por su amistad y el incondicional apoyo que me han brindado en cada uno de los obstáculos hallados en el camino hacia mi graduación.

A LOS PROFESIONALES, MIS MAESTROS:

Lic. Manuel de Jesús Elías Higueros, Licda. Rosario Gil, Lic. Cesar Landelino Franco Lopez, Lic. Carlos Mancio y



Lic. Sergio Pineda. Por su ejemplo de humildad, honestidad y excelencia académica y profesional.

A MI ASESOR: Lic. Juan Carlos Godínez. Gracias por lanzarme el reto de hacer lo mejor para el presente trabajo, así como por sus consejos y la exigencia que impuso al mismo.

A MI REVISOR: Lic. Helder Ulises Gómez. Gracias infinitas por su amistad, sus acertados consejos y su tiempo para llevar a buen fin este trabajo.

A MIS PADRINOS: Quienes me honran con su presencia y me han servido de inspiración profesional.

A: Todos quienes contribuyeron en mi formación académica o han compartido etapas de mi vida. A todos ustedes, los llevo en mi corazón.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO I

1. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada y el velo corporativo.....	01
1.1 La personalidad de las personas jurídicas.....	01
1.2 La personalidad de las personas jurídicas de responsabilidad limitada...02	02
1.3 La sociedad anónima y su organización.....	04
1.4 Las acciones y los accionistas.....	08
1.5 El velo corporativo.....	10
1.6 El abuso del velo corporativo.....	11

CAPÍTULO II

2. La desestimación del velo corporativo.....	13
2.1 Antecedentes.....	13
2.2 La equidad en el sistema angloamericano.....	14
2.3 La equidad y la desestimación del velo corporativo.....	15
2.4 La teoría de la penetración o desestimación.....	16
2.5 Antecedentes en la legislación comparada.....	19
2.5.1 Antecedentes en el derecho inglés.....	19
2.5.2 Antecedentes en el derecho estadounidense.....	21
2.5.3 El caso “ <i>deep rock</i> ”.....	23
2.5.4 La experiencia en el sistema de derecho continental y Latinoamérica.....	24



Página

2.6 Algunas soluciones en la legislación guatemalteca.....	27
2.7 La simulación.....	28
2.8 La acción revocatoria.....	30
2.9 El fraude a la ley.....	32
2.10 Acciones penales.....	33
2.11 Efectos de la desestimación.....	36

CAPÍTULO III

3. Los grupos de sociedades, las sociedades vinculadas y el trasvasamiento de sociedades.....	39
3.1 Los grupos de sociedades.....	39
3.2 Las sociedades vinculadas.....	45
3.3 Los grupos financieros regulados.....	46
3.4 Los grupos de instituciones financieras no reguladas.....	49
3.5 La infracapitalización.....	52
3.6 El trasvasamiento de sociedades.....	53
3.7 Contratos de participación, joint venture y otras operaciones mercantiles.....	55

CAPÍTULO IV

4. La aplicación de la desestimación del velo corporativo.....	57
4.1 Existencia y abuso de la personalidad jurídica de responsabilidad limitada.....	58

4.2 Naturaleza de las actuaciones que permiten la desestimación del velo Corporativo.....	61
4.3 Aplicación de los remedios proporcionados por la legislación para la desestimación.....	62
4.4 Forma de aplicación de la desestimación y medidas a implementarse.....	64

CAPÍTULO V

5. Implicaciones económicas del a desestimación del velo corporativo.....	67
---	----

CAPÍTULO VI

6. La aplicación de la teoría de la desestimación del velo corporativo.....	77
6.1 El velo corporativo y el abuso de la personalidad jurídica como elemento básico de la desestimación	77
6.2 La responsabilidad de los administradores y representantes legales dentro del esquema de la desestimación del velo corporativo.....	84
6.3 Reformas legales para que opere la desestimación del velo corporativo y la acción de desestimación.....	89
6.4 Temas conexos y la repercusión económica de la desestimación.....	96
6.5 Temas conexos y la repercusión económica de la desestimación.....	100
CONCLUSIONES.....	107
RECOMENDACIONES.....	111
BIBLIOGRAFIA.....	113



INTRODUCCIÓN

El propósito de esta investigación es realizar un estudio sobre la situación del Velo corporativo en Guatemala y la necesidad de su desestimación en casos determinados. Asimismo, establecer cuál es la posición de la doctrina en cuanto al tema y enfocarla desde la realidad guatemalteca. Por último, determinar el alcance de las instituciones jurídicas relacionadas con la personalidad jurídica y las formas en que puede operar el Velo corporativo para evadir responsabilidades, así como los remedios existentes dentro de la legislación para desestimar el Velo corporativo y los límites y alcances que éstos pueden tener.

A lo largo de la investigación se utilizaron diferentes métodos y técnicas, el método utilizado fue el de investigación científica con base en recopilación de información, en bibliotecas, hemerotecas, internet, la cual una vez interpretada, analizada y adecuada al sistema legal guatemalteco, ha sido expuesta y discutida en el presente trabajo.

Para entrar en materia y cumplir con lo establecido en el manual de elaboración de tesis de la Universidad de San Carlos de Guatemala, mencionaremos que a lo largo del trabajo se utilizan indistintamente los términos: "el abuso de la personalidad jurídica", para hacer referencia a un elemento fundamental del tema, pero debe hacerse la advertencia que dicha denominación es simplemente doctrinaria pues así es como se



ha dado a conocer. En realidad se trata del abuso de la responsabilidad limitada o de la personalidad jurídica de responsabilidad limitada, ya que es en este tipo de sociedades en donde se encuentra el verdadero problema de abuso y no en aquellas que no limitan la responsabilidad. Sin embargo por razones teórico prácticas se utiliza la denominación de “abuso de la personalidad jurídica” a sabiendas de que se refiere, en realidad, al “abuso de la personalidad jurídica que limita la responsabilidad”.

El presente trabajo de investigación se basa en el cumplimiento de objetivos y en la descripción del tema y su alcance. En el Capítulo primero hablaremos sobre la personalidad jurídica de la sociedades mercantiles, su organización, responsabilidad, las acciones y lo que es el velo corporativo. En el segundo capítulo trata sobre los antecedentes de la desestimación del velo corporativo y en la legislación comparada, así como la equidad, la simulación, el fraude, las acciones penales y los efectos de la desestimación. Es como arribamos al tercer capítulo el cual versa sobre los grupos de sociedades, las sociedades vinculadas y el trasvasamiento de sociedades, además de los grupos financieros regulados o no, su infracapitalización y otras operaciones mercantiles. En el capítulo cuarto hablamos de la existencia y abuso de la personalidad, la naturaleza que permiten las actuaciones la desestimación del velo corporativo, aplicación de los medios que proporciona la legislación para desestimación y las medidas a implementarse. Se trata de rodear el tema e ir introduciendo y señalado características y elementos importantes que giran en torno a la desestimación del velo corporativo. Mientras que en el quinto y sexto capítulo se habla sobre las implicaciones económicas, elementos básicos de la desestimación,



sus remedios legales, la responsabilidad de sus administradores y representantes legales, reformas legales para la operación de la desestimación del velo corporativo y la acción de desestimación. En todos los capítulos se realiza un microanálisis para al final llegar a la discusión final y las conclusiones de la investigación. La idea es generar un clima concéntrico dentro del tema sin perjuicio de que en cada capítulo ya se esté presentando parte del análisis final y de las conclusiones. El tipo de investigación no presenta ninguna hipótesis ya que su carácter descriptivo se fundamenta en cumplir los objetivos trazados. Esto no quiere decir, que no se hagan conclusiones precisas luego del desarrollo del tema. En este sentido se trata de una investigación descriptiva, sin hipótesis, basada en objetivos determinados, que realiza un análisis profundo del tema.

La temática concéntrica de los temas girará en torno a la desestimación del velo corporativo. Para ésto, deben tratarse otras materias como la personalidad jurídica de las sociedades anónimas y el velo corporativo; el abuso de la personalidad jurídica y las diferentes situaciones en las cuales se utiliza el velo corporativo para obtener fines extrasocietarios, los grupos societarios, el control y las acciones; y algunos otros temas relacionados. Por tratarse de una institución relativamente desconocida en la legislación guatemalteca, el marco teórico se sustenta básicamente con doctrina, sin perjuicio de analizar la legislación nacional referente a la personalidad jurídica, las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada y los posibles remedios legales proporcionados para la desestimación del velo corporativo.



La presente investigación hace énfasis en la sociedad anónima, sin perjuicio de que los mismos criterios o comentarios sean pertinentes para el resto de sociedades mercantiles de responsabilidad limitada. Así mismo posee límites en cuanto a información y fuentes guatemaltecas por el relativo desconocimiento de la institución o su poca utilización.



CAPÍTULO I

1. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada y el velo corporativo.

La sociedad como persona jurídica ha tenido un gran desarrollo desde su concepción. Las sociedades mercantiles ocupan un espacio privilegiado dentro de los tipos sociales y dentro de estas, la sociedad anónima tiene una particular importancia, sobre todo por su desarrollo y proliferación. La importancia de las sociedades anónimas en el mundo actual es innegable ya que representa valores comerciales, jurídicos, económicos y sociales.

La personalidad jurídica de las sociedades y la teoría de la responsabilidad limitada no surgieron simultáneamente ni son lo mismo, pero sí se han desarrollado en forma paralela, a tal punto que muchas veces se confunde la personalidad jurídica de la sociedad con la responsabilidad limitada. Por otro lado, en el derecho latino, la regla general es que únicamente la personalidad de las sociedades mercantiles se asocie con el concepto de responsabilidad limitada.

1.1 La personalidad de las personas jurídicas

La personalidad jurídica o simplemente la personalidad es la potestad o facultad de ser sujeto de derechos y obligaciones. Las personas físicas o individuales, se refieren a los seres humanos y las personas jurídicas o mejor denominadas las personas abstractas son los entes que sin ser seres humanos son susceptibles de adquirir derechos y obligaciones. Las personas jurídicas, siempre han sido controversiales ya que no ha sido sencillo conceptuar que un ente que es la extensión



de personas físicas posea la facultad de ser sujeto de derecho. En ese sentido existen varias teorías que tratan de explicar los orígenes de estas personas.

Las teorías negativas no aceptan la existencia de las personas jurídicas o morales y niegan la necesidad de reconocerlas. Las teorías de la ficción jurídica no reconocen en sí la existencia de la persona jurídica sino establecen que es una creación del legislador. Por último las teorías de la realidad establecen que las personas jurídicas son personas reales y diferentes de las personas que las conforman. De una u otra forma las distintas legislaciones han reconocido, ya sea por ficción o por realidad, la personalidad de las personas jurídicas.

Dentro de los efectos de la personalidad jurídica de las sociedades hay dos aspectos muy importantes. El primero la separación de responsabilidades; y el segundo la existencia de un patrimonio propio.

1.2 La personalidad jurídica de las sociedades de responsabilidad ilimitada

Debe partirse de la idea de que las únicas sociedades de responsabilidad limitada son las que la ley cataloga como tales. En ese sentido, la ley guatemalteca únicamente otorga esta distinción a algunas sociedades mercantiles, por lo que al hablar de sociedades de responsabilidad limitada se hace referencia a dichas sociedades mercantiles.

Para efectos prácticos se hará referencia a la sociedad anónima, por tratarse de la forma societaria más importante en la actualidad, sin perjuicio que los elementos que se mencionen sean aplicables a otro tipo de sociedades que limiten la responsabilidad de sus miembros.



En términos generales, la personalidad jurídica de las sociedades de responsabilidad limitada es igual a la de cualquier otra sociedad. Sin embargo, la sociedad de responsabilidad limitada aparece como una figura diferente, no en cuanto a su personalidad, sino en cuanto a la relación de sus miembros con ésta. Si bien es cierto que los miembros de cualquier sociedad son diferentes de la sociedad que se forma, en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada y en especial de la sociedad anónima, ésta separación implica ciertas condiciones especiales como la limitación de responsabilidad, el control societario basado en el capital suscrito, etc.

La responsabilidad limitada significa que los socios solamente son responsables por sus respectivas aportaciones a la sociedad o en su caso hasta el monto del capital suscrito o comprometido aunque no se haya pagado o aportado. Más allá de esta obligación, o sea, aportar o pagar el capital suscrito o comprometido, no deberán responder los socios. La teoría tradicional sustenta que la separación de patrimonios y capitales es tal que resulta incomunicable e inconfundible el patrimonio de la sociedad con el de sus miembros y viceversa, aún y cuando la sociedad posea una deuda por cobrar al socio que no ha pagado el capital suscrito, si fuere el caso. Así mismo las deudas y obligaciones tampoco pueden ser confundidas.

Sin embargo esta responsabilidad limitada no sólo ha sido usada, sino en muchas ocasiones abusada, ya que se ha tratado de cubrir actividades que van más allá de la buena fe o los fines lícitos. Por tal razón la responsabilidad limitada, algunas veces, es un arma de dos filos. Es un incentivo para la actividad comercial y el desarrollo en atención a que fomenta la reunión de capital para realizar proyectos y hace atractiva la asunción de riesgos ya que, en el caso de que la actividad fracase, el



inversionista o comerciante no perderá la totalidad de su patrimonio. Sin embargo puede ser una herramienta de la impunidad. Por tal razón el abuso de la personalidad jurídica de responsabilidad limitada debe ser sancionado en la medida en que, en casos muy especiales, perjudique a terceros de buena fe.

1.3 La sociedad anónima y su organización

Tal y como se había planteado, dentro de las sociedades de responsabilidad limitada la más importante en la actualidad es la sociedad anónima. Según Garrigues, ésta es una "sociedad capitalista dedicada, con capital propio dividido en acciones, y con una denominación objetiva, y bajo el principio de responsabilidad limitada de los socios frente a la sociedad, a la explotación de la industria mercantil".¹

En cuanto a los fines de la sociedad anónima claramente se entiende que es una persona jurídica dedicada al comercio y con ánimo de lucro. Está catalogada como comerciante, sus actividades deben enmarcarse dentro del ámbito comercial y la realización de actos en masa dentro de la estructura del comercio. Se entiende que no todas las personas poseen suficiente capital para iniciar una actividad, de tal suerte que las sociedades permiten la reunión de personas y capital para la explotación de cierta industria o comercio; así mismo se entiende que dentro de dichas actividades existen muchos riesgos, los cuales pueden terminar no sólo con la industria o comercio que se pretende desarrollar, sino también con la totalidad del patrimonio de las personas que se dedican a esa actividad. Por tales motivos el desarrollo de la reunión de capitales y la idea de limitar el riesgo a la actividad o industria que se está explotando, sirven de justificación e incentivo para la formación de sociedades anónimas.

¹ Garrigues, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**. Pág.416.



El elemento de la responsabilidad limitada es un elemento esencial dentro del concepto de la sociedad anónima. Implica una limitación por parte de los accionistas frente a la sociedad y frente a terceros y la responsabilidad de la propia sociedad frente a terceros. La responsabilidad limitada de los accionistas se refiere a que éstos únicamente tienen la obligación de aportar el importe de las acciones que hayan suscrito. De tal forma que los accionistas no tendrán obligaciones accesorias y únicamente estarán obligados a responder por el monto de las acciones que hayan suscrito. Por su parte la responsabilidad social limitada se refiere a que la sociedad limita su responsabilidad al monto de su patrimonio, aunque con este se responda ilimitadamente. Esta responsabilidad limitada de la sociedad se deriva de la característica de inexistencia de responsabilidad subsidiaria de los socios, por lo menos en términos generales. A diferencia de estas, en las sociedades de responsabilidad ilimitada, cuando la sociedad no posea bienes o patrimonio suficiente para cubrir sus obligaciones a corto plazo, los socios deberán responder con su propio patrimonio para cubrir las obligaciones sociales.

En una sociedad anónima, el capital social expresa las aportaciones de los accionistas, aunque no necesariamente quiere decir que la sociedad posea ese capital en dinero y en forma física. Así mismo el capital es la garantía a favor de los acreedores de la sociedad. Según Ramos, desde el punto de vista contable, el capital es la "relación entre bienes materiales, más créditos, menos deudas de una persona". De tal forma que la diferencia entre el activo y el pasivo es el patrimonio contable de una persona. Para una sociedad anónima las aportaciones de capital se registran en el pasivo pues es un pasivo exigible. Debe anotarse que el capital social, o sea aquel que



tiene relación con las aportaciones de los socios y que se puede dividir en capital autorizado, suscrito y pagado, no necesariamente tiene que coincidir con el capital como concepto de patrimonio de una sociedad”.²

Puede ser el caso de que una entidad tenga un capital social autorizado suscrito y pagado de cien mil quetzales y su balance refleje un capital o patrimonio de varios millones de quetzales, lo cual haría automáticamente que las acciones de dicha entidad tuvieran un valor en el mercado muy superior a su valor nominal ya que al existir ganancias no representarían un porcentaje sobre el capital suscrito sino un porcentaje sobre el valor del patrimonio de la sociedad. Así mismo si el patrimonio de la sociedad fuera inferior al capital pagado por los accionistas, o sea que existieran pérdidas, las acciones perderían valor.

En cuanto a los órganos de la sociedad anónima, estos son: la asamblea de accionistas, el órgano de administración y el órgano de fiscalización. De éstos, el más importante es la asamblea de accionistas ya que reúne a todos los socios y en realidad es el conjunto de voluntades que da vida a las sociedades. Estos accionistas obviamente, son las personas que de alguna manera, han aportado capital mediante suscripciones de acciones para conformar a la sociedad, o bien han adquirido las acciones de personas que aportaron dicho capital. De cualquier forma son la conciencia colectiva de la entidad.

Dentro de la sociedad anónima la aportación de capital es más importante que el socio en sí. De tal forma que no se trata de un ente democrático en cuanto al número de personas que lo conforman, sino que el derecho de voto se manifiesta con relación

² Garrone, José y Castro Sammartino, Mario. **Manual de derecho comercial. Pág. 479.**



al número de acciones que cada socio posea. Así, en una sociedad anónima, una sola persona puede constituir mayoría para tomar decisiones aun y cuando los restantes socios no estén de acuerdo, en virtud de que una sola persona posea más del mínimo establecido en el pacto social para la toma de decisiones. Esto tiene importancia en la medida en que se pueden tomar decisiones que no convengan a los demás accionistas o a terceros y en realidad es una sola persona la que toma la decisión, sin perjuicio del derecho de separación que en determinadas ocasiones corresponde a los socios que no se encuentren de acuerdo con las decisiones tomadas en las asambleas.

El hecho que las sociedades anónimas sean de carácter objetivo, en donde el capital es más importante que la persona; la limitación de la responsabilidad y la desvinculación de los patrimonios y obligaciones de los accionistas y el de la sociedad, han llevado a que las personas que controlan la sociedad muchas veces actúen con negligencia, mala fe, en forma fraudulenta o simplemente ocultando la realidad con una forma societaria, seguros de que cualquier responsabilidad será cubierta o detenida por la personalidad jurídica de responsabilidad limitada de una sociedad anónima. Esta situación se ha transformado muchas veces en un verdadero abuso de derechos o bien se ha prestado al aprovechamiento para realizar actividades extrasocietarias o fraudulentas.

Así mismo, la concentración de poder accionario en una sola persona crea situaciones en las cuales incluso los socios se ven desprotegidos y hasta perjudicados por decisiones con las que no se encontraban de acuerdo. Cualquier persona, incluyendo los propios accionistas, está sujeta a que la sociedad, o bien la persona que ostenta la mayoría de las acciones, a través de una sociedad, les cause algún daño o



perjuicio en su patrimonio y la única garantía con la que se puede contar, según el esquema tradicional y conservador de la personalidad jurídica, es el patrimonio de la sociedad aunque tras de esta exista otra persona, individual o jurídica controladora de la sociedad, que sea la verdadera responsable. Una vez más se pone de manifiesto el hecho de que la responsabilidad limitada no debe ser utilizada para perjudicar a terceros o bien para que algunas personas evadan sus responsabilidades.

1.4 Las acciones y los accionistas

Las acciones son los títulos que representan el capital de la sociedad anónima y que confieren la calidad de accionista a una persona. Estas, representan una serie de derechos y obligaciones que los accionistas tienen entre sí y frente a la sociedad.

Los derechos más importantes de los accionistas son el voto, el reparto de utilidades y la suscripción de nuevas acciones de la sociedad. Dentro de las obligaciones de los accionistas se encuentran el someterse al pacto social, respetar las decisiones de la asamblea y pagar las acciones suscritas.

Las acciones como tales pueden ser emitidas en forma nominativa o al portador. Las acciones nominativas distinguen como accionista a la persona a cuyo nombre se emiten los títulos o figuren como endosatarios de los mismos y además implican la necesidad de contar con un registro de accionistas en donde se anota quien es el titular de las respectivas acciones. Por su parte, las acciones al portador simplemente distinguen como accionista a cualquier tenedor de las mismas y no existe ninguna obligación de establecer en ellas o en alguna otra parte el nombre de su dueño.

En este punto debe hacerse la observación de que el hecho de que una sociedad anónima posea acciones nominativas, no la hace menos anónima, por así



decirlo. No es el conocimiento o desconocimiento de quienes son los accionistas lo que hace a una sociedad anónima o no. Además de lo ya expresado con anterioridad en cuanto a la división de capital y la responsabilidad, debe señalarse que la calidad de anónima en una sociedad deviene de la preeminencia de lo objetivo sobre lo subjetivo. No importa a esta sociedad quienes la forman, sino el capital que la conforma. Esta es una sociedad netamente objetiva y cuya organización y estructura se basa en el capital, no en las personas y/o en la sencilla transferencia de la calidad de socio mediante la entrega cambiaria del título de acción que normalmente rige en los pactos sociales de las sociedades anónimas. En ese sentido no debe confundirse el distintivo de sociedad anónima con el ocultamiento o desconocimiento de sus accionistas.

Se hace esta aclaración ya que más de una vez se ha querido interpretar que las sociedades con acciones nominativas no son verdaderas sociedades anónimas pues revelan quienes son los accionistas, sin reparar en que los registros de accionistas son privados y que sólo tendrán que ser mostrados a terceros en caso de que se requiera por autoridad competente. Sin embargo, legalmente sólo surtirá efecto frente a los accionistas, la sociedad o frente a terceros, lo que en el libro de accionistas aparezca registrado.

La importancia de las acciones y su función dentro de la estructura societaria, está en que éstas son las que determinan quienes son las personas que se benefician y controlan la sociedad y en su caso quienes pueden ser los responsables en casos de abuso de la personalidad jurídica.



1.5 El velo corporativo

La reunión de sujetos privados con el objeto de afrontar un negocio o empresa económica inició en la edad media y de allí se ha venido desarrollando la figura asociativa, hasta convertirla en una verdadera persona jurídica. Posteriormente, se desarrolló la especialización y separación de personalidades entre la sociedad y los socios que la conforman, así como del patrimonio, hasta llegar al punto en donde los socios no responden por obligaciones de la sociedad.

La forma típica de este tipo de sociedad es la sociedad anónima, tal y como se ha visto. No existe, en este tipo de sociedades, comunicación entre la responsabilidad de los socios y de la sociedad, construyéndose una barrera que se ha denominado el velo corporativo o bien el muro de la responsabilidad limitada. De tal forma que el velo corporativo es una especie de muro que separa la personalidad, la responsabilidad, el patrimonio y las obligaciones de la sociedad y la de sus accionistas y éstos limitan su responsabilidad y responden únicamente por el pago de las acciones suscritas.

El velo corporativo se manifiesta principalmente entre los socios o accionistas y la sociedad a la que pertenecen. Esta es la manifestación típica y más sencilla del velo corporativo, en donde solamente existe una relación entre accionistas y la sociedad. Además de este tipo de relación existen otras más complejas en las cuales se involucran sociedades que son accionistas de otras sociedades; personas que son accionistas de varias sociedades entre las cuales la única relación es que una misma persona es accionista de ellas; grupos de sociedades que desarrollan actividades complementarias o vinculadas; etc.



1.6 El abuso del velo corporativo

El comercio es una actividad de gran riesgo el cual solamente se toma en determinadas circunstancias. El velo corporativo constituye un estímulo para asumir riesgos ya que así estos pueden ser limitados. Galgano establece que: "Pese a que compartimos tan loables objetivos (la reducción del marco operativo de la limitación de la responsabilidad) estamos convencidos de que la posibilidad de limitar el riesgo empresario por medio de la constitución de sociedades, resulta primordial para el desenvolvimiento de un sistema esencialmente capitalista".³

Tal y como ya se ha mencionado, el aparecimiento y florecimiento de sociedades anónimas ha ocasionado, en ciertos países, el abuso de la personalidad jurídica de responsabilidad limitada, o sea el abuso del velo corporativo. El abuso del velo corporativo se identifica en la doctrina con el abuso de la personalidad jurídica aunque en realidad no se trata en sí del abuso de la personalidad jurídica, sino del abuso de la responsabilidad limitada de las personas jurídicas. Debe recordarse que no es lo mismo la personalidad jurídica que la responsabilidad limitada, aunque ambos conceptos se han ido desarrollando en forma paralela. En todo caso el utilizar el concepto de abuso de personalidad jurídica, atiende a razones prácticas, aunque técnicamente sería correcto hablar del abuso de la personalidad jurídica de responsabilidad limitada o sea del abuso del velo corporativo.

Así como existen diferentes formas, unas más complejas que otras, de manifestación del velo corporativo; así también la utilización de estas formas vuelve más compleja la forma en que opera su abuso, incluso en algunas ocasiones siendo

³ Galgano, Francesco. **Historia del derecho mercantil**. Pág. 130.



utilizado para perpetrar verdaderos fraudes. Según Rolf Serick, citado por Juan Dobson, las manifestaciones más frecuentes que revisten los supuestos de abuso de la persona jurídica son el fraude a la ley, el fraude o violación al contrato, daño fraudulento causado a terceros y en algunos supuestos de relaciones entre sociedad madre y sociedad filial. Así mismo presenta una regla fundamental que se traduce en que, cuando por intermedio de una persona jurídica se posibilita la burla de una disposición legal, una disposición contractual o se causa un perjuicio a terceros, existe abuso de personalidad jurídica y puede alegarse que la buena fe ha sido violada”.⁴

Además del abuso de derechos y el aprovechamiento de la personalidad jurídica de las sociedades para ocultar actividades fraudulentas, existen otros elementos que ayudan a delimitar los excesos que se cometen amparados bajo el velo corporativo. Estos elementos son el dolo, la negligencia, la falta de interés en el ejercicio de un derecho y la extralimitación de la personalidad jurídica. De una u otra forma estos elementos, cuando son utilizados bajo el esquema de una sociedad anónima, pueden desembocar en perjuicios para terceros, los cuales podrían quedar impunes al estar amparados por el velo corporativo, constituyendo en casos extremos un abuso y aprovechamiento malicioso de la responsabilidad limitada y la separación de personalidades.

⁴ Dobson Juan. **El abuso de la Personalidad jurídica en el derecho privado. Pág. 19**



CAPÍTULO II

2. LA DESESTIMACION DEL VELO CORPORATIVO

2.1 Antecedentes

Tal y como se ha descrito, la personalidad jurídica de responsabilidad limitada puede ser abusada o aprovechada en perjuicio de terceras personas. Así mismo ya se ha hecho la aclaración de que por razones prácticas, la doctrina ha dado en llamar abuso de personalidad jurídica cuando lo técnicamente correcto debería ser el abuso de la personalidad jurídica de responsabilidad limitada. El abuso de la personalidad jurídica, siguiendo la denominación doctrinaria, no es un hecho reciente pues la extralimitación se ha dado en la medida en que se han desarrollado los conceptos de personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y la responsabilidad limitada. Ante el incremento del abuso del velo corporativo, también se han debido crear los remedios jurídicos que corrijan esta conducta.

De tal forma aparecieron tanto en los Estados Unidos de América como en Francia, procedimientos excepcionales encaminados a desestimar el velo corporativo, haciendo responsables patrimonialmente a los socios o a las personas que actuaron detrás de la forma asociativa en beneficio propio y en perjuicio de terceros. Lentamente se ha introducido en los diferentes sistemas jurídicos la idea de que el velo corporativo puede ser penetrado y desestimado. Sin embargo ha sido objeto de acaloradas discusiones la forma en que debe operar, ya que la desestimación debe hacerse con extrema cautela para no dañar la institución de la responsabilidad limitada de las sociedades anónimas en atención a los beneficios que se derivan de ésta y que ya han sido mencionados.



De los sistemas jurídicos señalados, probablemente el precursor y el que más éxito ha tenido es el modelo estadounidense en atención a un sistema legal más flexible. La institución de la penetración del velo corporativo o la desestimación ("piercing the corporate veil" o "disregard of legal entity"), es producto del sistema de equidad o "equity".

2.2 La equidad en el sistema angloamericano

Antes de establecer la definición y conceptos tras la penetración del velo corporativo, es necesario hacer un breve comentario sobre la equidad o "equity", ya que es este sistema el que ha inspirado la teoría de la penetración o desestimación. Así mismo ha sido en los Estados Unidos de América en donde esta teoría ha alcanzado su máxima expresión, sin perjuicio de que en países de tradición romano-napoleónica, ya existan grandes avances en cuanto a la penetración del velo corporativo.

La equidad como sistema legal diferenciado, constituye uno de los rasgos más sobresalientes del derecho anglosajón y de los derivados de éste. Este sistema constituye un régimen complementario y contrapuesto a otro de normas jurídicas de interpretación y aplicación estricta, siendo un pilar fundamental del sistema de justicia angloamericano. La equidad se basa en principios de justicia y busca resolver los conflictos que no pueden ser dirimidos por un sistema rígido de normas o de una interpretación cerrada de las mismas. La equidad se convierte en una alternativa excepcional para obtener pronunciamientos diferentes a los que generalmente prevean las leyes, por tratarse de circunstancias igualmente excepcionales, en donde la aplicación de la norma rígida podría desembocar en una injusticia.



Dentro del desarrollo de la figura de la equidad, cabe mencionar que se constituyó como un sistema de derecho supletorio. En este sistema la regla general se manifiesta en el sentido de que la corte de equidad sólo puede asumir competencia cuando exista un daño que sea irreparable por otra vía. En este sentido se considera daño irreparable cuando un tribunal de derecho no ofrece amparo alguno o bien el ofrecido es inadecuado o injusto.

La equidad en la actualidad es un sistema accesorio, complementario y supletorio del sistema de normas jurídicas tradicional anglosajón o "common law". No puede existir la equidad sin este sistema y no podrá funcionar si el mismo (el "common law") ofrece una solución justa y adecuada a la situación. La equidad sigue basándose en criterios de razón y conciencia para dictar sus fallos y para ésta es sumamente importante el interés público.

2.3 La equidad y la desestimación del velo corporativo

La equidad utiliza un lenguaje deliberadamente impreciso para cumplir sus fines. Se caracteriza por reglas muy generales como "la equidad contempla la realidad más que la forma". La teoría de la penetración del velo corporativo emana precisamente de este sistema. Hoy en día es un mismo juez quien aplica ambos principios a pesar de que originalmente las cortes de equidad surgieron en forma separada de las de "common law".

Es natural que la desestimación surja de la equidad ya que es un sistema en donde los jueces tienen facultades más amplias y mayor flexibilidad para descubrir los hechos concretos y eliminar las apariencias para que al final se haga justicia, basados en que antes que la forma debe observarse la realidad. De tal suerte que la equidad es



un sistema que favorece la solución de casos de abuso de formas jurídicas y abuso o aprovechamiento de la personalidad jurídica.

2.4 La teoría de la penetración o desestimación

Tal y como ya se ha señalado, la desestimación del velo corporativo se origina en el sistema de equidad del derecho anglosajón. Por su parte, el derecho francés aporta elementos que ayudan a ir delimitando esta materia. Se ha señalado también que en forma paulatina se han ido desarrollando en las diferentes legislaciones los lineamientos que permiten desestimar el velo corporativo, en atención a que en toda la sociedad económica se han dado abusos de la personalidad jurídica creando incertidumbre y malestar entre los afectados.

Tal y como dice Dobson, la penetración del velo corporativo es "un remedio jurídico por el cual resulta posible prescindir de la forma de sociedad o asociación con que se halla revestido el grupo de personas y bienes, negando la existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular."⁵

Por su parte Galgano que "mediante la utilización de este instituto, los damnificados por mal manejo de la forma societaria pueden actuar con respecto al grupo de personas que se escudara torpemente bajo ella como si no existiera, o bien quitándole a la personalidad la plenitud de sus efectos legales. De esta manera, se impide a un conjunto de personas esgrimir la "pantalla jurídica" que usualmente confiere un carácter de "unidad y de excluyente independencia patrimonial frente a terceros".⁶

⁵ Ibidem. Pág.11.

⁶ Galgano. Ob. Cit. Pág. 11.



El derecho continental ha utilizado la teoría del abuso del derecho como fundamento para la desestimación del velo corporativo, sin embargo esto debe complementarse y tomarse como un punto de partida más que el fundamento de toda la teoría. El código Civil guatemalteco regula el abuso de derecho en el artículo 1653 el cual establece: "El exceso y mala fe en el ejercicio de un derecho o la abstención del mismo, que cause daños o perjuicios a las personas o propiedades obliga al titular a indemnizarlos". Sin embargo, no debe confundirse el hecho de que se abuse de la personalidad jurídica con que el único fundamento de la teoría de la penetración sea el abuso de derecho. Según Dobson, existe ejercicio abusivo de un derecho, cuando "tal uso contraría los fines que la ley tuvo para reconocerlos o al que excede los límites de la buena fe, la moral o las buenas costumbres"⁷; y sus efectos son hacer responsable a la persona que realizó el acto y detener dicho acto. Por tal motivo utilizar únicamente como fundamento de la penetración del velo corporativo la teoría del abuso del derecho puede, en ciertas ocasiones no ser adecuado o bien tener efectos no deseados. El fundamento debe ser en realidad un conjunto amplio y orgánico de diferentes instituciones de los sistemas de derecho latino. Dichos remedios pueden ser la acción de simulación, la acción pauliana y otros, los cuales se tratarán detalladamente más adelante.

En ese sentido la teoría del abuso del derecho debe utilizarse cuando los remedios específicos no sean idóneos o suficientes o bien el caso concreto no pueda enmarcarse dentro de alguna de estas normas. De tal forma que la teoría del abuso del

⁷ Dobson. Ob. Cit. Pág. 29.



derecho es un recurso extraordinario para los casos en que los medios ordinarios no sean suficientes para proteger y amparar los derechos.

El utilizar varias formas para penetrar el velo corporativo lleva a la conclusión de que la desestimación no es en sí un fin, sino que en realidad lo que persigue es un resultado. No existe una acción específica con efectos determinados, más bien se trata de una serie de acciones tendientes a reparar los daños causados y a obtener justicia, ya que muchas veces el sistema actual, para el caso de Guatemala, fomenta la impunidad, especialmente la financiera, escudándose tras la coraza de la personalidad jurídica de responsabilidad limitada.

Si bien es cierto que el abuso del derecho no debe ser la única solución al problema del abuso de la personalidad jurídica, dadas las condiciones de su aplicación seguirá siendo un asidero importante para evitar la impunidad o irresponsabilidad de quienes se escudan tras el velo corporativo.

En todo caso la penetración debe proporcionar las bases para desestimar el velo corporativo sin que esto implique desconocer completamente la personalidad jurídica que es un indudable estímulo para la actividad económica. Esto quiere decir que la desestimación del velo corporativo debe ser la excepción a la regla y sólo puede operar en casos particulares cuando se prueben los elementos necesarios que configuren y justifiquen esa desestimación. De lo contrario el velo corporativo no debe ser atacado o destruido.



2.5 Antecedentes en la legislación comparada

En atención a que la institución de la desestimación del velo corporativo ha nacido dentro del esquema del derecho anglosajón, su inclusión en el derecho continental ha estado limitada. No obstante existen algunos esfuerzos por regular la materia en las legislaciones de algunos países, incluso en Latinoamérica.

Los esfuerzos que puedan realizar los diferentes países con un sistema jurídico de normas escritas han encontrado algunas dificultades en atención a que la desestimación del velo corporativo no se basa en una institución jurídica clara, incluso en el derecho anglosajón, sino de la aplicación de diferentes principios de equidad no especificados.

A pesar de lo relacionado, es importante hacer algunas referencias a algunos principios o aplicaciones, ya sean legislativos o no, sobre la institución de la desestimación del velo corporativo. Por tal motivo un estudio comparado de esta materia debe incluir especialmente a la jurisprudencia y al “*case law*”

2.5.1 Antecedentes en el derecho inglés

En el caso de *Salomon vrs. Salomon* (1897) se establecen las reglas de la separación de personalidades entre las sociedades y sus controladores ya que a pesar de que Salomon tenía la mayoría de acciones de la entidad, esta era considerada como una entidad legal diferente al momento de su liquidación por lo que los acreedores no podían reclamar contra el controlador de la sociedad.



Este caso es un antecedente importante en la construcción del velo corporativo sin embargo ya se comienza a reconocer que el este velo puede tener ciertas desventajas incluso para los propios accionistas.

En el caso de la desestimación del velo corporativo, Serick manifiesta que existe una gran cantidad de casos en los que dicho velo puede ser levantado. La cantidad de excepciones al caso de Salomon es tan grande, que el mismo se ha reducido a una sombra.⁸

La mayoría de casos se representan entre subsidiarias y matrices o bien cuando la sociedad es usada como un instrumento o alter ego. En *George Fisher vrs. Multi Construction* (1994) la entidad controlante de la demandante pudo resarcirse de daños causados por el incumplimiento de contrato entre el demandado y la subsidiaria. Es similar el caso de *D.H.N. vrs. Tower Hamlets* (1976) en donde se resolvió que D.H.N. tenía derecho a una compensación con base en la identidad del grupo que controlaba la entidad *Bronce*, que era la entidad que realizaba las operaciones en propiedad de su controlante. De otra manera y con base en la separación de personalidades, la compensación no hubiera sido posible.

El principio rector que soporta el criterio que se aplica, algunas veces en favor de la desestimación del velo y otras no, es, según Serick que se evite una clara injusticia, aunque la línea entre la procedencia o no del levantamiento no está bien delimitada. Por tal razón debe atenderse siempre al criterio judicial, corriendo el riesgo de que este en algún momento no sea adecuado. Estos remedios de equidad también se reflejan en principios de orden público. Los jueces ingleses han mantenido la idea que el interés

⁸ SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, el abuso de derecho por medio de la persona jurídica.** Pág. 33.



público puede y debe pasar por encima de cualquier norma legal que pretenda quebrantarlo, incluso el uso de formas corporativas. En *Creasey vrs. Breachwood* (1992) un trabajador despedido injustamente por una entidad que se había disuelto, obtuvo una resolución que le daba derecho a demandar a otra entidad, a la cual se habían transferido los bienes de la disuelta.⁹

En cuanto a los cuasi delitos, el “case law” inglés ha utilizado criterios similares para levantar el velo corporativo, el demandado utilizaba la estructura societaria de entidades familiares como un vehículo para encubrir la evasión fraudulenta de sus obligaciones. En este caso no se consideró que fuera útil iniciar procedimientos penales que involucraran a las sociedades por lo que la corte ordenó únicamente que la propiedad de la sociedad pudiera ser liquidada como propiedad de los accionistas, lo cual implicó una vinculación de patrimonios.

2.5.2 Antecedentes en el derecho estadounidense

El derecho angloamericano ha obtenido sus instituciones del derecho inglés. Sin embargo la teoría de “disregard of legal entity” o “piercing the corporate veil” surgió y se ha desarrollado con más amplitud en este país. Galgano manifiesta que “En esta temática resultan de trascendencia los antecedentes del derecho angloamericano que se basamenta sobre principios distintos de los que utilizamos normalmente los juristas latinos que ponemos más énfasis en la declaración del derecho preestablecido y estamos menos apoyados en la equidad concreta del “caso”. Es por lo expuesto que con relación al instituto que estudiamos, en los Estados Unidos de Norteamérica se ha

⁹ Ob. Cit. Pág.39.



avanzado a paso de gigante, mucho más rápida y expeditamente que en el derecho inglés”.¹⁰

Existe, en consecuencia, un sin número de casos que abordan el tema y sería imposible señalarlos todos. Sin embargo deben presentarse algunos de ellos para ilustrar la forma en que puede operar la desestimación del velo corporativo en el sistema que le ha dado origen. En *Tigrett vrs. Pointer* (1979), la demandante había sufrido una lesión en el trabajo mientras laboraba para “Heritage Building Company”. Al tratar de obtener una compensación por beneficios laborales, las obligaciones de la entidad excedían sus activos. En 1974 la entidad trasladó todos sus activos a su único accionista, Gerald Pointer, como pago de deudas que la entidad tenía con él. Posteriormente, Pointer, trasladó dichos bienes a otra de “sus” sociedades, Heritage Corporation. En realidad el dinero nunca cambió de manos y simplemente se estaba cambiando “formalmente” al titular de los bienes.

En el “case law” norteamericano, se ha mencionado que cada caso cuyo objeto sea la desestimación del velo corporativo debe basarse en sus propios efectos especiales. El dominio de los negocios corporativos por parte de su único accionista o controlador no es justificación por si sola para lograr la responsabilidad personal. Esta responsabilidad personal puede ser impuesta solo en casos extraordinarios y a pesar de que existen varios casos en donde se pueden aplicar estos principios, la mayoría de ellos se basan en que la forma societaria debe ser desestimada cuando es utilizada para realizar actividades fraudulentas o para justificar una conducta incorrecta o injusta.

¹⁰ Galgano. Ob. Cit. Pág.105.



2.5.3 El caso deep rock

En Taylor vrs Standard Gas and Electric Co.(1939) la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos aplicó un criterio por medio del cual puede desestimarse el velo corporativo cuando existe abuso de posición dominante, fraude y la utilización de una sociedad como una simple pantalla.

H.M. Byllesby & Co, una entidad con sede en Chicago era la entidad controladora de varias sociedades. Dentro de estas se encontraba la Standard Gas & Electric Co, la cual a su vez tenía las acciones suficientes para controlar a la Deep Rock Oil Corporation. La supervisión y gerencia de Deep Rock fueron asumidas por otra entidad del grupo mediante un contrato de management, la Byllesby Management & Engineering Co. Además de esto se creó otra entidad “independiente de las demás” denominada Deep Rock Oil & Refining Co. A la que se le transfirieron gran cantidad de activos de Deep Rock Oil Corp. Esta nueva entidad era totalmente controlada por Standard ya que poseía la totalidad de sus acciones. Deep Rock Oil & Refining Co. no poseía personal ni un local propio para desarrollar sus actividades. Los activos transferidos fueron arrendados a su antigua dueña por sumas altísimas, lo cual por un lado representaba gastos altos para una entidad y por otro una renta fija para la nueva sociedad.

Deep Rock Oil Corp desde el principio de su actividad no contaba con el capital suficiente y finalmente entró en un proceso de quiebra. Standard, en ese momento, trató de cobrar las “acreedurías” millonarias que tenía contra su controlada, sin embargo existió oposición por terceras personas que se consideraban perjudicadas.



Al resolver, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos estableció que Standard había conducido los negocios de Deep Rock Oil Corp. según su propio interés en violación a lo que constituían sus obligaciones con respecto a la filial; las pruebas demostraron una constante expoliación o abuso, malos manejos y control infiel de los asuntos sociales en detrimento de los inversionistas públicos y en beneficio exclusivo de Standard. En pocas palabras, había existido un abuso en la posición controladora o dominante de una sociedad respecto de la otra.

2.5.4 La experiencia en el sistema de derecho continental y latinoamericano

Las teorías de la desestimación del velo corporativo en los sistemas de derecho latino encontraron eco, en primer lugar, en el derecho francés, de donde se ha ido propagando a otros países. Sin embargo el derecho francés las soluciones a este problema se han basado algunas veces en la teoría de la simulación absoluta, la que opera en el campo de los negocios jurídicos; la interposición de persona; o en el de la apariencia jurídica. Otras veces el fundamento ha sido doctrinario, basándose en la distinción entre el sujeto de derecho real y el sujeto de derecho formal, para lo cual aun y teniendo cada una su propia personalidad jurídica, constituirían una única personalidad moral.

La jurisprudencia española, según Antonio Pedreira Andrade, Ignacio Duce Sánchez de Moya y Manuel Gutierrez Luna, citados por Galgano canalizaba las teorías de la desestimación, en una primera etapa, por lo que se denominaba “doctrina de



terceros” mediante la cual se resolvían muchos problemas que en el derecho angloamericano se hubieran resuelto según la teoría del disregard.¹¹

Fue, según los autores relacionados, hasta en 1980 que se admitió la posibilidad de investigar el fondo real de la persona jurídica, sin detenerse en su forma. En tal virtud el Tribunal Supremo español abandonó la doctrina de terceros y se inclinó decididamente por un ensanchamiento de la doctrina del levantamiento del velo pero siempre forzando la interpretación para obtener una solución justa.

En Alemania, también ha sido el poder judicial el que ha hecho evolucionar el derecho societario de forma más rápida y flexible. En Alemania, según el Doctor Roland Bomhard citado por Galgano se han aplicado principios del derecho civil, según los cuales “se sanciona con responsabilidad personal a los socios que crean o usan la sociedad con el fin evidente de que ésta lleve los riesgos y sin dotarla de los medios suficientes para hacer frente a sus obligaciones, mientras las oportunidades las pueden beneficiar personalmente”.¹²

Esto pone de manifiesto que en Alemania se ha dado prioridad a la solución justa en un caso particular sobre la misma seguridad jurídica. Por ejemplo la legislación alemana establece que la entidad controlante es automáticamente responsable por las pérdidas de la controlada.

En cuanto a Latinoamérica, el resultado ha sido menos fructífero ya que, a pesar de estar basados en un mismo sistema legal, la aplicación legal de las normas, la jurisprudencia y la incorporación de nuevas doctrinas ha sido más lenta o por lo menos

¹¹ Ibidem. Pág. 105.

¹² Ibidem. Pág. 111.



no tan bien recibida. No obstante esta limitación, ya existen legislaciones que están abordando el tema de la desestimación de la personalidad jurídica, aunque aún existe mucha asimetría en los parámetros utilizados. Por ejemplo en México y Guatemala no existen normas específicas que traten la desestimación, mientras que en Argentina ya se han logrado grandes avances para desarrollar esta institución.

Argentina no sólo ha avanzado en el estudio de la materia, sino que a partir del año 1983 se incluyó una reforma a la ley 19.550 Ley de Sociedades Comerciales, la cual incluyó un párrafo al artículo 54 de dicho cuerpo legal, el cual establece: “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, si imputará directamente a los socios o controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Esta norma constituye un importante antecedente legislativo en América Latina, no sólo por su inclusión sino por la doctrina y estudio que la respaldan. No obstante debe observarse que no se trata de una norma típica del sistema latino pues busca ser extensiva en su definición, lo cual es congruente con los antecedentes y naturaleza de la institución. Sin embargo, define varios elementos esenciales de la conducta y deja al juzgador como único intérprete de su extensión al caso concreto. Además de esto, cabe mencionar que, en Argentina, esta norma no se utiliza o se aplica en forma aislada ya que junto a ella se utilizan, como fundamento, la simulación, el fraude a la ley y otras instituciones según sean aplicables. De tal forma que existe un conjunto armónico de normas que pueden ajustarse a circunstancias especiales que en algún



momento podrían no estar contempladas en alguna disposición específicamente permitiendo una mejor interpretación e integración.

2.6 Algunas soluciones en la legislación guatemalteca

Tal y como se ha mencionado, la penetración del velo corporativo es un conjunto de acciones que persiguen un resultado. Estas acciones pueden representarse de diferentes formas y algunas de ellas se encuentran dentro de las instituciones del derecho latino, sin la necesidad de acudir a fuentes un poco menos ortodoxas.

En Guatemala no existe una norma específica que permita la desestimación del velo corporativo, más bien parecería que existe una protección infranqueable de la coraza de la personalidad jurídica de responsabilidad limitada. En ese sentido existe una serie de normas que garantizan la separación de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles y los límites a la responsabilidad, las cuales plantean la existencia de un velo corporativo bastante sólido.

El código de comercio de Guatemala establece que las sociedades mercantiles poseen personalidad jurídica propia y diferente a la de los miembros que la conforman. Así mismo regula que los socios sólo serán responsables en la medida que la propia ley establezca. En cuanto a la sociedad anónima, estandarte de la responsabilidad limitada, los socios sólo serán responsables de hacer efectivo la aportación de capital en relación a las acciones suscritas. Esto último quiere decir que una vez que el accionista ha pagado sus acciones, su responsabilidad ha concluido ya que cumplió con lo que establece la ley. Estas y otras normas constituyen las garantías por medio de las cuales se protege la inversión y la reunión de capital; se incentiva la asunción de riesgos y se fomenta la actividad productiva.



A pesar de que no existen normas específicas que otorguen la desestimación del velo corporativo cuando ocurren abusos y/o aprovechamiento en perjuicio de terceros, el problema es más de integración e interpretación de las normas ya que sí existen algunos remedios dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, los cuales han sido utilizados en otros países como soluciones efectivas y que se describen a continuación:

2.7 La simulación

Cabanellas establece que "La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten".¹³

La simulación puede ser absoluta cuando el negocio o acto jurídico nada tiene de real y es relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia diferente de la que en realidad existe. La acción de simulación busca la nulidad del acto o bien que se produzcan los efectos del negocio jurídico encubierto, dependiendo si se trata de simulación absoluta o relativa, respectivamente. Estos conceptos se encuentran recogidos en la legislación guatemalteca en el Código Civil en los artículos 1284 al 1289.

La acción de simulación puede utilizarse para desestimar el velo corporativo, y lograr que se declare que la sociedad anónima es simplemente una simulación, extensión o alter ego de otra persona o personas, dependiendo de los actos que se

¹³ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. **Derecho Societario, Parte General, Tomo III, La Personalidad Jurídica Societaria.** Pág. 389.



hayan realizado o pretendan encubrirse con esta sociedad. Algunas veces se simula el realizar actos o contratos por medio de personas jurídicas con el objeto distraer a los verdaderos actores o responsables, o bien se utilizan las sociedades anónimas como corazas para proteger bienes o intereses. Un típico caso de desestimación de la personalidad jurídica por simulación lo constituiría el hecho de que una persona forme una sociedad anónima con sus bienes personales, y que los mismos sigan siendo utilizados por él o su círculo familiar en forma exclusiva y no se lleve a cabo ninguna actividad de comercio con los mismos.

Otra simulación puede existir cuando una sociedad anónima se utiliza como pantalla, aparentando que efectivamente existen varios accionistas y en realidad el propietario de todas las acciones sea una sola persona que hace creer la existencia de varios accionistas. Esto constituye una simulación ya que en Guatemala es requisito fundamental la concurrencia de por lo menos dos personas para que exista una sociedad, de lo contrario habrá causa legal de disolución y la sociedad deberá dejar de existir. En otros países existen sociedades que se conforman únicamente por una persona o sea son sociedades unimembres o unipersonales. Aunque técnicamente el vocablo sociedad unipersonal sea contradictorio es una forma social que separa personalidades y limita responsabilidades entre un verdadero ente jurídico con facultad de adquirir derechos y obligaciones y una única persona que lo conforma. Sin embargo esta figura no está regulada dentro de la legislación guatemalteca y se entiende que la misma está prohibida ya que la reunión de la totalidad de acciones de una sociedad en una sola persona es causal inmediata de disolución. Por lo que, cuando existe una



sociedad unipersonal de hecho y se da la apariencia de que son más personas los socios, existe una simulación.

Este problema es más complejo aún, si se piensa que puede existir una persona que posea el 99% de las acciones de una entidad y que otra tenga únicamente el 1%. En este caso no habría simulación de sociedad desde el punto de vista formal, pero probablemente desde el punto de vista real sólo se trate de una pantalla para cumplir con los requisitos establecidos en la ley.

La acción de simulación, sea ésta absoluta o relativa, buscará volver ineficaz el acto jurídico realizado, declarándolo sin validez y así obligar a desestimar la personalidad jurídica cuando esta se ha utilizado como pantalla para perjudicar a terceros de buena fe. Es lógico que la penetración del velo corporativo, en casos de simulación u otros, debe basarse en que a través de, o con la interposición de una persona jurídica de responsabilidad limitada, se haya causado un perjuicio a alguien en forma intencional o por negligencia o imprudencia.

2.8 La acción revocatoria

La acción revocatoria o acción pauliana consiste en revocar o dejar sin efecto un acto jurídico cuando este haya sido realizado en fraude de acreedores. Para que proceda la acción revocatoria, es necesario que se den cuatro elementos fundamentales, a saber: la existencia de un acto real, no simulado; que ese acto deje al deudor en estado de insolvencia; que el acto se haya realizado en perjuicio de acreedores, lo cual supone la preexistencia de alguna deuda o responsabilidad ya que sólo será válida la acción si la acreeduría era anterior al acto que pretende revocarse; y en el caso de que el acto que pretende ser revocado sea oneroso, que las personas



que realicen dicho acto, actúen de mala fe. Valga decir que la acción revocatoria es un remedio especialmente para acreedores y que los mismos por lo general deben ser acreedores quirografarios.

En Guatemala, la acción revocatoria se encuentra regulada en el Código Civil en los artículos 1290 y subsiguientes y básicamente sigue los lineamientos antes relacionados, por lo que constituye una acción para el acreedor anterior al acto que pretende revocarse.

Dentro del objeto del presente estudio, la acción pauliana es un remedio para casos más específicos, en el sentido de que una persona debe ser deudora de otra y que aquella, con ánimo de perjudicar a su acreedor o de no cumplir con su obligación traslade sus bienes a una sociedad de responsabilidad limitada en la cual el deudor ejerza el control. Si bien es cierto que al aportar bienes a una sociedad o que ésta los traslade a su principal o “único socio”, se debe obtener algo a cambio, al acreedor le sería sumamente difícil alcanzar dichos bienes que consistirían en acciones o dinero, por la facilidad con que pueden ocultarse.

La diferencia con la simulación es que en este caso el negocio es real y no simulado. Obviamente ambas acciones pretenderían vincular los bienes de una persona con los de una sociedad anónima y penetrar el velo corporativo; y es probable que en un caso concreto se tenga la opción de utilizar cualquiera de estos dos remedios. La diferencia será en cuanto a momentos en los cuales una persona tenga un derecho frente a otra o bien en qué es lo que se pretende atacar, ya sea la simulación de la creación del “comerciante persona jurídica”, o la mala fe con que se transmitieron los bienes a esta persona. No obstante, debe mencionarse que la mala



fe, como elemento primordial dentro de la acción revocatoria, es bastante difícil de probar, por lo que no siempre se obtienen los resultados deseados.

2.9 El fraude a la ley

La acción de fraude a la ley es una acción menos concreta que las anteriores. Su fundamento se encuentra en el segundo párrafo del artículo cuarto de la Ley del Organismo Judicial, el cual establece: "Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

Este artículo, por su amplitud puede llegar a constituir un verdadero fundamento de la penetración del velo corporativo en casos específicos. Sus lineamientos están basados en principios de justicia y equidad. Debido a que el artículo mencionado es bastante amplio, debe hacerse una interpretación en conjunto con otras normas y principios jurídicos. No debe confundirse el fraude a la ley con otras figuras como el fraude de acreedores o la quiebra fraudulenta pues se trata de instituciones diferentes.

En primer lugar debe partirse de la idea de que "todo daño debe indemnizarse" lo cual está recogido en el artículo 1645 del Código Civil el cual establece: "Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima" Este concepto introduce los elementos de culpa, dolo, negligencia, imprudencia, etc. Así mismo debe recordarse lo establecido en el artículo 1653 del código civil sobre el abuso de derecho. Debe partirse de la idea de que las sociedades mercantiles, especialmente la sociedad



anónima, se han constituido con el objeto de realizar una actividad lucrativa en masa lícita y obviamente en beneficio de los accionistas. La sociedad anónima no se constituye con el ánimo de perjudicar a terceros o incluso a los propios accionistas en beneficio de otros.

Haciendo una integración conceptual se entiende que si una o varias personas constituyen una sociedad anónima, con el objeto de beneficiarse del velo corporativo para realizar actividades contrarias al orden jurídico, causar algún daño, evadir responsabilidades contractuales o extracontractuales, o simplemente encubrir un actuar irresponsable, negligente o imprudente del que se derive un perjuicio a terceros, debe entenderse que dicha sociedad o personas están utilizando la protección del velo corporativo para evadir la aplicación de alguna norma jurídica por lo que se tipifica un fraude a la ley, con las consecuencias descritas en el artículo de la Ley del Organismo Judicial.

Sin embargo, esta concepción resulta, por su aparente vaguedad, un tanto frágil en la medida en que se logre o no establecer completamente las relaciones de causalidad necesarias para darle una verdadera fuerza. En todo caso habría que circunscribirse a un caso específico para determinar si éste es un remedio efectivo y viable.

2.10 Acciones penales

A pesar de que el presente estudio no se enfoca desde el punto de vista penal, es prudente hacer algunas observaciones en cuanto a las figuras que podrían lograr la desestimación del velo corporativo aunque, como ya se mencionó, la teoría de la penetración es básicamente de corte privado.



La importancia del derecho penal en la materia es significativa, ya que en atención a que una sanción penal sólo puede ser impuesta a personas físicas, en algunos casos especiales podría desestimarse a la persona jurídica tras la cual se actúa o bien vincularlas en atención a que toda responsabilidad penal conlleva una responsabilidad civil.

Básicamente se trata de la tipificación de delitos contra el patrimonio de las personas o contra la economía. El objeto del presente estudio tampoco es realizar un análisis detallado de los tipos delictivos y sus elementos, por lo que no es necesario ampliar mucho en este sentido. Sin embargo se hacen las acotaciones pertinentes en relación al tema.

En primer lugar se debe mencionar a la estafa como uno de los delitos que podría tipificar una actividad relacionada con el velo corporativo. Según el artículo 263 del Código Penal comete el delito de estafa "...quien, induciendo a error a otro, mediante ardid o engaño, lo defraudare en su patrimonio en perjuicio propio o ajeno. Así mismo comete caso especial de estafa quien defraudare a otro aparentando bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias; otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado; con datos falsos u ocultando antecedentes que le son conocidos celebrare dolosamente contratos basados en dichos datos o antecedentes; defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier ardid o engaño que no se haya expresado en los incisos anteriores."

El delito de alzamiento de bienes consiste en que una persona con intención y para sustraerse al pago de sus obligaciones se alzare con sus bienes, los enajenare, gravare u ocultare, simulare créditos o enajenaciones sin dejar bienes suficientes para



responder al pago de sus deudas. Por otro lado existen los delitos de quiebra fraudulenta y quiebra culpable.

Estos son algunos delitos tipificados en la legislación guatemalteca que pueden tener relación con la penetración del velo corporativo. Lo importante no es en sí el tipo sino que de tipificarse algún ilícito penal, pueda responsabilizarse y crear vínculo entre los patrimonios de personas físicas y jurídicas.

Dentro de los delitos mencionados algunos tienen relación con otros remedios ya mencionados, por ejemplo en el delito de estafa se menciona a la simulación y el alzamiento de bienes puede tener relación con la acción pauliana. Cabe mencionar que utilizando una sociedad anónima como pantalla puede realizarse actividades fraudulentas que impliquen la comisión de una estafa o bien alguno de los otros tipos delictivos.

Este remedio para penetrar el velo corporativo tiene sus limitaciones y no siempre la condena por uno de estos delitos significará el levantamiento del velo. En primer lugar una sociedad debe estar involucrada en la comisión del delito ya que no podría vincularse a una persona jurídica en el caso de que el estafador no haya utilizado la estructura societaria para cometer el delito. Por otro lado, en materia penal debe existir un riguroso cumplimiento de los elementos del delito ya que si uno sólo de estos no se cumple, no puede tipificarse. Así mismo no pueden crearse delitos por analogía lo cual impide que los jueces en materia penal condenen a alguna persona si no existe una conducta típica, aún y cuando existan elementos de una conducta antijurídica. Esto está reflejado en el principio de legalidad garantizado constitucionalmente.



Caso especial ocupa el delito de la quiebra el cual en realidad es inexistente ya que el código penal establece una pena y un figura, pero no la conducta antijurídica constitutiva de delito, por lo que para el caso de estudio no sería suficiente la existencia de una supuesta quiebra fraudulenta para desestimar el velo corporativo.

En tal virtud los remedios penales están condicionados a una serie de circunstancias que dan un giro diferente a su utilización para los efectos propios de la penetración del velo corporativo. En todo caso mientras una sociedad anónima no participe o no se encuentre vinculada con la comisión de un delito, será muy dudoso que pueda vincularse y que por ende deba desestimarse la personalidad jurídica, salvo en los casos en los cuales la sociedad se utilice como un *alter ego*, o sea una verdadera pantalla o frente para ocultar o facilitar la actividad delictiva de una persona o grupo de personas.

2.11 Efectos de la desestimación del velo corporativo

Tal y como se manifestó con anterioridad, la penetración del velo corporativo más que un fin es la obtención de un resultado. Los diferentes remedios existentes para penetrar el velo corporativo deben estar encaminados a buscar el apartamiento de la personalidad jurídica y poder vincular responsabilidades y unidades patrimoniales. La penetración o desestimación del velo corporativo establece que, existiendo contradicciones entre el ente ideal o sea la sociedad de responsabilidad limitada y el objeto real, debe desestimarse al primero y concentrarse en la realidad.



Al observarse la realidad de la estructura se podrán tener a la vista los verdaderos efectos, siendo estos un acto fraudulento, una simulación, un acto nulo, un abuso o extralimitación en derechos o en su caso un acto perfectamente válido y lícito.

Galgano destaca que "el gran mérito del instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica es que permite "la oxigenación" del derecho societario, posibilitando la involucración de quienes la utilizan torpemente, ocultos tras la pantalla societaria".¹⁴

Los remedios señalados en la legislación guatemalteca constituyen en realidad un camino para ciertos casos en los que deba desestimarse la personalidad jurídica. Por lo general pretenden deshacer negocios aparentes o reales para que los bienes ingresen o regresen a la esfera patrimonial del responsable y así poder encontrar resarcimiento a ciertas actividades. Sin embargo, la penetración del velo corporativo va más allá. Estas son únicamente unas de las armas que proporciona el derecho ya que no todos los casos de abuso de personalidad jurídica y de desestimación pueden solucionarse con estas acciones. Por ejemplo, bastaría que existiera un negocio real o que la insolvencia no se derivara de la enajenación fraudulenta de bienes pero sí de una conducta negligente que no tome en cuenta el exceso de riesgos y no previera razonablemente los daños que pueden causarse y la muy probable insolvencia de la sociedad, para que los remedios mencionados no encajen perfectamente en la extralimitación que podría dar origen a la vinculación de los controladores por medio de la desestimación de la personalidad jurídica. En todo caso la desestimación del velo corporativo es un tema que debe tratarse con mucho cuidado.

¹⁴ Galgano. Ob.cit. Pág. 130.



La dificultad estriba en que no existe, en la legislación guatemalteca, una norma clara que establezca que en ciertos casos particulares, no sólo puede, sino debe desestimarse la personalidad jurídica para vincular a otras personas o patrimonios como responsables. Así mismo tampoco se delimitan los casos en que puede operar la desestimación o las consecuencias jurídicas que tenga el abuso del velo corporativo, la negligencia o imprudencia de las actuaciones societarias o los actos encubridores o fraudulentos a los que se puede prestar y se ha prestado la responsabilidad limitada.



CAPÍTULO III

3. Los grupos de sociedades, las sociedades vinculadas y el trasvasamiento de sociedades

3.1 Los grupos de sociedades

Las formas societarias y las relaciones comerciales han ido evolucionando paulatinamente. Actualmente es muy común encontrar a sociedades que son accionistas de otras sociedades; fusiones, adquisiciones, grupos societarios que buscan un fin común, corporaciones, holdings y otras.

Por grupo de sociedades debe entenderse el término que designa la existencia de dos o más sociedades que poseen una relación de dependencia y la existencia de una dirección única que las rige a todas. La unificación en la dirección es la característica más importante de los grupos de sociedades. Las sociedades controladoras, son las que dominan a otras sociedades que se denominan controladas. De tal forma que dentro de los grupos, existe una sociedad controladora o matriz y una o más sociedades controladas o filiales.

Los grupos de sociedades tienen un objetivo común que es la explotación de determinado negocio. La unidad funcional se refleja en que todos los recursos financieros, humanos, administrativos y técnicos son puestos al servicio de una estrategia global y una política societaria. Los grupos de sociedades se integran con entidades jurídicamente separadas e independientes, pero dependientes en el aspecto económico.



Además de este tipo de grupos existen también los conglomerados de sociedades, en los cuales la dirección no se encuentra unificada y en las que también se respeta la autonomía de cada sociedad, sin embargo actúan en forma conjunta dentro de un esquema corporativo. Así mismo puede existir otro tipo de grupo de sociedades en donde no existe una sociedad matriz o una holding, sino que simplemente los mismos accionistas son dueños o por lo menos controladores de varias sociedades.

Debe tomarse en cuenta que existen diferentes formas de controlar una sociedad y no solamente a través de una mayoría accionaria o de un porcentaje elevado de las acciones de una sociedad. Puede darse el caso de que sin tener control accionario, se nombre a una sociedad como directora de otra sociedad por lo que tendrá poder de tomar decisiones aún y cuando no posea las acciones suficientes. Así mismo el control puede derivar de relaciones contractuales como adquisición de acciones únicamente para el ejercicio del voto por medio de un reporto; la delegación del voto; o alguna otra forma en la que el control sea eventual y no permanente.

Los grupos de sociedades se forman por razones muy variadas, ya sea para optimizar recursos, especializar funciones, crear monopolios, minimizar o disminuir riesgos, etc. Dentro de este esquema de grupo, la existencia del velo corporativo es aún más significativa, pues se crean auténticas redes en las cuales la responsabilidad se va diluyendo aún más. Es muy común que el abuso y el aprovechamiento ilegal del velo corporativo se dé en grupos de sociedades ya que establecer los controles y determinar causas y efectos puede ser más complejo. Dentro de este tipo de abuso de las sociedades se puede mencionar a los grupos de sociedades que, por su calidad de



grupos, buscan ocultar una actividad de monopolio u obtener una posición dominante o bien realizar prácticas de competencia desleal en donde, aprovechando la separación de personalidades, se pretende dar la apariencia de ser varios competidores cuando en realidad se trata de un sólo interés, causando distorsiones económicas, perjuicio a los consumidores y extralimitándose con la personalidad jurídica

En determinados casos, el grupo societario debe ser considerado como una unidad, tal y como se presenta la organización asociativa, con el objeto de desestimar el velo corporativo no sólo de una sociedad en particular, sino poder vincularla con las matrices, filiales, hermanas u otras entidades, según sea el caso. Debe destacarse que no en todos los casos la responsabilidad debe ser transmitida o vinculada entre sociedades matrices y filiales. El derecho angloamericano en forma muy pertinente destaca que la sola existencia de control entre sociedades, no autoriza a responsabilizar a la controlante de los actos de la controlada.

Este criterio debe ser observado también a la inversa ya que no es suficiente con que exista control para responsabilizar a la entidad filial por los abusos de la casa matriz. En todo caso deben tomarse en cuenta otros factores como lo sería si se ha utilizado la relación matriz-filial o entre sociedades hermanas para realizar algún acto en perjuicio de terceros, para ocultar alguna actividad o para eliminar o minimizar responsabilidades. Es importante destacar cuál es la realidad del caso concreto ya que si bien es cierto que en algunos casos podrá existir simulación, fraude de acreedores o abuso de derecho, en otros probablemente la actuación de una sociedad no es responsabilidad de otra o bien la mala fortuna en una filial no puede atribuirse a ningún



tipo de abuso de personalidad jurídica y por lo tanto sería injusto vincular a las sociedades como que si siempre se tratara de una única entidad.

En los supuestos del uso de la forma societaria para utilizarla como un *alter ego* o la sociedad como instrumento, es importante destacar la relevancia del control societario. En atención a que Guatemala no reconoce legalmente a la sociedad unipersonal ya que la reunión de la totalidad de las acciones en una sola persona es causal de disolución, es importante señalar las formas de control de una sociedad, toda vez que para que ésta opere en forma "normal" necesita por lo menos de dos socios de lo contrario no habría sociedad desde el punto de vista de la legislación guatemalteca y se trataría de un caso de simulación.

El control societario puede darse tanto por una persona individual como por una persona jurídica. Nissen, citando a Frederico Powell señala que en el contexto de sociedades matrices y filiales existe una lista de circunstancias que indican que una filial o subsidiaria es un mero instrumento de otra entidad. Estas circunstancias son las siguientes:

"1.La entidad matriz es dueña de todas o casi todas las acciones de capital de la subsidiaria. 2. La matriz y la subsidiaria tienen directores o representantes comunes. 3. La matriz financia a la subsidiaria. 4. La entidad matriz suscribe la totalidad del capital de la subsidiaria o bien, causa su incorporación. 5. La subsidiaria posee una capitalización inadecuada. 6. La matriz paga los salarios y gastos o las pérdidas de la subsidiaria. 7. La subsidiaria no realiza negocios más que con la matriz o bien no posee bienes salvo los que la matriz le proporciona. 8. Dentro de la documentación de la matriz, la subsidiaria es tratada como un departamento o división o bien la



responsabilidad comercial o financiera es asumida como propia por la misma entidad matriz. 9. La entidad matriz utiliza la propiedad de la subsidiaria como propia. 10. Los directores y representantes de la subsidiaria no actúan en forma independiente en interés de ésta, sino que reciben órdenes de la entidad matriz en interés de esta última. 11. Los requerimientos legales de la subsidiaria no son observados." ¹⁵

Debe mencionarse también, que el control de una sociedad no necesariamente se refiere al control accionario ya que puede existir control cuando una persona, aún sin tener mayoría de acciones, tiene capacidad de decisión en una sociedad, por ser administrador único o miembro de un consejo de administración. Esto se encuentra reconocido incluso dentro de principios de contabilidad. Las consideraciones anteriores pueden ser aplicadas en cierta forma al control societario por parte de una persona individual o un grupo familiar.

El tema del control societario debe ser determinante al momento de desestimar el velo corporativo. La desestimación es una carretera de dos vías, ya que por un lado puede buscarse que una sociedad anónima responda por las actividades de otra persona, individual o jurídica; o bien, por el otro, que el patrimonio de una persona individual sea vinculado a las actividades de una sociedad anónima. De tal forma que en algunos casos, no todos los socios deben ser responsabilizados directamente por las acciones del ente societario, ya que quien toma las decisiones ha sido uno o varios socios controladores.

Ahora bien, esta exclusión de los accionistas que no son controladores y que no han tenido que ver nada con el abuso de la personalidad jurídica, sólo puede ser válida

¹⁵ Nissen, Ricardo Augusto. **Curso de derecho societario**. Pág. 8.



si estos socios han sido perjudicados de alguna forma; si las actividades abusivas se han llevado a cabo de tal forma que les han sido ocultadas y que no se hallan visto beneficiados con las actividades extrasocietarias o si han expresado su voto en contra u optado por su separación de la sociedad. Si los socios que no controlan la entidad se han beneficiado o bien han sabido de los malos manejos y abusos y han decidido guardar silencio, deben también ser responsabilizados. En el caso de que sean beneficiados por el actuar abusivo del ente corporativo estaríamos frente a un enriquecimiento indebido. En el segundo caso y aunque no hayan obtenido un beneficio por el abuso de los controladores, serían cómplices o encubridores del abuso y aprovechamiento de la sociedad.

Por último debe recordarse que la legislación reconoce ciertos derechos a las minorías de las sociedades anónimas para no quedar completamente indefensos frente a los accionistas mayoritarios. Así mismo existe el derecho de separación de los socios cuando existan decisiones por parte de los órganos de la sociedad, con las cuales el accionista no se encuentre de acuerdo. Por tales motivos, en los casos en que los accionistas minoritarios sepan de los abusos y de una u otra forma consientan o en especial cuando se aprovechen de las actuaciones, deberán ser corresponsables al momento de la desestimación de la personalidad jurídica y la vinculación con otras entidades o patrimonios.



3.2 Las sociedades vinculadas

Además de la forma societaria relacionada con anterioridad, en donde existe una relación más directa, existe la posibilidad de que una sociedad se encuentre relacionada con otra, no por existir control sobre la sociedad, sino porque alguno de los socios también tiene participación en otra sociedad que aunque no se dedique a perseguir el mismo fin utilice servicios o recursos de otra sociedad, cuyos términos pueden ser mas favorables que para cualquier otra persona no relacionada.

La contratación que se realice en condiciones más favorables por virtud de una relación entre sociedades, incluye el otorgamiento de créditos extremadamente blandos y otras concesiones. Cabe mencionar que lo que es aplicable a las sociedades vinculadas, también puede aplicarse en el caso de que una sociedad contrate con algún accionista, director o gerente.

La vinculación de sociedades y subordinación de créditos, sólo es importante para el presente estudio en la medida en que los mismos causen un daño a terceros. Sin embargo el daño a terceros debe entenderse en forma amplia ya que por este medio pueden darse situaciones de competencia desleal o llegar a prácticas monopolísticas, entre otras. Tal y como se mencionaba en el apartado de los grupos de sociedades, el simple hecho de existir un vínculo entre sociedades o que exista una subordinación de créditos no es suficiente para considerar que deba desestimarse la personalidad jurídica de las sociedades. Para que esto ocurra deben concurrir varias circunstancias. La relación entre las sociedades debe realizarse en condiciones que no sean las usuales, o sea que entre un tercero y la entidad vinculada, en igualdad de condiciones, se de preferencia o mejores condiciones a la entidad vinculada; así



mismo, a raíz de ese beneficio se debe ocasionar un daño o perjuicio a algún tercero que la responsabilidad proveniente del daño o perjuicio causado se trate de evadir o minimizar por medio del velo corporativo y que de dicha relación sea procedente vincular a ambas sociedades.

La desestimación del velo corporativo en los casos de sociedades vinculadas es un poco más difícil ya que la relación es más difusa, sin embargo debe considerarse la posibilidad en atención a que los abusos de la personalidad jurídica pueden tomar diferentes formas. Así mismo el remedio que se utilice debe ser adecuado al fin perseguido pues para el caso de que una relación contractual se haga en perjuicio de un acreedor, deberá utilizarse la acción revocatoria; sí los actos no son en perjuicio de acreedores, pero sí constituyan un abuso de derecho o tienden a impedir que se apliquen ciertas normas podría utilizarse la acción de fraude a la ley y aplicar la norma pertinente. Esto podría incluso enmarcarse dentro de los casos regulados en otros países en la legislación antimonopolios, protección de la competencia o protección al consumidor. Cabe mencionar una vez más que lo aquí relacionado también puede ser aplicado a los grupos de sociedades, los controladores y los socios minoritarios.

3.3. Los grupos financieros regulados

Dentro de los grupos de sociedades, los grupos financieros regulados o supervisados ocupan un lugar especial, así como también la legislación que regula a estas entidades. Por tal motivo es pertinente hacer algunas observaciones a esta actividad por separado.

La actividad financiera ha sido objeto de un gran avance y especialización. Se ha pasado de un sistema de banca tradicional, a la multibanca y la evolución continúa



hacia nuevas formas de organización. Los servicios que ofrecen las actuales entidades financieras relacionan una gran cantidad de sociedades para llevar a cabo su labor, convirtiéndose en verdaderas corporaciones.

Una corporación o grupo financiero incluye varias sociedades, a saber: el banco, la aseguradora, la almacenadora, la casa de bolsa, la financiera, la arrendadora, la emisora de tarjetas de crédito, etc. Cada una de las entidades gira en torno a la actividad financiera y seguramente la más grande de las sociedades sea el banco. Así mismo pueden existir otras entidades relacionadas ya sea por la actividad comercial o bien por la existencia de accionistas en común, por ejemplo una inmobiliaria, una entidad de servicios de mantenimiento o suministro de recursos técnicos y físicos, las sociedades propias de los accionistas en donde estos explotan la industria o el comercio, etc.

Todo esto, aunado a la importancia que tienen en la economía las instituciones financieras, a requerido que la legislación bancaria se especialice y busque regular la actividad de grupos financieros, las sociedades vinculadas, los préstamos relacionados, etc. Así mismo la actividad financiera transnacional y la globalización han aumentado los riesgos. Las crisis financieras mundiales han desembocado en quiebras propagando el riesgo sistémico. Así mismo los malos manejos, excesos y abusos de los banqueros han provocado que las instituciones encargadas de la regulación bancaria, ajusten las medidas y requerimientos para crear una nueva legislación, más eficiente, que sea de tipo prudencial que pretende controlar los niveles de capital y las inversiones para lograr una mayor solidez de los bancos; y no tanto la regulación de tipo económica que incluye control sobre las tasas de interés, entrada de bancos al



sistema, etc. que al final de cuentas presionan las fuerzas del mercado hasta que lo distorsionan.

Los grupos financieros a pesar de contar con reglas específicas, también han abusado del velo corporativo, sin embargo las medidas que pueden tomar las entidades supervisoras, por lo general suelen ser más efectivas y rápidas. Esto se debe no sólo por la naturaleza de la actividad, sino por el hecho de contar con un ente rector y una legislación más adecuada para intervenir y tomar medidas que tiendan a remediar los abusos. De tal forma que la legislación bancaria y los entes reguladores van más allá del método y toman las medidas necesarias para obtener resultados. Los resultados que se persiguen son evitar una crisis sistémica, sanear la actividad financiera y responsabilizar a quienes se vean involucrados en las actividades societarias ya sea dentro del grupo o con las entidades vinculadas.

En ese sentido, Guatemala cuenta con una serie de normas encaminadas no sólo a encontrar remedio a los casos de irresponsabilidad, aprovechamiento o abuso del velo corporativo de las entidades bancarias, sino que también cuenta con una serie de normas tendientes a prevenir dichos abusos o bien que ayudan a remediarlos. Dentro de algunas de estas medidas puede mencionarse la prohibición de emitir acciones al portador por parte de las entidades bancarias; prohibición de excederse en el otorgamiento de créditos vinculados; intervención de entidades bancarias; toma de medidas correctivas como la separación de determinados funcionarios bancarios, congelamiento de cuentas, prohibición de entregar dinero a los accionistas, etc.

No obstante dicha regulación, todavía se debe avanzar más allá y mejorar la fiscalización. Además en muchos casos, el abuso del velo corporativo trasciende los



remedios y la regulación del ente supervisor y es necesario buscar respaldo en otras normas o autoridades. Por tal motivo es conveniente la constante modernización y revisión de la legislación bancaria y de grupos financieros la cual debe buscar el mejoramiento de la actividad de fiscalización y otorgar nuevas armas para controlar abusos en las entidades financieras.

La importancia de esta regulación es que dentro de la misma se encuentra un sinnúmero de elementos que pueden ser tomados en cuenta o eventualmente asimilados, por el derecho común en cuanto a la desestimación del velo corporativo. Esta regulación financiera puede servir de ejemplo y base, haciendo las salvedades que sean pertinentes, para penetrar el velo corporativo. No debe olvidarse que las instituciones financieras también son sociedades anónimas y que al igual que las demás, la responsabilidad limitada puede ser abusada o utilizada para fines extrasocietarios o ilícitos en perjuicio de terceros. Es natural que, por la importancia de las instituciones bancarias dentro de la economía de un país, sea considerado más grave el hecho de que se abuse de la personalidad jurídica o se pretenda escudar una actividad fraudulenta con estas instituciones. Es por esto que la desestimación del velo corporativo es tan importante dentro de la actividad financiera.

3.4 Los grupos de instituciones financieras no reguladas

Así como existe el sistema bancario regulado, existe un sistema financiero no regulado también llamado sistema parabancario. Si bien es cierto que comparte muchas de las características del sistema financiero regulado, tal y como se deriva de su nombre, este sistema no tiene un contralor directo y no se le aplican las reglas, prevenciones y sanciones que tienen los bancos.



La proliferación de entidades financieras, arrendadoras y casas de bolsa entre otras, se debe a la desregulación financiera que ha ocurrido en muchos lugares del mundo. En Guatemala ésta ocurrió en los años 90's. Sin embargo, junto con esta actividad se desarrollaron algunos problemas bastante graves. En primer lugar la actividad de estas entidades financieras constituía una verdadera intermediación financiera, fue normal la creación de grupos de sociedades que buscaban los recursos del público para financiar sus propias actividades o bien prestar el dinero a otras personas. La actividad fue incrementándose, no así los controles y la vigilancia. Frecuentemente se utilizaban varias sociedades para captar recursos del público y eran otras las que otorgaban los préstamos. Entre estas dos sociedades se daba una operación interna o se utilizaba a otra sociedad y así se conseguía una triangulación que servía de vehículo para evitar cualquier regulación o fiscalización, amparado siempre en la separación de personalidades jurídicas, pues legalmente se trataba de personas diferentes.

Por no tratarse de entidades sujetas a supervisión, no podían aplicársele las leyes bancarias, por lo que operaban con los beneficios de las instituciones reguladas, pero no soportaban ninguna de las cargas. Esto generó en muchas ocasiones la negligencia y el descuido en el manejo de las sociedades. Por otro lado algunos oportunistas vieron la posibilidad de aprovecharse de esta situación e iniciaron actividades con el objeto de estafar al público.

En Guatemala estos grupos de sociedades y sus accionistas son los que, resguardados por el velo corporativo, han causado más perjuicios a la colectividad. El velo corporativo se ha utilizado en forma desmedida, se ha abusado de él, se han



cometido imprudencias y hasta fraudes, o bien ha propiciado la negligencia en el manejo de las actividades societarias. Esto ha ocasionado serios problemas a nivel nacional. El velo corporativo en este caso especial ha generado una impunidad financiera bastante crítica ya que algunas personas responsables de estos abusos, aparentemente se han liberado de su responsabilidad. Si bien es cierto que algunos tienen responsabilidad penal, con este remedio no siempre se obtiene el resultado esperado, que es en realidad la reparación de daños y perjuicios y la devolución de las sumas invertidas en las entidades financieras.

El caso de las financieras es un típico ejemplo de abuso de la personalidad jurídica. Bajo el escudo que proporciona la personalidad jurídica individual de cada sociedad y la responsabilidad limitada de los accionistas se crearon sociedades insolventes, se propició la desviación de bienes y la toma de riesgos excesivos, se fomentó la capitalización insuficiente, etc. Probablemente en un principio la actividad comercial de estos grupos fue legítima, sin embargo la actividad fue degenerando en conductas abusivas, negligentes y riesgosas que al final de cuentas desembocaron en una catástrofe financiera con pocos responsables e igual pocos perjudicados que han encontrado adecuado resarcimiento.

Más que la descripción del modo de operación de las financieras, se trata de hacer relación al peligro que se corre cuando se puede abusar del velo corporativo y no existen los remedios idóneos para prevenir y sancionar este tipo de actividades. Lo importante es destacar que la actividad parabancaria degeneró en un abuso, casi sin límites, del velo corporativo. Así mismo sirve de claro ejemplo real sobre los peligros que tiene el abuso de la personalidad jurídica.



3.5 La infracapitalización

El tema de la infracapitalización o "undercapitalization" es un tema importante en la medida en que bajo el esquema de responsabilidad limitada natural, los socios o accionistas sólo serán responsables por realizar el pago de sus aportaciones o pagar las acciones suscritas.

Las operaciones de la sociedad deberán, en cierto modo, guardar cierta relación con el capital que los socios han aportado. En ese sentido una sociedad que sus únicos activos lo constituyen el capital efectivamente aportado de cinco o diez mil quetzales, podría estar actuando en forma irresponsable al tener obligaciones por millones de quetzales. En estas situaciones puede presumirse que la actividad societaria se ha llevado con negligencia o bien que desde un principio se ha querido utilizar la pantalla societaria para evadir responsabilidades especialmente financieras, lo cual podría llevar a la desestimación para obtener el resarcimiento adecuado por parte de los acreedores. Sin embargo también existen casos de negocios legítimos que han iniciado con un capital mínimo y que no han tenido problemas de solvencia. Debe recordarse la diferencia que existe entre el capital aportado por los socios y traducido en la suscripción de acciones y el capital de la sociedad. Una entidad puede tener un capital suscrito mínimo o bajo y tener activos que lo superan por mucho.

De tal forma que la infracapitalización no debe ser determinante para la desestimación del velo corporativo, pero sí puede ser muy importante cuando no exista capital o bienes que respalden las obligaciones de la sociedad o exista una clara desproporción entre el capital y las operaciones sociales.



3.6 El trasvasamiento de sociedades

El trasvasamiento de sociedades ocupa un lugar singular dentro de la desestimación de la personalidad jurídica. Tal y como se ha ido desarrollando el tema, la idea es poder prescindir del velo corporativo para vincular personas y patrimonios con el objeto de que la sociedad anónima no sea utilizada para evadir responsabilidades, especialmente las patrimoniales.

Galgano manifiesta que el trasvasamiento de sociedades consiste en que una sociedad es constituida, "a los efectos de continuar con la actividad de otra que cesa en su actividad o bien es declarada en quiebra".¹⁶

Ocurre algunas veces que los accionistas de una sociedad anónima con problemas, financieros o fiscales, constituyen una nueva sociedad a la cual transmiten los activos de la entidad insolvente con el objeto de dejar un esqueleto lleno de deudas y sin patrimonio que garantice sus obligaciones, produciendo así una barrera para evadir las responsabilidades de la antigua sociedad. En este sentido, la nueva entidad continúa funcionando y explotando el negocio de la anterior, sin deudas y protegida por la personalidad jurídica diferente.

El Doctor Nissen establece que las causas para provocar el trasvasamiento de las sociedades son las siguientes: "a) situación económico-financiera caótica de la sociedad primitiva; b) maniobras para evitar la liquidación de la primera sociedad y la responsabilidad de sus funcionarios; c) declaración de quiebra de la primera entidad; d)

¹⁶ Galgano. Ob. Cit. Pág. 85.



actos para obstaculizar una hipotética extensión de la quiebra a los sujetos controlantes." ¹⁷

Naturalmente, el trasvasamiento se entiende como un uso abusivo de la personalidad jurídica en la medida en que la antigua sociedad esté de acuerdo con la nueva; o bien, que la nueva sociedad esté conformada por personas vinculadas con la primera. Se hace esta observación, ya que en todo caso sería válido que una entidad, que nada tiene que ver con otra y en el legítimo ejercicio de su actividad comercial, adquiriera los activos de esta o la totalidad de la empresa en sí, sin que se esté obrando de mala fe, por lo menos por parte de la entidad adquirente.

En los casos de trasvasamiento deben concurrir dos elementos fundamentales, además de las circunstancias enumeradas por el Doctor Nissen. El primero es que la transferencia de activos busque eludir responsabilidades de la primera sociedad; y el segundo, que exista mala fe en la adquisición por parte de la segunda entidad. Estos elementos son similares a los requeridos en la legislación guatemalteca para el caso de la acción revocatoria. Sin embargo, dependiendo del caso concreto, la acción revocatoria puede o no ser procedente. De la misma forma puede o no ser procedente la simulación o alguna acción por fraude a la ley.

Estas acciones, o cualquier otra que pretenda desestimar el velo corporativo y vincular directamente el patrimonio de la segunda entidad para que responda por las deudas de la primera, sólo serán procedentes en el caso de que la segunda entidad no esté actuando de buena fe. Si la entidad que adquiere los activos de la primera sociedad o la empresa mercantil, es un tercero de buena fe, no podría desestimarse el

¹⁷ Nissen. Ob.Cit. Pág. 400.



velo corporativo ya que no pueden ser afectados sus derechos. En estos casos, de los actos de la primera sociedad podría deducirse una acción penal, o bien tratar de vincular el patrimonio de los socios controladores para que no exista impunidad financiera.

3.7 Contratos de participacion, "joint venture" y otras operaciones mercantiles.

Dentro de las operaciones mercantiles actuales, es cada vez más común observar algunas formas de reunión que no necesariamente constituyen personas jurídicas con personalidad propia y diferente de sus miembros, pero que también pueden generar algunas circunstancias particulares.

Dentro de estas actividades comerciales pueden destacarse las reuniones o asociaciones temporales o para alcanzar determinados objetivos. Así las sociedades mercantiles pueden celebrar contratos de participación, "joint ventures" y otros tipos de contratación. No es el objeto del presente estudio profundizar mucho en este tema, sin embargo debe mencionarse en atención a que la especialización comercial y las nuevas formas de hacer negocios, se van abriendo nuevos horizontes no sólo para el progreso y desarrollo sino que también para el abuso, el fraude y el aprovechamiento ilícito.

Por tratarse de contratos y no de personas jurídicas, no existe una personalidad que pueda ser abusada. Sin embargo por medio de contratos de participación o "joint ventures" pueden darse elementos que coincidan con el abuso de la personalidad jurídica. Sin embargo cuando una de estas formas de contratación termina en una actividad abusiva puede beneficiar a las entidades que han suscrito el contrato, en



perjuicio de terceros, por lo que si una de estas formas contractuales es la causa del abuso y aprovechamiento ilícito de la personalidad jurídica de los contratantes, ambas deberán responder por los daños y perjuicios causados; y si las sociedades son una mera pantalla o son insolventes, deberá correrse el velo corporativo.

Debe recordarse que aunque un contrato sea válido, las relaciones surgidas de éste no pueden perjudicar a terceros. Así mismo no es lícito contratar específicamente para perjudicar a terceros. En todo caso estos contratos podrían ser nulos o anulables en virtud de querer simular, defraudar o perjudicar. Para los casos de joint venture, participación o incluso la creación de fideicomisos pueden aplicarse las diferentes soluciones que ya se han mencionado para penetrar el velo corporativo, en la medida que estas sean aplicables.



CAPÍTULO IV

4. La aplicación de la desestimación del velo corporativo

El abuso de la personalidad jurídica puede tomar diferentes formas y matices por lo que es difícil señalar la totalidad de casos específicos. En cada situación el remedio será diferente dependiendo de sus peculiaridades. En todo caso debe recordarse que la desestimación del velo corporativo debe tender a eliminar la oponibilidad de la personalidad jurídica de responsabilidad limitada e individualizar a la o las personas, físicas o jurídicas, responsables de los actos abusivos y vincular sus respectivas unidades patrimoniales.

Galgano al hacer un análisis de la inoponibilidad de la personalidad jurídica y el principio de limitación de responsabilidad menciona que: “las agudas crisis han erosionado estructuralmente los estamentos económico-sociales, favoreciendo la generación de un microclima sociológico perverso, de tal forma que no es sorprendente que con frecuencia se haya utilizado de modo indebido la forma societaria. Señala que es habitual que las sociedades sean insolventes y que los acreedores no puedan cobrar sus créditos porque en los tipos societarios más utilizados los socios solo son responsables hasta el límite del aporte suscrito.”¹⁸

Así mismo señala que es respetable la doctrina que ha reaccionado frente a estas situaciones y ha atacado el principio de la limitación de la responsabilidad tratando de reducir su marco operativo, pero que pese a tan loables objetivos, la posibilidad de limitar el riesgo empresario por medio de la constitución de sociedades, resulta primordial para el desenvolvimiento de un sistema esencialmente capitalista.

¹⁸ Galgano. Ob. Cit. Pág. 180.



Por último señala que el gran mérito del instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica es que permite la “oxigenación” del derecho societario, posibilitando la involucración de quienes la utilizan torpemente, ocultos tras la pantalla societaria. En tal virtud se respeta el principio de limitación de responsabilidad, esencial para generar operaciones de riesgo, subordinado, en definitiva, a la consecución de los fines que según el legislador deben cumplirse y se respeta las exigencias del sistema económico, sin renunciar al ideal de justicia.

En virtud de que la desestimación del velo corporativo es una institución que se ha desarrollado en un sistema anglosajón de equidad, debe entenderse que su aplicación no deviene de una fórmula exacta, sino de una variedad de remedios que deben ajustarse al caso concreto. Sin embargo deben darse algunos presupuestos y lineamientos en los cuales debe proceder la desestimación ya que las implicaciones económicas y jurídicas de aplicar la inoponibilidad de la personalidad jurídica en una forma indiscriminada podrían ser fatales.

En atención a lo relacionado es pertinente señalar ciertos requisitos que deben existir antes de iniciar cualquier acción que tienda a desestimar la personalidad jurídica.

4.1 Existencia y abuso de la personalidad jurídica de responsabilidad limitada

Es más que obvio que para desestimar el velo corporativo, debe existir dentro de la fórmula, una sociedad de responsabilidad limitada. Sin perjuicio de que varios argumentos o situaciones puedan darse con otras figuras legales, el caso objeto del estudio involucra un ente social de responsabilidad limitada. Debe ser una sociedad de responsabilidad limitada ya que en caso contrario los socios responderán con su



patrimonio en forma subsidiaria e ilimitada, lo cual en una forma simple de ver el problema es lo único que busca la desestimación: vincular en forma ilimitada a las personas tras la sociedad, para que respondan de los abusos cometidos.

También es obvio que para que ocurra la desestimación, no es suficiente que exista el tipo de sociedad adecuado. Es imperativo que la forma societaria esté siendo utilizada en forma anómala y que a través de ésta o con su ayuda, se estén llevando a cabo actos abusivos. En caso contrario, o sea, buscar la desestimación de la personalidad jurídica de una entidad que es utilizada en forma correcta, atenta contra el desarrollo comercial y la inversión.

El acto abusivo debe a su vez ser delimitado en forma particular. El acto abusivo no sólo es una actuación de la sociedad en la cual se extralimita en sus derechos. El abuso de la personalidad jurídica puede revestir varias formas y la extralimitación sólo es una de ellas. El abuso existe cuando una sociedad es la cortina tras la cual se ampara una o varias personas para no dar la cara o no responder por sus obligaciones en forma directa; también se da cuando se utiliza para procurar medios de impunidad, ya sea por actividades fraudulentas, para eludir la responsabilidad civil derivada de un acto o bien para ocultar y proteger bienes con el objeto, también, de evadir acreedores u obligaciones de tipo patrimonial.

Así mismo, el abuso de la personalidad jurídica puede tener matices más sutiles, como es amparar un actuar negligente o imprudente en la explotación de una actividad legítima, a sabiendas que al momento de que algo salga mal, la sociedad deberá responder directamente y los socios no responderán más que con los aportes que ya han realizado. Esta forma de abuso puede consistir como ya se ha mencionado, en un



actuar descuidado en las actividades de la sociedad o bien en las actividades de personas físicas. Tal sería el caso de realizar actividades con más riesgo, no tener los debidos controles en las finanzas, descuidar acreedurías o derechos propios, etc.

Debe salvarse la brecha existente entre la responsabilidad de los administradores y la responsabilidad directa de los accionistas. En cuanto a la responsabilidad de los administradores y gerentes el Código de Comercio regula que serán responsables ante la sociedad, los accionistas y acreedores por daños y perjuicios causados por su culpa o por negligencia grave. Si bien es cierto que los administradores o gerentes pueden ser responsabilizados ilimitadamente por la actuación de la sociedad, no debe olvidarse que el órgano superior lo constituye la asamblea general conformada por los socios. Además no es lo mismo abusar del cargo de administrador que abusar de la personalidad jurídica de la sociedad. Si los gerentes y administradores cometen abusos en sus cargos deberán responder frente a la sociedad y los socios porque ellos también habrán sido perjudicados. En este caso y cuando no exista responsabilidad de los socios, no deberá desestimarse el velo corporativo, salvo que los socios hayan consentido los actos, se hubieren aprovechado de la actuación en perjuicio de terceros o hubieren actuado también con negligencia.

En este sentido, dependerá de cada caso específico determinar si debe responsabilizarse a los accionistas y realizar la vinculación o bien la responsabilidad debe quedar en un nivel menor e imputar el abuso únicamente a los administradores o gerentes. Para esto sería importante estimar si los accionistas o la sociedad han sufrido algún daño o perjuicio y si esto fuera así, podría aceptarse como regla general que los



socios no serán responsables. En consecuencia el velo corporativo no podrá ser desestimado.

Dependiendo del tipo de abuso podrá responsabilizarse civil y/o penalmente a socios o administradores o incluso a ambos. En todo caso deberán observarse las circunstancias concretas de cada situación para determinar el alcance del remedio a aplicar.

De tal forma, el abuso de la personalidad jurídica puede tener muchas caras y pueden darse combinaciones de varias de éstas. En esencia el abuso es aprovechar la cortina que ofrece la forma societaria de responsabilidad limitada en perjuicio o detrimento de los derechos de alguna persona.

De lo anterior se desprende que la sociedad puede, ser el sujeto principal de las actuaciones abusivas, actuar en forma indirecta o ser el telón donde se resguardan los bienes de las personas que actúan irresponsable o maliciosamente.

4.2 Naturaleza de las actuaciones que permiten la desestimación del velo corporativo

Aunque ya se hayan hecho algunas observaciones en este sentido, es necesario ser puntual para dejar sentadas las bases de la naturaleza de los actos que constituyen el abuso del velo corporativo.

Los actos en los cuales se involucra a una sociedad de responsabilidad limitada deben reunir dos condiciones esenciales. La primera es que el acto constituya un abuso, lo cual ya ha sido expresado con anterioridad. El abuso, por su parte tiene dos extremos. Uno de ellos se refiere a los actos que constituyen una conducta contraria a



la ley y a los principios fundamentales del derecho. El otro es el descuido o negligencia en el actuar societario. La segunda de las condiciones esenciales de los actos en los que se involucra una sociedad, es que deben ocasionar un perjuicio a alguna persona.

En ese sentido, si no se causa perjuicio a un tercero la desestimación no será posible aunque la actividad societaria se utilice para fines diferentes a los previstos en el ordenamiento jurídico, o el acto que reclama la inoponibilidad sea de tal naturaleza que implique una conducta antijurídica, dolosa o culposa. De tal forma que si no concurren ambas condiciones la desestimación no será procedente. Por ejemplo si alguna sociedad fuera insolvente en sus pagos, pero no ha realizado actos abusivos o antijurídicos, no podrá vincularse a socios, controladores u otras entidades; o bien mientras alguna persona no resulte perjudicada por que otra utiliza una sociedad como pantalla para proteger sus bienes, tampoco podrá proceder la desestimación.

4.3 Aplicación de los remedios proporcionados por la legislación para la desestimación

Sin perjuicio de tratar este asunto al momento de realizar el análisis respectivo y reiterando lo que ya se ha mencionado, el abuso del velo corporativo puede presentarse de muchas formas. Un número bastante grande de estas formas de abuso tratan de ocultar las actividades individuales de un sujeto aparentando la existencia de una sociedad anónima. En otras oportunidades el abuso se presenta, no por una persona, sino por varios socios que aprovechan la separación de personalidades y el límite a la responsabilidad para llevar a cabo, en beneficio propio o en perjuicio de terceros, actividades abusivas, fraudulentas, impertinentes o imprudentes. Así mismo los abusos pueden existir por parte de grupos de sociedades.



Cabe recalcar también que la penetración del velo corporativo no es una fórmula exacta. Puede haber varios caminos para obtener el mismo resultado o bien no todos los caminos pueden solucionar el problema.

La premisa fundamental es que una o varias sociedades anónimas sean utilizadas para encubrir, abusar, perjudicar o eludir. Ya sea que la sociedad sea la que actúa o bien la que oculta ciertas actuaciones o incluso bienes. Los accionistas pueden ser tanto personas jurídicas como individuales. De tal forma que si se trata de una sociedad anónima que controla o es dueña de otra y no posee bienes suficientes para afrontar sus responsabilidades, la responsabilidad deberá elevarse al siguiente nivel. Así el velo corporativo, a pesar de ser múltiple, siempre deberá irse desestimando cuando existan las circunstancias pertinentes.

Debe entenderse que no siempre es procedente la penetración del velo corporativo. La actividad comercial y el uso de las sociedades, especialmente las anónimas, son fundamentales en el sistema económico actual. Ya se ha hablado sobre las ventajas que representa la separación de personalidades y la limitación de responsabilidades para la reunión de capital y toma de riesgos. En ese sentido es necesario destacar que las actividades societarias debe presumirse legítimas y que en todo caso el abuso debe ser probado por lo que la carga de la prueba recaerá en quien pretenda la desestimación. Así mismo, cuando una sociedad o grupo de sociedades no puedan cumplir con sus obligaciones, no implica inmediatamente que deba desestimarse la personalidad jurídica y hacer responsables a los accionistas. Si bien es cierto que es fundamental que exista una persona jurídica involucrada, además debe haber una actuación intencional de utilizar el velo corporativo de forma abusiva,



aprovechándose de él para enriquecerse ilícitamente, eludir responsabilidades y leyes o perjudicar a terceros; o bien que el velo corporativo, sea la coraza tras la cual se realiza una actividad descuidada, negligente, imprudente o impertinente que, por supuesto, conlleve un perjuicio o desmedro a actividades o derechos de terceros siempre y cuando la sociedad no posea bienes suficientes para hacer frente a sus obligaciones y responsabilidades.

Para la desestimación del velo corporativo se han mencionado varios instrumentos legales que pueden ser utilizados. Estos son la acción de simulación, la acción pauliana, el fraude a la ley o bien ciertas acciones penales. La manifestación de los abusos de personalidad jurídica no siempre son tan claros y no siempre encajan en los remedios ya mencionados, por lo que es muy útil contar con el apoyo de otras normas.

4.4 Forma de aplicación de la desestimación y medidas a implementarse

Ahora bien, para desestimar la personalidad jurídica no es suficiente contar con algunas armas que la legislación otorga. Si bien es cierto que son importantes, debe existir toda una estructura que permita dar el justo alcance a la penetración del velo corporativo. Es necesario también que existan algunos mecanismos que ayuden a la develación, como lo serían aquellos encaminados a facilitar la identificación de los accionistas. Dentro de éstos se encuentra la eliminación de las acciones al portador de las sociedades anónimas.

La tendencia actual en varios países es la de eliminar las acciones al portador en atención a que se han prestado a muchos abusos dentro de las sociedades anónimas



cuando los responsables han sido personas que controlan dichas sociedades. Esta tendencia se basa en la necesidad de dar seguridad jurídica a las actividades comerciales de las sociedades anónimas y que las mismas no sirvan para ocultar personas o intereses dudosos. El contar únicamente con acciones emitidas en forma nominativa es útil para establecer quienes son las verdaderas personas tras los actos de una sociedad. De tal forma que se hace patente la necesidad de eliminar o restringir el uso de acciones al portador, como una medida que permita, en determinados casos, revelar quiénes son los accionistas de una sociedad anónima.

Obviamente la revelación no puede hacerse en forma indiscriminada. En todo caso el registro de accionistas es privado y sólo podría revelarse su información con base en una orden de autoridad competente y con base en un proceso legal ya que de no hacerse así, se estarían violando derechos garantizados constitucionalmente. Además, la revelación de quiénes son los accionistas sólo podría darse cuando se justifique su necesidad para un fin determinado, de lo contrario el registro de accionistas y por lo tanto los propios accionistas permanecerán en el "anonimato".

El fin de prohibir o restringir la emisión de acciones al portador sería inconsistente por el sólo hecho de conocer a los accionistas. Esta medida es útil para revelar quiénes son los accionistas y así poderlos vincular o bien vincular los patrimonios de éstos cuando haya existido un abuso de la personalidad jurídica de alguna sociedad.

Por su parte debe recordarse una vez más que los remedios para la desestimación, en la legislación guatemalteca, tienen algunas limitaciones. Si bien es cierto que pueden ser efectivos, siempre existe alguna posibilidad de eludir



responsabilidades y abusar de la personalidad jurídica, por ejemplo si a pesar de tener acciones nominativas se utilizan personas interpuestas o testaferros o algún otro mecanismo para eludir la aplicación de la ley. Sin embargo esto de por sí ya implica un riesgo extra para el verdadero accionista y un obstáculo para la ocultación o evasión de las normas jurídicas.



CAPÍTULO V

5. Implicaciones económicas de la desestimación del velo corporativo

Como ya se ha mencionado, las sociedades de responsabilidad limitada son muy importantes dentro y fuera de Guatemala. Las ventajas que ofrece el formar una sociedad, especialmente una sociedad anónima, son innumerables ya que a través de la reunión de capitales pueden iniciarse empresas y negocios que de lo contrario no existirían. Quienes se agrupan con fines lucrativos, buscan minimizar los riesgos inherentes a la actividad comercial. El límite a la responsabilidad es un factor que ayuda a reducir los riesgos que asumen los comerciantes.

El facilitar la reunión de capital de varias personas para ponerlo a trabajar y obtener un beneficio común, limitando la responsabilidad personal en el caso de que la empresa no sea fructífera, influye directamente en la formación de sociedades y el fomento a la actividad comercial. Al existir estas facilidades y fomentarse el comercio es natural que se produzcan satisfactores de necesidades, fuentes de trabajo y en general riqueza y desarrollo. Ahora bien, debe recordarse que el fin de formar comerciantes sociales, especialmente los de responsabilidad limitada, es la explotación de una actividad de comercio en beneficio de los socios. Esto, como ya se estableció, tiene repercusiones económicas importantes.

De esta forma, se pone de manifiesto la importancia de la existencia del velo corporativo en una sociedad moderna y explica el porqué del gran aumento de la existencia de sociedades anónimas. Ahora bien, así como existen razones por las cuales debe ser fomentado, respetado y protegido el velo corporativo, es innegable que



también existen razones para limitarlo, sobretodo cuando el mismo se convierte en medio para obtener resultados en perjuicio de otras personas.

Así como existen justificaciones económicas para defender el velo corporativo, debe tomarse en cuenta que cuando es usado más allá de los límites de la buena fe o de los derechos de otras personas, debe ser restringido o suprimido. En atención a las pocas barreras que representa el crear sociedades, las ventajas que ofrecen y la escasa o nula fiscalización que pueden tener, éstas se han utilizado muchas veces para fines extrasocietarios o extracomerciales.

La creación de sociedades puede constituirse como un velo para ocultar o proteger patrimonios, de tal manera que una persona puede resguardar sus bienes sin el peligro de que sean embargados o ejecutados por obligaciones o responsabilidades contraídas por ella o por la sociedad. Esto tiene una repercusión económica y jurídica muy importante ya que a través del velo corporativo puede ocultarse, en forma legítima, un patrimonio en perjuicio de acreedores; y la incapacidad de levantar dicho velo puede ocasionar el descuido y el abuso en algunas conductas ya que se tiene la certeza de que no se afectará el o los patrimonios "protegidos".

El velo corporativo también es utilizado para proteger y amparar determinadas actividades de un grupo de sociedades conduciendo al aprovechamiento ilícito y el abuso. El hecho de que varias sociedades sirvan de velo para una operación mayor, proporciona una cubierta que pocas veces puede ser levantada. Un ejemplo reciente es el caso de las financiadoras, que a través de un grupo de sociedades realizaban diferentes actividades para el beneficio del mismo grupo de personas. De tal manera que captaban los recursos de las personas a través de casas de bolsa u otras



entidades, para financiar otros proyectos ya fueran del grupo de socios, de entidades vinculadas o subsidiarias o incluso para prestar estos recursos a terceros en una clara intermediación financiera. La consecuencia de los abusos o descuidos en la actividad comercial de las entidades generó una serie de dudosas quiebras, fraudes a acreedores e inversionistas, desconfianza en el sistema financiero y en general una crisis sistémica con consecuencias que, a la fecha, siguen afectando el panorama económico.

Otro caso típico es utilizar un grupo de sociedades con el objeto de acentuar una posición dominante en el mercado y aprovecharse de ésta en perjuicio de la competencia o los consumidores constituyendo así, prácticas de competencia desleal, predatorias o monopolísticas, las cuales perjudican a consumidores y competidores y distorsionan la economía.

En todos estos casos, el velo corporativo es el medio para cometer abusos en la explotación de un negocio o actividad determinada, lo cual perjudica tanto a los comerciantes como a los inversionistas y consumidores. En la medida que no se tengan los mecanismos idóneos para defenderse ante tales situaciones "legales", se pueden ocasionar graves problemas económicos.

El establecer un andamiaje económico y jurídico que permita en ciertos casos desestimar y hacer de lado la norma que establece que las sociedades tienen personalidad jurídica propia y que la misma es diferente a la de sus miembros, así como aquella que limita la responsabilidad, tiene una serie de consecuencias dentro de la economía de un país.



Al tomar las acciones pertinentes para desestimar el velo corporativo, podría desincentivar la formación de sociedades ya que los riesgos aumentarían afectando así la reunión de capitales. Así mismo puede provocar el colapso de las estructuras societarias, la fuga de capitales y ahuyentar la inversión nacional y extranjera, ocasionando un desequilibrio económico sin precedentes. Para evitar este escenario es necesario entender la forma en que debe operar la desestimación del velo corporativo.

En primer lugar debe ponerse de manifiesto que el levantamiento del velo corporativo no debe ser una acción caprichosa. En todo caso debe observarse como una forma de hacer prevalecer el principio de buena fe y la certeza jurídica de tal forma que sólo afecte a sociedades que abusan de la personalidad jurídica o que realicen actos fraudulentos o contrarios a la ley que perjudiquen a terceros.

Así mismo, se vería en la desestimación del velo corporativo, un riesgo en contra de la protección patrimonial que se espera de las sociedades. No obstante debe recordarse que el fin de las sociedades de responsabilidad limitada no es la protección patrimonial sino la explotación de una actividad comercial. Al utilizar a la sociedad de responsabilidad limitada como cortina de protección, se desnaturaliza la institución, por lo que desde el punto de vista jurídico simplemente sería velar por que se respete y cumpla con la naturaleza real de las sociedades.

Las acciones encaminadas a desestimar el velo corporativo sólo deben buscar la transparencia y la seguridad jurídica. Obviamente es patente el efecto económico en cuanto a restar incentivos a la formación de sociedades mercantiles, sin embargo deben tomarse en cuenta varios aspectos en cuanto a este peligro. El primero es que la desmotivación de formación de sociedades, sería para las sociedades tipo coraza



protectora de bienes, que lo único que persiguen es proteger una masa patrimonial o bien actividades fraudulentas, contrarias a la buena fe o a la ley. Así mismo podría desincentivar la reunión de capitales para actividades de alto riesgo. Sin embargo los riesgos comerciales deben ser afrontados con responsabilidad. No puede esperarse que un grupo de personas, a sabiendas de los riesgos que implica la actividad a que se dedican, pretendan trasladar la totalidad de sus responsabilidades a terceros de buena fe. Por otro lado un sistema que permita el levantamiento del velo corporativo debería provocar una conducta más responsable de los comerciantes; volvería más transparente la actividad societaria y permitiría menos abusos.

Existen algunas actividades comerciales que por su naturaleza se encuentran altamente reguladas. En éstas el velo corporativo puede y debe ser desestimado cuando ocurran abusos ya que la importancia de estas actividades afectan no sólo a un grupo sino pueden tener repercusiones graves en toda la economía nacional. Obviamente se habla de las actividades financieras que por las implicaciones económicas, los riesgos sistémicos, la función creadora de dinero secundario, etc; justifican plenamente la desestimación. La misma situación ocurriría frente a los abusos de entidades que representen monopolios u oligopolios, en donde la posición dominante les permite distorsionar la economía y producir efectos negativos. Sin embargo cuando existe abuso societario basado en actividades monopolísticas o de competencia desleal, además de la desestimación de la personalidad jurídica pueden aplicarse otras medidas, ya que la penetración del velo corporativo tampoco es el remedio a todos los abusos que pueden darse en la actividad comercial. La desestimación no pretende afectar la actividad corporativa legítima, la cual busca la



reunión de capitales, el compartir y limitar los riesgos y el enriquecimiento y la producción lícita y de buena fe, aunque sí podría tener alguna incidencia sobre todo por temor o falta de información.

Otro aspecto de implicaciones económicas se relaciona con las acciones de tipo nominativo. Al restringirse o prohibirse las acciones al portador, podría argumentarse la falta de seguridad, protección y secretividad, sin embargo el argumento no es válido ya que los registros de accionistas son privados y así deben seguir siendo. Así mismo, se podría crear una barrera en cuanto al desarrollo del mercado de capitales ya que al negociar únicamente acciones nominativas se deberían cumplir los requisitos de endoso y registro, haciendo engorrosa la circulación. Sin embargo, este argumento no es plenamente sustentable en atención a que pueden crearse otros mecanismos de negociación o bien permitirse las acciones al portador únicamente cuando exista una oferta pública de las mismas sujeta a otros controles por parte de los órganos rectores de la actividad bursátil. Por otro lado en muchos países donde sólo se permite la existencia de acciones nominativas se han encontrado los mecanismos pertinentes para negociar en los mercados de capitales desarrollados.

Constitucionalmente se podría argumentar, en contra de la desestimación del velo corporativo, la violación a derechos fundamentales como: inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros; derecho de asociación; derecho de propiedad; protección al derecho de propiedad; libertad de industria y de comercio; y las obligaciones del Estado en el régimen económico y social basados en la Constitución Política de la República de Guatemala.



Los argumentos para decir que se violan las garantías anteriores podrían ser los siguientes: Que el establecer la inoponibilidad de la personalidad jurídica o bien la desestimación del velo corporativo constituye un atentado contra el patrimonio y el derecho de propiedad de las personas ya que se estaría vinculando a dos entidades o personas diferentes y que una no debe responder del patrimonio de la otra. Así mismo se estaría coartando y restringiendo la libertad de comercio e industria ya que se aumentan los riesgos, se desincentiva la formación de sociedades y la reunión de capital y se afecta a la economía nacional al crear figuras que permiten actuar en contra de la propiedad privada, etc.

En cuanto a la prohibición o restricción de las acciones al portador, además de lo anterior, podría argumentarse que se atenta contra el derecho de inviolabilidad de documentos y libros ya que se está obligando a revelar documentos y operaciones privadas que en todo caso deben permanecer secretas y que esta medida desnaturaliza la institución de sociedad anónima pues se sabría quienes son los accionistas.

No obstante, dichos argumentos no deben ser aceptados, ya que el espíritu de la desestimación del velo corporativo como un conjunto de medidas o procedimientos es precisamente garantizar la buena fe, la transparencia, el estado de derecho, las relaciones comerciales, el patrimonio de las personas y la justicia.

Lejos de atentar contra los derechos individuales que se mencionaron, la inoponibilidad del velo corporativo reafirma el derecho de las personas a no ser defraudadas en su patrimonio. No se desincentiva la economía o el derecho de reunión ni se violan la libertad de industria y comercio, ya que se establecen reglas claras en



beneficio de los acreedores y personas que se puedan ver afectadas ante los abusos de la personalidad jurídica. En todo caso se busca desincentivar al comerciante o industrial fraudulento que pretende obtener privilegios o protecciones tras una cortina legal, en detrimento de terceros de buena fe. Así mismo se pretende desincentivar a las personas a ocultar sus bienes para no responder de sus obligaciones. En todo caso las actividades con abuso de la personalidad jurídica constituyen una violación a la ley, al bien común y a los principios de justicia.

El comerciante o industrial legítimo, que actúa de buena fe y que maneja sus negocios con la debida diligencia y apegado a las leyes y al orden público, no debe preocuparse por la desestimación del velo corporativo ya que éste sólo puede operar contra quienes transgredan los preceptos enunciados.

La personalidad jurídica y la responsabilidad limitada debe continuar operando de la misma forma y la desestimación, solamente entra a jugar un papel importante cuando exista una conducta incorrecta que cause daños o perjuicios.

En conclusión, debe encontrarse un justo medio entre la protección a la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada, por las grandes ventajas que estas representan; y la desestimación del velo corporativo como protección a las personas que sufren abusos o se ven perjudicadas por los abusos que se perpetúan gracias a la separación de personalidades.



Si bien es cierto que no puede castigarse con excesivo rigor a las sociedades anónimas, tampoco es justo permitir y tolerar los abusos de los entes jurídicos sociales. Por tales motivos es necesario que la desestimación se base en acciones pertinentes y que los mecanismos que se utilicen para lograrla estén basados en el principio del debido proceso, el contradictorio, la presunción de inocencia, etc.





CAPÍTULO VI

6. La aplicación de la teoría de la desestimación del velo corporativo

6.1 El velo corporativo y el abuso de la personalidad jurídica como elemento básico de la desestimación

Al hacer el análisis de la desestimación del velo corporativo deben hacerse algunas reflexiones previas, no sólo en cuanto a la figura en sí, sino también en cuanto al abuso de la personalidad jurídica como elemento básico dentro de la configuración del tema.

El velo corporativo, entendido como la coraza que separa la personalidad de las sociedades e impone límites a la responsabilidad de sus miembros, definitivamente es necesario dentro del marco jurídico comercial que existe hoy en día. El velo corporativo permite el desarrollo al proteger las inversiones, limitar los riesgos y fomentar la reunión de capital. En tal virtud es necesario defender la existencia del velo corporativo como una garantía para aquellos comerciantes que actúan dentro del marco de legalidad.

Sin embargo, la existencia del velo corporativo sin límites puede acarrear serios inconvenientes de orden jurídico, económico, político y social. El abuso de las sociedades mercantiles que limitan la responsabilidad es un hecho innegable. Existe una gran cantidad de sociedades anónimas o sus accionistas, que lo único que buscan es evadir ciertas obligaciones por medio de la protección que proporciona el velo corporativo. Se debe entender que el velo corporativo en sí, es una institución jurídica neutra. No es bueno ni malo, su calificación depende del uso que se le dé. Así como es posible que el velo corporativo se use en forma abusiva y excesiva también puede ser utilizado correctamente.



El abuso no es un elemento inherente a la figura del velo corporativo. Debe dejarse claro que la separación de personalidades jurídicas y los límites a la responsabilidad incluidos dentro del concepto de velo corporativo no fueron desarrollados con el objeto de promover impunidad. Estas figuras fueron desarrolladas por necesidades legítimas que hoy por hoy siguen vigentes. Desdichadamente el velo corporativo también ha sido usado para cometer actos excesivos, violentar la ley o procurar la impunidad frente a obligaciones personales o sociales. El abuso de la personalidad jurídica, puede tener muchos matices unos más visibles que otros.

Ya se han mencionado algunos casos en los cuales se pone de manifiesto el abuso de la personalidad jurídica, pero debe destacarse que el mismo se presenta, principalmente, en obligaciones de crédito o financieras; en la actividad de grupos societarios o bien en materia fiscal. A través del velo corporativo es fácil provocar, formalmente, el estado de insolvencia de una persona individual o jurídica. Se dice que la insolvencia es formal en atención a que una persona individual o jurídica puede no tener patrimonio a su nombre para responder a sus deudas, pero si poseer bienes protegidos bajo el velo corporativo. El caso típico de esta situación se da cuando los acreedores no pueden embargar bienes de una persona ya que los mismos se encuentran a nombre de una sociedad anónima.

Por su parte, los grupos de sociedades pueden funcionar como una red corporativa que diluye la responsabilidad de las entidades o sus accionistas. Esto se ha reflejado en algunas operaciones del sistema bancario o el parabancario en donde las personas, inversionistas y ahorrantes, confiaron sus recursos a una entidad supuestamente sólida y solvente que los utilizó en beneficio propio y que al momento



de no poder cumplir con sus obligaciones financieras no tenía recursos suficientes, ya que los activos del supuesto grupo se encontraban en otras sociedades, provocando así impunidad financiera por el abuso del velo corporativo. Por tales motivos, además de aplicar los remedios necesarios para desestimar el velo corporativo, es necesario crear la legislación pertinente que regule los grupos societarios, la consolidación y la responsabilidad solidaria entre filiales y casa matriz. Actualmente en Guatemala existen varias bases para comenzar a realizar los cambios en materia de grupos societarios. Las leyes financieras contienen algunas disposiciones al respecto y constantemente se están discutiendo y promoviendo actualizaciones y reformas a la legislación y regulación de entidades y grupos financieros. Así mismo la ley del mercado de valores y mercancías ya habla de sociedades controladas y controladoras. A pesar de que estas normas sólo sean aplicables a las entidades financieras reguladas o a entidades que coticen en bolsa respectivamente, constituyen antecedentes para la modernización de la legislación corporativa.

Además de los casos de responsabilidad por insolvencia, el abuso puede darse en formas más sutiles pero no menos perjudiciales. El abuso del velo corporativo puede darse incluso cuando los accionistas o socios de una entidad, a sabiendas de que no serán responsables personalmente toman riesgos excesivos o son negligentes o imprudentes en sus actuaciones. En este caso el abuso de la personalidad jurídica está en que los actos realizados se hacen sin importar las consecuencias ya que, en el caso probable de causar algún perjuicio, no habrá responsabilidad personal o la misma estará muy limitada, en virtud de la coraza protectora existente.



A modo de ilustración se puede citar el ejemplo de una entidad de transporte aéreo que nunca da mantenimiento a sus naves por lo que las mismas se encuentran en mal estado. Esto no lo saben los usuarios de la línea aérea, pero si lo saben sus accionistas. Estos últimos deciden no dar mantenimiento a las naves, ni contratar seguros pues, en el caso de que ocurra un accidente, ellos no tendrían que responder personalmente por los daños y perjuicios causados ya que la responsabilidad sería de la persona jurídica. Efectivamente, por falta de mantenimiento uno de los aviones que transporta equipo de alta tecnología tiene una falla y se estrella. No ha habido muertos ni heridos, solo pérdidas materiales enormes. Al iniciar una acción legal para resarcir e indemnizar a los afectados, resulta que a pesar de que la aerolínea posee patrimonio el mismo no alcanza a cubrir ni una mínima parte de los daños y perjuicios. Mientras tanto los accionistas están tranquilos pues la responsable es la sociedad anónima y ellos, en todo caso, han cumplido con realizar sus aportes, por lo que no deben responder con sus bienes a pesar de que ellos fueron los que decidieron no dar el mantenimiento adecuado a los aviones, sabiendo lo que podía pasar.

Obviamente una situación de este tipo tendría muchas más implicaciones, pero en este momento no se trata de establecer las consecuencias sino simplemente ilustrar el abuso de la personalidad jurídica cuando existe negligencia o se toman riesgos que exceden la prudencia comercial a la sombra del velo corporativo.

Cabe destacar que no toda situación de insolvencia, actuación negligente o toma de riesgos excesivos va a ser imputable a los socios y que por ende justifique una acción de desestimación. En primer lugar se debe mencionar que la insolvencia y actuación negligente puede provenir de los administradores. En este caso deberán



responder en la forma que establece el Código de Comercio, salvo la responsabilidad que corresponda a administradores y socios como se indica más adelante.

Del mismo modo es importante establecer que no toda insolvencia proviene de un actuar abusivo o excesivo, por parte de los socios, que amerite la desestimación. En este caso el actuar abusivo estaría constituido por el actuar propio de los socios, en el aprovechamiento personal de recursos de la sociedad, el no atender financieramente las necesidades del ente u otros similares. En todo caso, la característica común debe ser que se trate de una insolvencia provocada por la actuación directa y malintencionada de los accionistas.

En similar sentido debe abordarse el tema de la negligencia o impericia constitutiva de abuso de la forma jurídica. Una de las formas en que puede presentarse la negligencia comercial es en cuanto al tema financiero ya sea por el abandono de la sociedad por parte de los socios o bien el saqueo, despilfarro y aprovechamiento de los recursos de la sociedad en beneficio de los contorladores, lo cual ya se ha mencionado.

Pero el abuso por negligencia tiene otras manifestaciones. Estas están más relacionadas con la impericia en la conducción de negocios, la imprudencia y toma de riesgos excesivos, desproporcionados o innecesarios; o simplemente la despreocupación total de los socios conscientes de la existencia de la protección del velo corporativo. Una vez más, es necesario aclarar que estos abusos deben ser consecuencia directa de acciones u omisiones por parte de los socios, siempre y cuando la responsabilidad no sea imputable directamente a los administradores.



La cuestión del abuso por negligencia, impericia o imprudencia es discutible en la medida en que los abusos siempre llevan una carga de intencionalidad, sin embargo debe distinguirse entre el abuso de la forma societaria por negligencia, imprudencia o impericia, que la simple negligencia, imprudencia o impericia de los socios. El fundamento de la desestimación del velo corporativo estaría basado en las actuaciones u omisiones negligentes o imprudentes cometidas por los controladores de la sociedad en beneficio propio aprovechando la existencia del velo corporativo para no ser responsables de dichas actuaciones u omisiones.

No obstante existen ciertas actividades en las que la toma excesiva de riesgos lejos de ser un abuso, constituye el alma y corazón del negocio. Cuando se habla de actividades comerciales riesgosas, especialmente las negociaciones en bolsa, la desestimación del velo corporativo basado en el abuso de la personalidad jurídica por negligencia, sería casi imposible ya que los parámetros para la toma de decisiones es muy diferente. En algunos casos la toma de decisiones arriesgadas es esperada. En este tipo de actividades la desestimación del velo corporativo podría derivarse por un aprovechamiento ilícito de recursos por parte de los socios o accionistas.

Además de esto se tiene a la infracapitalización, la cual no es en sí un abuso de la personalidad jurídica pero si puede ser un parámetro que determine la desestimación, ya que una sociedad que no cuenta con suficiente capital social y ha realizado operaciones de montos desproporcionados con ese capital, podría desembocar en una vinculación con sus controladores por no existir un respaldo adecuado o no actuar con responsabilidad. Naturalmente, no siempre la infracapitalización será causa de desestimación. Esto dependerá del caso concreto y



puede estar íntimamente relacionado con la negligencia o descuido empresarial del que ya se ha hablado.

Existen otras formas de abuso en donde probablemente no exista un perjudicado específico o bien que no se trate al final de cuentas de una cuestión dineraria como las anteriores. Tal es el caso de las actividades monopolísticas o de competencia desleal. A través de varias sociedades anónimas, todas controladas por la misma persona o grupo se puede constituir un monopolio o realizar actos de competencia desleal. Al hacer un análisis legal de los integrantes del mercado se verán "aparentemente" muchas sociedades competidoras entre sí, pero que en realidad responden a un mismo interés. De tal forma, constituyendo personas jurídicas diferentes, se da la impresión de un mercado diversificado pero en realidad existe un monopolio que puede abusar de posiciones dominantes o realizar prácticas predatorias de competencia.

Por último, en cuanto al tema del abuso de la personalidad jurídica como elemento de la desestimación, se fundamenta en principios jurídicos elementales. Estos principios se manifiestan en forma imprecisa incluso dentro de la legislación guatemalteca en el Artículo 1653 del Código Civil que establece: "El exceso y la mala fe en el ejercicio de un derecho o la abstención del mismo, que cause daños y perjuicios a las personas o propiedades, obliga al titular a indemnizarlos." Este tipo de normas, al igual que la contenida en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial (fraude a la ley) tienen un corte típicamente equitativo pues dejan a criterio de la autoridad el establecer el parámetro de su aplicación. Naturalmente puede pensarse que al darle facultades tan amplias de decisión e interpretación a los juzgadores, estos podrían caer en abuso de autoridad. Sin embargo la institución de la desestimación no surge ni se plantea



fundamentada en fórmulas estrictas ya que de hacerse de esta forma probablemente le restaría importancia y efectividad.

Los escenarios para la desestimación del velo corporativo, son muchos como para tratar de encuadrarlos en una norma rígida. Las circunstancias, valoraciones, pruebas, consideraciones y soluciones variarán dependiendo de si se trata de una persona individual que evade sus responsabilidades utilizando una forma societaria, una sociedad que evade sus responsabilidades porque sus accionistas o controladores son los verdaderos responsables o quienes poseen el patrimonio para responder de los actos de la entidad; o si por el contrario se trata de una relación entre grupos societarios.

6.2 La responsabilidad de los administradores y representantes legales dentro del esquema de la desestimación del velo corporativo.

Se ha mencionado que no es lo mismo el abuso de la personalidad jurídica, que el abuso del cargo de administrador o gerente. Obviamente al tratar el tema de la desestimación del velo corporativo se hace alusión al primero de los temas. Sin embargo, al momento de determinar en donde se ha concretado el abuso o quien es el que debe responsabilizarse por los daños y perjuicios que se causen.

La finalidad de la desestimación del velo corporativo es impedir la evasión de obligaciones por la utilización de una forma societaria. Teóricamente hablando la diferencia entre el abuso del velo corporativo y la responsabilidad de los administradores es clara. Sin embargo en la práctica puede no resultar así. Existen casos en que el abuso de la personalidad jurídica nada tiene que ver con la actividad



de los administradores. Uno de estos casos puede ser cuando una sociedad anónima es utilizada como una pantalla que resguarda el patrimonio de su “único accionista” en donde la sociedad no tiene ninguna otra finalidad real y no realiza actividades reales de comercio. Aquí, la actividad de los administradores será irrelevante pues se trata de un abuso de una sociedad anónima.

Otro ejemplo en donde existe un claro abuso del velo corporativo y no de la actividad de los administradores es cuando la sociedad está siendo utilizada por el o los socios controladores para realizar actividades contrarias a la ley, a la buena fe o al orden público. Siempre y cuando este sea el objeto real de la sociedad.

Por otro lado, no se trataría de un caso de desestimación del velo corporativo si la actividad abusiva es llevada a cabo directamente por los administradores, no en beneficio de la sociedad o sus accionistas, sino en beneficio propio. Debe entenderse que en estos casos se habla de administradores que no son accionistas.

El problema para determinar cuando se trata de un abuso que amerite la desestimación del velo corporativo y cuando se trata de responsabilidad de administradores, deberá establecerse en cada caso concreto. Al igual que la norma general que establece que la personalidad de las sociedades y de las personas que las conforman son diferentes, así como que en las sociedades que limitan la responsabilidad, los socios no responderán con su patrimonio personal; también debe entenderse que en principio las actuaciones abusivas deberán pasar en primera instancia por la lupa de responsabilidad de los administradores. De tal forma que antes de desestimar el velo corporativo, se debe cuestionar la actuación de quien administra la sociedad. Esto no significa que deban iniciarse acciones de responsabilidad de los



administradores antes de iniciar una acción de desestimación del velo corporativo, ya que deberá atenderse al caso concreto para determinar lo que procede, sin perjuicio de que en algunos casos exista responsabilidad de los administradores y de los controladores.

Hecha esta aclaración, pueden delimitarse ciertos parámetros que permiten establecer que tipo de acción procedería. Uno de estos parámetros es el beneficio recibido por la actuación abusiva. Si los actos abusivos tienden a beneficiar a los controladores, es probable que proceda la desestimación. Así mismo puede observarse quien ha recibido el perjuicio del acto. Según el código de comercio los administradores serán responsables frente a la sociedad, los socios y terceros por su actuar negligente. Si el acto ocasiona perjuicios a la sociedad o a todos los socios, podría estarse frente a un caso de responsabilidad de administradores.

Por otro lado, existen casos en los cuales los administradores estarán libres de responsabilidad por ejemplo si las decisiones han sido tomadas por el órgano superior o bien si este ha aprobado o consentido la actuación del órgano de administración. En estos casos, la responsabilidad de los administradores sería relativa. Así mismo pueden existir otros criterios objetivos derivados de los actos hechos dentro o fuera del objeto principal de la sociedad; si el administrador tiene o no facultades para realizar determinado acto o si está realizando actos delictivos o contrarios a la ley o incluso los órdenes de los accionistas conformados en asamblea general. Es natural que la responsabilidad de los administradores existirá en la medida en que la sociedad opere realmente como una entidad comercial y no como un *alter ego*, una pantalla de protección o un simple instrumento. Sin embargo es ampliamente conocido el hecho de



que una gran cantidad de sociedades únicamente son utilizadas para los fines anteriores.

La responsabilidad de los administradores tiene gran relevancia al momento de tratar el abuso en caso de actos negligentes o imprudentes ya sea que deriven en una insolvencia de la sociedad o bien en ocasionar daños y perjuicios por tomar riesgos desproporcionadamente excesivos. Aquí los administradores serán responsables si sus actos propios son los que llevan a la sociedad a un estado de insolvencia por ejemplo. Sin embargo, en casos especiales podría ser que aunque el acto sea propio del administrador, pueda vincularse a los controladores. Esto impone una mayor fiscalización sobre los actos de los administradores.

Así como existe una responsabilidad de los administradores y de los socios, la cual en algunos casos puede ser transmitida, también las personas que contraten con la sociedad deberán asumir los riesgos de la transacción pero siempre amparado bajo los principios de verdad sabida y buena fe guardada. Por ejemplo, una persona, individual o jurídica otorga un préstamo a una sociedad anónima específicamente para la compra de equipo de cómputo. Posteriormente dicha suma de dinero es entregada por el administrador único de la entidad al socio controlante para gastos personales. Posteriormente la entidad resulta insolvente y a raíz de su insolvencia no cumple con el contrato celebrado con su acreedor. Existe aquí un abuso en la utilización del dinero el cual es responsabilidad del administrador, sin embargo el socio controlante fue quien le dio la instrucción, utilizó el dinero de la sociedad y obtuvo el beneficio patrimonial. En este caso el administrador tendrá responsabilidad por ser el ejecutor de los actos de la sociedad, pero, bajo la teoría de la desestimación del velo corporativo, también



procederá responsabilizar al socio controlante por haber aprovechado en perjuicio de terceros la forma de la sociedad. Si solamente se buscara la responsabilidad del administrador quedaría impune el abuso por parte del socio.

Los casos en donde se involucre a sociedades matrices y filiales, deben ser tratados de una forma especial, pues si bien es cierto que los administradores pueden ser los responsables primarios, lo más común es que el abuso se dé por la estructura del grupo societario, lo cual va más allá de la responsabilidad administrativa establecida en el código de comercio.

Galgano expresa que los administradores deberán responder siguiendo los lineamientos descritos en la ley y que dentro de un esquema amplio y sin entrar a analizar mayores precisiones contenidas en las disposiciones legales, ni las excepciones previstas se puede decir que: “Si la actuación torpe ha sido realizada de tal manera que según la normativa general sobre responsabilidad de los administradores, deja a estos comprometidos, obviamente es inexcusable que se los responsabilice. Podría sin embargo, tratarse de una actuación torpe que por algún motivo no pudo ser advertida por el administrador. No se debe dejar a un lado que la torpeza no surge precisamente del acto en sí mismo, sino de la violación a los fines que el legislador ha tutelado.”¹⁹

Así mismo, el administrador podría válidamente argumentar que la actuación no ha sido torpe o negligente en sí misma constituyendo la antijuridicidad con otros elementos predispuestos por los socios controladores. Es obvio que si el administrador, actuando con diligencia hubiera debido advertir la torpeza o la actividad abusiva,

¹⁹ Ibidem. Pág. 237.



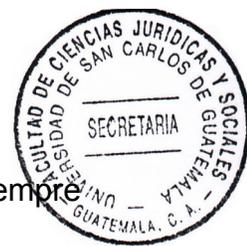
deberá quedar responsabilizado. Debe hacerse la observación que Galgano manifiesta que el administrador deberá quedar responsabilizado pero, no hace la distinción de que siempre será el único responsable.

En conclusión, los administradores tendrán responsabilidad de su actuar negligente en la medida en que los actos sean propios. Así mismo, antes de llegar a la desestimación del velo corporativo deberá analizarse si se trata de abuso de la forma societaria o bien abuso en la administración de la sociedad, sin perjuicio de que en casos especiales existirá una responsabilidad solidaria entre el o los administradores que propiciaron los abusos y el o los controladores que los aprovecharon, consintieron, prepararon u ordenaron. De la misma forma existirán casos en los cuales los administradores podrán eximirse de responsabilidad e imputarla directamente a los socios y viceversa.

6.3 La desestimación del velo corporativo y los remedios legales

Una vez entendido el concepto fundamental tras el abuso de la personalidad jurídica, se puede realmente entrar a discutir cómo debe operar la desestimación del velo corporativo y las implicaciones que esto tendría.

La teoría de la desestimación o penetración del velo corporativo surge a raíz de los abusos de la personalidad jurídica. El principio jurídico que sustenta la teoría es la no utilización de formas jurídicas para evadir responsabilidades en perjuicio de terceras personas, siempre y cuando los perjuicios sean causados efectivamente por un abuso de dichas formas, ya que todo daño debe ser resarcido. Así mismo puede establecerse que la justicia debe hacer prevalecer la realidad sobre las apariencias. La desestimación del velo corporativo pretende eliminar, en casos especiales, la



protección que ofrece dicho velo para poder vincular a personas y patrimonios siempre y cuando exista un abuso de la personalidad jurídica, se causen daños y/o perjuicios en forma directa o indirecta siempre que, según sea el caso, la persona individual o jurídica directamente responsable no posea bienes suficientes para responder por los daños causados y que exista otra persona individual o jurídica para que esta responda.

La desestimación en sí no es un fin sino que se trata de un medio para lograr la vinculación de patrimonios para el resarcimiento de daños y perjuicios o el cumplimiento de obligaciones. La desestimación no debe realizarse en forma indiscriminada ni ilimitada, pues eso causaría un caos jurídico y económico. La desestimación no debe afectar a las sociedades en donde no exista abuso. Puede ser el caso de que una persona jurídica efectivamente caiga en estado de insolvencia sin que se cometa algún abuso. En dichos casos no podrá proceder la desestimación del velo corporativo.

En todo caso el parámetro para que proceda la desestimación es la existencia del abuso de la forma societaria y que dicho abuso ocasione un daño o perjuicio a un tercero. Si existe abuso y no hay daño a terceros no debe proceder el levantamiento del velo corporativo. Por otro lado, si no existe abuso de la personalidad jurídica y la sociedad ha funcionado legítimamente y sus controladores han puesto la debida diligencia en sus actuaciones, actuando de buena fe, aún y cuando se ocasionen daños o perjuicios a terceros, tampoco deberá levantarse el velo corporativo.

La intención de la desestimación no es perjudicar a los comerciantes legítimos que actúan de buena fe, sino que es el medio para beneficiar a acreedores y terceros que han sufrido algún daño o perjuicio por el abuso de la personalidad jurídica. En



ningún momento se busca, ni se pretende desincentivar la reunión de capital sino tratar de impedir la impunidad.

El velo corporativo guatemalteco se basa en principios tradicionales de separación de personalidades y limite a la responsabilidad. Esto puede apreciarse en el Artículo 14 del Código de Comercio que establece: "La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e inscrita en el registro mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de las de los socios individualmente considerados." Por su parte el Artículo 30 del mismo cuerpo legal dice: "En las sociedades las obligaciones sociales se garantizan con todos los bienes de la sociedad y únicamente los socios responden con sus propios bienes en los casos previstos especialmente en este Código". Esto quiere decir que únicamente en los casos establecidos en el propio código los socios responderán con sus propios bienes. De tal forma que para determinar la responsabilidad de cada socio debe atenderse a la forma societaria que se adopte. En el caso de la sociedad colectiva los socios responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, por lo tanto no es realmente aplicable la teoría de la desestimación del velo corporativo. No obstante en sociedades como la de responsabilidad limitada y la anónima, la responsabilidad es diferente.

El Artículo 78 establece que la "Sociedad de responsabilidad limitada es la compuesta por varios socios que sólo están obligados al pago de sus aportaciones." Y que "por las obligaciones sociales responde únicamente el patrimonio de la sociedad y, en su caso la suma que a más de las aportaciones convenga la escritura social." Por su parte el Artículo 86 dice: "Sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y



representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito."

De una interpretación integral del Código de Comercio se entiende que existe una barrera constituida por el velo corporativo, especialmente en las sociedades que limitan la responsabilidad. En estas sociedades se da la apariencia de un velo corporativo absoluto ya que no menciona ninguna excepción en la que los socios o accionistas deban responder con sus propios bienes o bien que la sociedad deba responder por las obligaciones de los socios.

En atención a que existen las normas citadas es correcto pensar, en principio, que en Guatemala el velo corporativo no puede ser levantado. Esto se encuentra relativamente aceptado dentro del medio jurídico guatemalteco. Sin embargo existen varias instituciones legales que podrían permitir la desestimación del velo corporativo. Estas, como ya se ha dicho, son la acción de simulación, la revocatoria o pauliana y la de fraude a la ley.

Estas acciones son herramientas útiles en casos específicos. Para que estas acciones sean eficaces, obviamente deben darse los presupuestos establecidos en la norma respectiva y salvar la barrera del velo corporativo impuesta por la propia ley. Esto podría tener ciertas complicaciones al momento de integrar el derecho y tratar de encajar la norma jurídica en el caso concreto. En primer lugar se tiene la acción de simulación. Esta acción pretendería anular un contrato de sociedad o bien buscar que el negocio jurídico surta los efectos del negocio encubierto. Efectivamente podría ser un arma muy poderosa en casos específicos. No cabe duda que existe simulación cuando una sociedad anónima solamente es utilizada para resguardar los bienes de



alguna persona. Se debe recordar que las sociedades mercantiles, por definición, son comerciantes. Si estas son formadas para no ejercer el comercio, se está dando una apariencia de algo que no es, o sea, se está simulando la existencia de una sociedad mercantil. El caso típico es el de una persona que ha trasladado sus bienes personales como bienes inmuebles, vehículos, etc. a nombre de una sociedad anónima y que al no poder hacer frente a sus deudas, los acreedores no encuentran bienes embargables. Sin embargo el deudor tiene una insolvencia ficticia pues la casa donde vive, sus vehículos y otros bienes están a nombre de una sociedad anónima de la cual él es el controlador o bien único accionista. Es evidente que en estos casos existe una simulación pues la sociedad mercantil no se utiliza para ejercer el comercio o bien, se quiere dar la apariencia de una reunión de personas cuando en realidad una sola es la que posee la totalidad de las acciones.

Ahora bien, el problema con la acción de simulación es que puede existir un negocio jurídico real por lo que no habría negocio simulado, por lo que se trataría de un abuso en la forma societaria, la cual es real. La base de la simulación es que exista un negocio encubierto o que se esté dando la apariencia de algo que en realidad no es cierto. Si existe un negocio real o no puede establecerse el negocio encubierto, la simulación pierde su efectividad. En tal virtud una acción de penetración del velo corporativo no podría basarse únicamente en este aspecto.

Por su parte, la acción pauliana encuentra una serie de obstáculos mayores como remedio eficaz para la desestimación. Esto se debe a la cantidad de presupuestos legales que deben existir para revocar un negocio jurídico. En primer lugar debe existir una acreeduría previa al negocio que se pretende revocar. En



segundo lugar el deudor debe estar en estado de insolvencia o bien el negocio realizado debe provocarla. Otro elemento es la existencia de mala fe en el deudor y el adquirente si el negocio es oneroso. Si no se da uno de estos presupuestos la acción no sería procedente. Cabe mencionar que el período de prescripción de la acción es solamente de un año contado a partir de la celebración del negocio, lo cual es bastante inconveniente.

La revocación podría ser útil para la desestimación del velo corporativo en casos mucho más específicos ya que ante tantos presupuestos y la limitación del tiempo, debe entenderse que es poco efectiva. Además lo único que esta acción busca es que los bienes regresen a la esfera patrimonial del deudor y no la vinculación en sí de los patrimonios o las personalidades.

En cuanto a la acción de fraude a la ley contenida en el Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial, reúne ciertas características muy particulares que pueden ser de gran ayuda para la desestimación del velo corporativo. En primer lugar es una norma sumamente amplia ya que simplemente establece: "Los actos realizados al amparo de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él se considerarán ejecutadas en fraude a la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubiere tratado de eludir." La redacción amplia de esta norma podría ser el asidero legal que se necesita para lograr la penetración del velo corporativo. En primer lugar se habla de utilizar el amparo de normas (la separación de personalidades y la limitación de la responsabilidad de los socios), utilizándolas para obtener un resultado prohibido por el orden jurídico (procurar la impunidad, no responder a las obligaciones contraídas o no hacerse responsable por los daños y/o perjuicios



causados), lo cual tiene por consecuencia la no aplicabilidad de la norma invocada, no sea el velo corporativo), y en consecuencia se aplica la norma que se pretende eludir. Esta puede ser una verdadera herramienta para la desestimación, sin embargo sigue existiendo el problema de la vinculación. Ya se identificó la norma que se utiliza fraudulentamente, así mismo se ha establecido que la misma no puede ser aplicada y debe hacerse una excepción para aplicar otra norma. Ahora sólo falta el último paso que es la vinculación.

Es precisamente este último paso el que puede encontrar dificultad en cualquiera de los remedios mencionados, especialmente porque no existe la norma que expresamente establezca la vinculación de personalidades o patrimonios, por lo que el juez deberá integrar el derecho en atención a que existe una laguna legal, lo cual es algo poco más que difícil.

Actualmente los remedios existentes en la legislación para la desestimación del velo corporativo aún encuentran algunos obstáculos tanto en su configuración legal como en su aplicación, por lo que, por sí solos, son insuficientes. Además de la necesidad de que el juzgador comprenda el caso concreto, estos remedios introducen dos elementos subjetivos: el primero la calificación y aplicación adecuada y favorable de la norma jurídica que se invoca para la desestimación; y el segundo, que sea justificada la penetración y en consecuencia produzca la vinculación de patrimonios o personas. Al existir una norma que permita la penetración del velo corporativo el juez no tendrá que integrar el derecho sino aplicar el ordenamiento jurídico al caso concreto. Por el contrario, al no existir la norma expresa que permita la desestimación, se crea incertidumbre ya que el juez tendrá problemas de integración y en consecuencia podría



declarar improcedente la acción. Por tal motivo es necesario incluir la norma que permita al juzgador realizar la vinculación objetivizando en cierto grado los elementos subjetivos y dejando, a criterio del juez, únicamente la valoración del abuso de la personalidad jurídica.

Por su parte existen ciertas acciones penales en las cuales puede darse algún tipo de desestimación de la personalidad jurídica si se lograra probar que en la comisión de delitos los autores intelectuales o materiales, que tendrían que ser los accionistas, se han valido de formas societarias para perpetrar la conducta antijurídica. Es probable que dentro del derecho penal la desestimación del velo corporativo sea más factible por no estar sujeta a las normas de separación de personalidad sino a principios de relación de causalidad. Sin embargo, debe existir realmente una conducta delictiva y que la misma involucre al velo corporativo, ya que de lo contrario no tendría ningún efecto en cuanto a la desestimación. Así mismo, la sanción impuesta por el tribunal podría ser únicamente de prisión, lo cual no aliviaría los problemas patrimoniales que se hayan causado. Debe recordarse que el objeto de las acciones penales no es la vinculación de patrimonios o personalidades jurídicas sino la imputación y castigo de conductas delictivas. Lo importante en realidad es la comisión del delito y la pena que la ley imponga al mismo, por lo que un tribunal penal no necesariamente debe pronunciarse sobre la desestimación para efectos civiles.

6.4 Reformas legales para que opere la desestimación del velo corporativo y la acción de desestimación

El problema real es que en Guatemala no se encuentra desarrollada la figura de la desestimación del velo corporativo y ante dicha situación existen menos



probabilidades de que esta prospere. Además se debe agregar el hecho de que los jueces guatemaltecos no consideran factible la desestimación aún y cuando algunos si conocen la figura. No debe olvidarse que esta figura se ha desarrollado a la luz del sistema anglosajón de equidad el cual es mucho más flexible que el sistema legal latino. Así mismo pareciera que en el medio guatemalteco la judicatura se aferra demasiado a la letra estática de la ley y no procura interpretarla en forma extensiva para buscar la justicia.

De tal forma, para que el velo corporativo pueda ser desestimado es necesario que existan algunas reformas legales con el objeto de complementar y fortalecer las instituciones existentes ya que los remedios que proporciona la legislación pueden ser efectivos en algunos casos específicos pero no siempre que proceda la develación serán acogidos. Las reformas que deben hacerse al ordenamiento jurídico no son en función a la inclusión de la teoría del abuso del derecho como fundamento de la desestimación del velo corporativo ya que este se encuentra regulado en el Artículo 1653 del Código Civil.

El abuso de derecho debe ser la norma supletoria y aplicable cuando no sean procedentes los demás remedios establecidos en la ley o bien puede trabajar en conjunto cuando lo amerite, como en el caso de la acción de fraude a la ley. En todo caso la reforma legal que incluya la desestimación busca fortalecer y ayudar a las normas ya existentes para que estas sean realmente efectivas, brindando un fundamento que permita aplicar el resto del ordenamiento y doctrina sin lugar a dudas.

Sin perjuicio de otras reformas en la legislación para armonizar el derecho, las reformas específicas al Código de Comercio recaerían especialmente sobre el Artículo



14 y los relativos a la limitación de responsabilidad en cada una de las formas societarias. Estas modificaciones deben hacerse con excesiva cautela pues el velo corporativo debe seguir operando en forma normal y la excepción deberá hacerse únicamente cuando exista abuso de la personalidad jurídica y este cause perjuicios.

La determinación del abuso o no y la desestimación del velo corporativo, sólo podrá ser establecida por orden judicial, cumpliendo con el debido proceso. En el juicio de conocimiento respectivo, la carga de la prueba deberá recaer en la parte actora quien deberá demostrar el abuso de la personalidad jurídica y la vinculación entre las sociedades y los controladores.

Las normas que sean reformadas no deben contener una cantidad excesiva de requisitos o condiciones para que no sean inoperantes, por lo que deben estar redactadas de una manera amplia. Las reformas deben establecer que la única manera de desestimar el velo corporativo es cuando se pruebe el abuso de la personalidad jurídica y que el mismo haya causado daños o perjuicios a terceros. Si no se conjugan estos elementos el velo corporativo debe ser respetado, de tal forma que si fuera el caso de que existe abuso y no se causa daño a terceros o bien si se ha causado daños pero no ha existido abuso, la acción de desestimación no deberá ser procedente. Debe entenderse que, por la naturaleza y orígenes de la institución y por los antecedentes que existen en el derecho comparado, los jueces deben estar sujetos a normas amplias que no detallen un listado numerus clausus de los casos en los que se debe desestimar el velo corporativo. No obstante, existe el peligro latente en cuanto a que el juzgador, sin conocer la figura, sea sorprendido o bien aplique un criterio erróneo. Por tal motivo es necesario que se respete el contradictorio dentro de los procesos y que las



resoluciones que emitan los jueces, permitiendo la desestimación del velo corporativo estén fundamentadas en la certeza plena de la existencia de los elementos esenciales de la institución.

Las reformas deben buscar la armonía con los demás remedios establecidos en la ley, de tal forma que se ayuden unos a otros y se complementen. En algunos casos las normas podrán actuar por sí solas, pero en la mayoría se necesitará que concurra la norma que permita la desestimación junto al remedio específico que se quiera hacer valer.

Ahora bien, la acción judicial de desestimación del velo corporativo debe ser, como ya se mencionó, un proceso de conocimiento, en el cual el juez deba decidir sobre el daño o perjuicio causado, si existe vinculación entre los sujetos que serían las sociedades y sus controladores, el abuso de la personalidad jurídica y la responsabilidad de una o más personas. En ese sentido, la acción planteada se debe convertir en una verdadera acumulación de pretensiones o acciones (no de procesos), en contra de las sociedades y sus controladores; y las partes estarán obligadas a proporcionar las pruebas pertinentes.

Las acciones judiciales pueden tener por lo menos dos modos de surgir. Si la parte actora posee un título ejecutivo en contra de una persona individual o jurídica que pueda ser vinculada a otra persona, deberá iniciar su acción ejecutiva y si no existen bienes que embargar y se esté utilizando el velo corporativo para evadir responsabilidades crediticias, deberá iniciar la acción de desestimación del velo corporativo para que un juez determine los extremos pertinentes.



En el caso de que no se trate de una acción derivada de un título ejecutivo el sujeto activo deberá proceder siempre al juicio de conocimiento para obtener la sentencia declarativa de desestimación y condenatoria para resarcir los daños y perjuicios. Esa sentencia se convierte entonces en el título ejecutivo en contra de la sociedad y los controladores quienes serán responsables mancomunadamente solidarios.

6.5 Temas conexos y la repercusión económica de la desestimación

Existen otros temas que tienen una especial relación con la desestimación del velo corporativo los cuales merecen ser tratados por separado. Los monopolios, los grupos societarios y las ventajas o desventajas de la desestimación son algunos de estos. Cuando existan prácticas monopolísticas, abuso de posición dominante o prácticas predatorias de competencia, la acción de desestimación del velo corporativo tiene un matiz especial. Esta acción no tiene por objeto en sí la vinculación de personalidades jurídicas para resarcir daños y perjuicios o para hacer frente a obligaciones crediticias. Esta acción buscaría romper con la actividad monopolística o las prácticas abusivas de competencia. Sin embargo, es necesario que existan normas que regulen los monopolios, la posición dominante y las prácticas de competencia pues las que existen en la actualidad no son suficientes. El caso de los monopolios es especialmente particular ya que la Constitución los prohíbe, pero no está desarrollada la legislación que establezca su rompimiento. En este caso sería necesaria una ley que estableciera, entre otras cosas, que cuando existan varias sociedades controladas por la misma o mismas personas y constituyan un monopolio o posición dominante y se



esté abusando de esta situación, por ejemplo podrían fraccionarse las sociedades y realizar una oferta pública de acciones (algo similar a los remedios que imponen legislaciones de otros países). Lo mismo se podría decir de prácticas de competencia desleal cuando se use el velo corporativo para abusar de ciertas posiciones.

Como tema conexo a la desestimación del velo corporativo, es muy importante tratar el tema de los grupos societarios y su regulación en la legislación guatemalteca. El derecho corporativo en Guatemala necesita ser modernizado, no sólo por el lado de la desestimación del velo corporativo sino en cuanto a la organización societaria. Es necesario crear normas que regulen los grupos y el control societario.

Para establecer el control societario se deben establecer varias presunciones o formas de determinar quien lo ejerce. Debe recordarse que el control societario no sólo se ejerce a través de participación accionaria sino de otras formas como la participación como directores. La determinación de quién ejerce el control sobre una sociedad o cuándo una sociedad es controlada, es fundamental ya que la vinculación de una sociedad debe hacerse y recaer generalmente sobre los controladores y afectará a no controladores en la medida en que estos participen de las decisiones o se vean beneficiados por la actuación abusiva.

Existen varios antecedentes en donde ya se han introducido estos conceptos. Uno es la Ley del Mercado de Valores y Mercancías en su Artículo 29 donde se refiere a sociedades controladas y controladoras para efectos de la oferta pública de valores. Así mismo se están poniendo en práctica leyes y regulaciones financieras sobre entidades vinculadas. De tal forma que este tipo de regulaciones, de carácter prudencial, deben extenderse en forma general. Esta es una necesidad palpable y la



idea es que puedan vincularse sociedades que se presentan como grupos y que las controladoras y controladas sean entidades mancomunadamente solidarias cuando exista un abuso del velo corporativo.

Una vez más se hace la aclaración de que la vinculación sólo procedería en caso de abuso de la forma societaria, debidamente comprobado y que cause daños y perjuicios. Deberá determinarse la forma de afectación de los grupos cuando se dediquen a una misma actividad o bien sean actividades completamente diferentes. Por ejemplo un grupo que se dedique a la actividad inmobiliaria o simplemente a actividades diversas.

Así mismo deben irse incluyendo nuevos conceptos societarios como la sociedad unipersonal, el *alter ego* y otras figuras más modernas. Por su parte, la prohibición o limitación del uso de acciones al portador es un tema que ocupa singular espacio dentro de la desestimación del velo corporativo. La desaparición o no de acciones al portador ya se ha tratado en varias legislaciones y la operativa también fue tratada con anterioridad. No se trata de que la desestimación del velo corporativo dependa exclusivamente de la prohibición o limitación del uso de las acciones al portador ya que son dos instituciones separadas. El asunto es que al prohibir o simplemente restringir a ciertas actividades el uso de acciones al portador, se podría llegar a establecer quienes son los verdaderos controladores de las sociedades anónimas, lo cual es muy útil para la desestimación.



Ya se ha explicado que el registro de accionistas es privado y que no debe atender contra la seguridad jurídica de los accionistas el hecho de que las acciones no puedan ser al portador. Así mismo ya se ha hablado sobre las interioridades del tema. Es delicado pensar en un cambio de este tipo por la oposición que podría tener, sin embargo la oposición no es del todo justificable económica ni jurídicamente hablando. La oposición se traduce en la necesidad de las personas en no transparentar sus operaciones por el temor a las consecuencias legales o extralegales que tendrían. Desde el punto de vista estrictamente jurídico no hay razones para no realizar la restricción. La existencia de una tendencia internacional y la necesidad de transparentar las actividades comerciales, así como combatir la impunidad respaldarían dicha medida.

En todo caso se debe decir que, para que la teoría de la desestimación surta efectos, debe ser acompañada de medidas como las señaladas, incluyendo la prohibición o restricción de las acciones al portador. Esta sería una medida conexa que ayudaría tremendamente a obtener la información necesaria para realizar la vinculación. Obviamente la revelación de quienes son los accionistas de una sociedad anónima debe realizarse con mucha más cautela que la desestimación del velo corporativo en sí. Por el contrario, de no hacerse la modificación, la desestimación del velo corporativo seguiría siendo procedente, sin embargo podría ser menos efectiva.

Otro tema conexo al anterior es la modificación de las leyes que regulan la quiebra, no sólo en cuanto a su procedimiento sino a sus elementos sustantivos, ya que los mismos, como se encuentran en la actualidad, constituyen una barrera y un obstáculo para alcanzar sus fines. Así mismo tampoco puede determinarse si una



quiebra se debe a factores del mercado o si ha existido alguna responsabilidad por parte del fallido.

En cuanto a las ventajas y desventajas de la implementación de la desestimación del velo corporativo, debe decirse que existen más pros que contras. Al permitirse la desestimación se estará dando seguridad jurídica y se fomentará la transparencia. Así mismo se tendrán mecanismos para combatir la impunidad. Es posible que exista un poco de inseguridad o bien que se genere algún desincentivo, por lo que debe actuarse con mucha cautela, permitiendo que la ley sea respetada en todo momento.

En conclusión, la postura jurídica y académica es que la desestimación del velo corporativo debe ser regulada ya que los remedios existentes en la actualidad a pesar de ser efectivos en teoría y en otros países, en la práctica guatemalteca no son suficientemente fuertes o efectivos. El abuso que puede darse a la personalidad jurídica o velo corporativo es un hecho innegable, así como también es innegable que en casos determinados las personas no deben escudarse tras las figuras societarias con el objeto de quedar impunes frente a actividades fraudulentas, abusivas o mal intencionadas. Para que la desestimación sea realmente efectiva debe existir una modernización del sistema jurídico incluyendo la regulación de los grupos societarios y la prohibición o restricción de acciones al portador. Posteriormente pueden crearse las leyes antimonopolio y abuso de posición dominante así como las leyes de competencia y la reforma de las leyes de quiebra. Durante todo este proceso debe darse una extensa capacitación al órgano jurisdiccional ya que de ellos depende en gran medida el desarrollo adecuado de esta medida.



Las bases han sido señaladas y si alguno de estos componentes no es tomado en cuenta se tendría una solución a medias o se estaría creando, como muchas otras veces, una falsa apariencia de seguridad jurídica por crear o tolerar instituciones deficientes o inoperantes.





CONCLUSIONES

1. El Velo corporativo, entendido como la barrera por la cual las sociedades mercantiles tienen una personalidad jurídica diferente a la de sus miembros y los límites a la responsabilidad, es un pilar fundamental del desarrollo económico, por lo que debe ser respetado y garantizado. La desestimación del velo corporativo solamente puede ocurrir en casos muy especiales, para que pueda darse la desestimación debe probarse, en un proceso de conocimiento, un abuso de la forma societaria y además que la actuación abusiva cause un daño o perjuicio a alguna persona o bien haga imposible que se ejercite algún derecho, especialmente crediticio, en contra de la sociedad o quienes la controlan. Si existe abuso pero no se causan daños y perjuicios o la persona obligada es solvente la acción de desestimación no debe proceder. De la misma forma si se han causado daños o perjuicios o bien existe insolvencia de la sociedad, pero no se ha abusado del velo corporativo, la acción tampoco debe ser procedente.
2. El abuso del velo corporativo tiene muchos matices, puede representarse en forma evidente cuando se utilizan formas societarias para ocultar bienes o realizar actividades fraudulentas, pero también puede haber abuso cuando se toman riesgos excesivos sin que la sociedad cuente con un respaldo adecuado o cuando se actúa con negligencia o imprudencia comercial. Así mismo el abuso societario puede darse para facilitar actividades monopolísticas o predatorias de competencia. El juez deberá analizar cada caso concreto para determinar si ha existido abuso de



formas sociales o no y con base en esto determinar si se han causado daños o perjuicios derivados de este abuso o aprovechamiento desmedido.

3. La desestimación del velo corporativo no es un fin en sí mismo sino un medio para romper la separación de personalidades y los límites a la responsabilidad con el objeto de hacer responsables y vincular en forma solidaria e ilimitada a los controladores, sean estos personas individuales o jurídicas, que han utilizado el velo corporativo en forma abusiva o excesiva en beneficio propio a costa de terceros de buena fe. El objeto al final de cuentas es la vinculación entre personas jurídicas y quienes las controlan y así eliminar la impunidad y lograr el resarcimiento de daños y perjuicios y el cumplimiento de las obligaciones.
4. En Guatemala la teoría de la desestimación del velo corporativo no ha sido desarrollada plenamente y los juzgadores no han tenido mayor contacto con esta institución, por lo que es difícil su aplicación en la práctica.
5. Desde el punto de vista técnico jurídico, los remedios existentes en la legislación guatemalteca para lograr la desestimación del velo corporativo son suficientes en casos determinados. Dentro de estos, los más importantes y probablemente los más útiles y efectivos son la simulación y el fraude a la ley. La acción revocatoria por su parte se encuentra más limitada por la cantidad de requisitos que deben ser cumplidos, aunque en casos más específicos también podría ser una herramienta



bastante útil. No obstante la posibilidad teórica de desestimar el velo corporativo a través de estas acciones, la legislación guatemalteca no contempla la institución de la desestimación en forma expresa, por lo que en la práctica los remedios descritos no son del todo efectivos en atención al rigor romanista con que muchas veces se aplica la ley.

6. El presente estudio plantea una modernización del derecho corporativo guatemalteco a través de algunas reformas puntuales. Dentro de las mismas, como ya se ha mencionado, se encuentra la prohibición o restricción del uso o emisión de acciones al portador, la regulación de grupos societarios, etc. Estas modificaciones no son indispensables para lograr la desestimación del velo corporativo, pero sí son una ayuda para hacerla más efectiva.

7. La figura de la desestimación del velo corporativo, utilizada en forma adecuada, garantiza el cumplimiento de obligaciones y la eliminación de los abusos y aprovechamientos de las sociedades mercantiles; combate la impunidad, especialmente la financiera; y fomenta la transparencia y la justicia.





RECOMENDACIONES

1. El derecho, en su concepción objetiva y subjetiva, tiene un contenido evolutivo susceptible de moldearse a las necesidades cambiantes de la sociedad. Por tal motivo la institución de la desestimación de la personalidad jurídica o velo corporativo debe ser conocida y estudiada con el objeto de que logre alcanzar sus fines máximos. Este estudio debe comenzar en las universidades, que son los centros de investigación por excelencia y en donde por lo general se conocen y desarrollan las principales y más modernas teorías y doctrinas que dan forma técnica al ordenamiento jurídico.
2. El Colegio de Abogados y las facultades de derecho de las diferentes universidades deberán promover y proponer la modernización de la legislación en Guatemala y en especial el derecho corporativo, el cual es la materia de estudio en el presente trabajo de tesis.
3. Es necesario reforzar a las instituciones jurídicas existentes en la legislación y dar una base legal expresa a la teoría de la desestimación del velo corporativo, se modifique en primer lugar el Artículo 14 del Código de Comercio el cual podría quedar de la siguiente forma: " Artículo 14. (Personalidad Jurídica).- La sociedad mercantil constituida de acuerdo a las disposiciones de este Código e



inscrita en el Registro Mercantil, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios individualmente considerados.

4. Deberán realizarse las modificaciones pertinentes y complementarias a la norma relacionada especialmente en aquellas sociedades en las cuales existe un límite a la responsabilidad, estableciendo que dichos límites se sujetarán y existirán salvo lo establecido en el artículo 14 ya modificado.

5. Resulta de gran importancia que se haga énfasis en la capacitación y estudio de esta institución por parte del organismo judicial. Para el velo corporativo, la función judicial y la adecuada interpretación del alcance de las normas y la comprensión y valoración de los casos concretos, es tan importante como las bases jurídico doctrinarias señaladas. En tal virtud, si no se hacen esfuerzos para que los jueces y magistrados conozcan, valoren y apliquen correctamente la desestimación del velo corporativo, se correría el riesgo de hacer un daño irreparable al sistema económico, jurídico y social de Guatemala.



BIBLIOGRAFÍA

- BOLDO RODA, Carmen. **Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español**, Editorial Aranzadi, segunda edición, Pamplona, 1997.
- BROSETA PONT, Manuel. **Manual de derecho mercantil**, Editorial Tecnos, décima edición, Madrid, 1994.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho societario, parte general**, Tomo III, Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1984 (s/e)
- DE CASTRO y BRAVO, Federico. **"La sociedad anónima y la deformación del concepto de persona jurídica"**, en **Anuario de Derecho Civil**, Tomo II, Fascículo IV, Octubre - Diciembre, Madrid, 1949.(s/e)
- DOBSON, Juan. **El Abuso de la personalidad jurídica (En el Derecho Privado)**, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.
- FARGOSI, Horacio. "La desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil", en **II Jornadas (Internacionales) de derecho mercantil**,
- GALGANO, Francesco. **Historia del derecho mercantil**, Editorial Laia, versión española de Joaquín Bisbal, Barcelona, 1981.
- GARRIGUES, Joaquín. **Curso de derecho mercantil**, Tomo I, cuarta edición revisada y puesta al día, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1962.
- GARRONE, José Alberto y CASTRO SAMMARTINO, Mario. **Manual de derecho comercial**, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- GIRON TENA, Jorge. **Derecho de Sociedades**, Tomo I , parte general , sociedades colectivas y comanditarias, Madrid, 1976.
- MORALES HERNANDEZ, Alfredo. **Curso de derecho mercantil**, Tomo II, Las sociedades mercantiles, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.



NISSEN, Ricardo Augusto. **Curso de derecho societario**, AD-HOC S. R. L. - Villalta Editor, Buenos Aires, 1998.

SANCHEZ CALERO, Fernando. **Instituciones de derecho mercantil**, Tomo I (Introducción, empresa y sociedades), Editorial McGraw-Hill, vigésima edición, Madrid, 1997.

SERICK, Rolf. **Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, el abuso de derecho por medio de la persona jurídica**, Traducción y comentarios por José Puig Brutau, Ediciones Ariel, Barcelona, 1958.

Legislación:

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

Código Civil, Decreto Ley No. 106 y sus reformas.

Código de Comercio de Guatemala, Decreto No. 2-70 y sus reformas.