LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES. ALGUNAS MODERNAS TENDENCIAS DOCTRINARIAS

Ana BRIAN NOUGRÈRES

SUMARIO: I. *Antecedentes históricos de la noción de persona jurídica.* II. *La personalidad jurídica: de como ésta se presenta en la actualidad.* III. *De la necesidad de someter a revisión el concepto de personalidad jurídica.* IV. *De la superación legislativa de la problemática en cuestión.* 1. Italia. 2. Francia. 3. Argentina. V. *El tema en el Uruguay.*

“El elemento corporativo entra sólo al servicio de la institución espiritual, que recibe su existencia y su vida de fuera y de arriba.”

(FERRARA, 1971)¹

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. El derecho romano no conoció la personalidad jurídica, pero trabajó sobre el concepto de distintas maneras. Conoció distintos tipos de agrupaciones (Estado, municipia, coloniae, colleggia, solidates, gremios, hermandades de artesanos, sociedades de culto); no obstante ello, no construyó una teoría sobre las personas jurídicas que rigiera sobre todas ellas.

Previó distintos tipos societarios, como la *societas omnium bonorum* en la que los asociados ven involucrados sus bienes presentes y futuros; la *societas quaestus*, que es aquella en que los asociados, conservan su patrimonio propio y convienen en poner en común para el futuro todas las ganancias provenientes de su actividad profesional, comercial o industrial; la *societas allicuius negotiationis*, para un negocio determinado por ejemplo entre banqueros o entre comerciantes de esclavos; la *societas unius rei*, en que se trata de la utilización de una única cosa como el servicio de un esclavo o la explotación de una porción de tierra.²

¹ Ferrara, *Gli imprenditori e le società*, 5a. ed., 1971, p. 63.

² Monier, Raymond, *Manual elementaire de droit gromain*, 1936, t. II, p. 217.

2. En derecho germano las figuras históricas societarias principales eran dos: la *Gemeinderschoften*, en que los miembros aparecen como un todo, deciden por unanimidad, sólo para actuaciones externas al ámbito de la sociedad cabe el apoderamiento por un solo miembro, cabe la sucesión de un miembro por herencia; y la *Genosenchoften*, que va acercándose más a la persona jurídica, en la que se nota una cierta transpersonalización de los fines, aparecen los conceptos de capacidad procesal y patrimonial, la posibilidad de perseguir a la sociedad por comisión de delitos, la estructuración de los diversos órganos societarios. Ninguna de las dos requería autorización estatal como acto formal de investidura, sino que simplemente existía contralor policial.

3. Es el derecho canónico quien trae la idea de institución. La concepción de la iglesia va influyendo en la constitución de fundaciones o corporaciones profesionales, que toman los rasgos de la organización eclesiástica.

En el derecho canónico se imponía la noción de una iglesia como corporación espiritual, por sobre el conjunto de fieles que la integraban. La iglesia tenía una concepción suprafísica espiritual, que distinguía los fieles de la iglesia como organización que elaboraba una creencia. La iglesia tenía una apariencia no real, teórica, reconocida por todos, y comienza a perfilarse como una personalidad distinta de los fieles que la integran.

4. El derecho del medioevo entenderá el concepto de personalidad como algo más bien místico, espiritualista, diferente del que hoy es el concepto guía.

En la edad media las corporaciones adquieren fundamental relevancia: existe libertad de constitución, capacidad jurídica, poder y autonomía de gobierno propios de las sociedades, lo cual tiene su correlativo en una gran debilidad de poder político, que obligaba a cada individuo a cuidar sus intereses por medio de dichas corporaciones.

Mientras esta realidad social va tomando cuerpo, glosadores y canonistas concuerdan en que sólo al Estado corresponde la facultad de constituir sociedades. Esta teoría parece inconciliable con la realidad de la época; se concilia con la misma por medio de la teoría de la autorización tácita. De esta forma se fundamenta la facultad estatal de disolver la sociedad, cuando se considere necesario.

La "sociedad colectiva" se origina en la comunidad familiar en forma de continuación, por los sucesores, de la actividad económica del jefe de familia fallecido. Esta *fraterna compagnia* recoge la vieja idea romanista del nacimiento de tal situación jurídica, por mera continuidad

tácita en la explotación. No está claro el problema de si se dio una influencia germánica en la práctica italiana o, por el contrario, si la comunidad que sirvió de fondo a la figura es de origen germánico (la comunidad de mano común) o es, renacida, la primitiva comunidad romana que antes habíamos mencionado. En Alemania y Francia está limitada a la economía agraria. En Italia ya es usada con fines de especulación comercial con caracteres propios que darán lugar a la *compagnia*. Las notas distintivas de la sociedad colectiva se van formando paulatinamente. El *objeto* de la sociedad, la actividad mercantil (sin la especialización aún en ramas determinadas del tráfico), va decidiendo la *responsabilidad solidaria e ilimitada*. Pero es la *razón social* el elemento entonces más diferenciador de la compañía frente a la "societas". Este "nombre colectivo" da la vertiente externa de la sociedad, con los efectos de representación directa, ligando a todos los que se entendían comprendidos en la compañía, que es llevada directamente al registro consular en el que debía inscribirse, con fines de publicidad que se sienten como necesarios.³

Es de fundamental importancia el registro, que parece comenzar con la Ley Florentina de 1908. Niega al comanditario el carácter de acreedor, para hacerle socio, y otorgar de este modo la necesaria preferencia a los acreedores verdaderos sobre los socios. Marca así un paso en la evolución de los tipos societarios. Va surgiendo la idea de una persona distinta a la de los integrantes que componen el conglomerado humano. Es así como el derecho comercial ve aparecer a favor de los acreedores de la sociedad una preferencia sobre los bienes sociales con referencia a los socios. Tenían un privilegio para cobrar sobre los bienes de la sociedad, lo que nos habla del principio de separación patrimonial. Por razones prácticas, no se permitía la compensación de las deudas de los socios y terceros con los créditos que podían tener esos terceros contra cada uno de los integrantes de la sociedad. Comenzó a introducirse el concepto de socio capitalista, que aporta capital y no participa en las pérdidas, a este socio no se le permitirá gobernar en la sociedad.

Lo interesante de estos conceptos es que van de la práctica a la teoría, a la doctrina; van apareciendo por necesidad.

5. El aporte de los glosadores, que mezcla concepciones romanas con conceptos germánicos, nos presenta a la corporación como abarcadora de personas públicas y privadas, imperio, iglesia, ciudades, corporaciones, ligas, asociaciones de comerciantes, etcétera.

³ Brunetti, *Trattato di diritto delle società*, 2a. ed., 1948, t. I, p. 428.

6. Los canonistas continúan perfeccionando el concepto, especialmente el Papa Inocencio IV (1243-1254); Sinibaldo de Fieschi (1195-1254) usa por primera vez la palabra "persona" en el significado de tal, y otorga una buena extensión a la capacidad de las personas jurídicas. Surge en este periodo la teoría de la ficción y la representación directa.

No se ha distinguido aún sociedades civiles de mercantiles. No se ha separado derecho de sociedades, de derecho de familia. Existe la exigencia de la participación en los beneficios pero no la de rendición de cuentas.

7. Con el advenimiento del absolutismo, es doctrina corriente que la constitución de asociaciones necesariamente deba ser aprobada por el Estado. No existe un derecho a constituir asociaciones independientes dentro del Estado, sino que es el Estado en su función de Estado policía, quien tiene la decisión final sobre la conveniencia de los fines de la asociación y la autorización de las mismas.

8. La vida económica se va organizando hacia el mercantilismo, las organizaciones gremiales decaen y se ven corruptas, el poder va convergiendo en el Estado, la iniciativa económica en la burocracia, los monopolios surgen como política de estímulo.

Se dan las condicionantes para el surgimiento de las "compañías coloniales" precedente fundamental de las sociedades anónimas actuales. Son empresas que nacen de una ley especial que las crea y reglamenta su funcionamiento. Forman parte de la organización oficial, si bien tienen los caracteres de una institución separada por el monopolio que les es atribuido, por el poder militar y económico que ostentan en las colonias, por las exenciones tributarias de que gozan, etcétera.

En cuanto a las sociedades colectivas y comanditarias, influye aún como criterio práctico la sociedad universal.

No existen elaboraciones doctrinarias de importancia. Se destacan algunas normas legislativas que restringen a las asociaciones en su accionar. No hay textos de valor que traten la personalidad jurídica de las sociedades.

9. En el siglo XIX el derecho de asociación no está constitucionalmente reconocido junto con el de reunión. Existen sí, disposiciones que encauzan la actividad de las asociaciones, dentro de ciertos parámetros de permisibilidad y restricción.

10. La creciente significación política de las asociaciones lleva al problema a la órbita sociojurídica. No existe interés en crear normativas generales para las asociaciones y surge el principio de especialidad: dependiendo del objeto-fin de la asociación se le concederá capacidad

y autonomía propias. Las asociaciones para sobrevivir deben convertirse en *d'utilité publique*. Esto es según ley en Francia desde 1901.

En el proyecto de ley de 1901, en algún aspecto que no se tornó ley, se menciona la personalidad como una "ficción legal".

El Código Civil francés no menciona las personas jurídicas. Subyace la idea de que las asociaciones, en tanto establecimientos de utilidad pública, son personas jurídicas. No obstante hablarse de las sociedades como un cuerpo moral, la orientación que llega al código es la orientación romana de relación jurídica del derecho de las obligaciones, más o menos ligada a una situación de condominio transportada por la doctrina medioeval y los escritores franceses, particularmente Pothier.⁴

El Código de Comercio francés consagra la teoría de la unidad del concepto de sociedad, que se rige por el derecho civil, excepto en lo que pueden requerir las leyes particulares del comercio y las convenciones de las partes. Recoge y caracteriza las sociedades colectivas y comanditarias. Añade a ellas las sociedades anónimas, ya desvinculadas del interés público, privatizadas.

La jurisprudencia francesa, y la doctrina basándose en ella, atribuyen personalidad jurídica a todo tipo de sociedades y asociaciones.

11. En Alemania, el Código de Comercio de 1961, en su artículo 213, consagra la personalidad jurídica de las sociedades anónimas. Dice:

La sociedad anónima como tal tiene sus derechos y obligaciones propias, puede adquirir la propiedad y demás derechos reales sobre inmuebles, puede demandar y ser demandada en juicio. Su domicilio judicial ordinario corresponde al distrito del tribunal en que tenga su sede.

Las sociedades anónimas adquieren estructura de corporación. Doctrinariamente se les confiere personalidad jurídica. Como paso siguiente, adquieren personalidad jurídica las sociedades de responsabilidad limitada, sociedades comanditarias por acciones, cooperativas registradas y las mutualidades que el derecho positivo declara tales.

Es característica germana la existencia de "comunidades de mano común" sobre cuyos límites aún existe controversia. A diferencia de ellas, las personas jurídicas son, en principio, capaces. Este atributo les confiere independencia con referencia a sus miembros.

⁴ Girón Tena, J., *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, t. I, p. 156.

12. A fines del siglo XIX y comienzos del presente, surge la controversia sobre la *naturaleza jurídica* de las personas jurídicas: aparecen elaboraciones doctrinarias como la de Savigny, la teoría de la realidad de Gierke, la teoría de la ficción, la teoría orgánica, más adelante, Hauriou formula su teoría de la institución, tomada del derecho público, *fuhrer princip*, que dio lugar a la ley alemana de sociedades de 1937, la tesis del contrato plurilateral, creación del derecho comercial moderno.

En una concepción naturalista, la persona jurídica es parecida al hombre. El hombre es el sujeto de derecho por excelencia, junto a él se reconoce otra persona, elemento jurídico, fruto de la legislación, que unifica un conjunto de hombres formando un sujeto de derecho.

La concepción normativista entiende que entre la sociedad y el hombre biológico existen elementos que no permiten la asimilación. El hombre es un sujeto de derecho porque la ley lo reconoce como tal, no por haber nacido hombre. También la ley puede reconocer a un conjunto de hombres, si se dan determinadas condicionantes, la posibilidad de ser sujeto de derecho, de constituirse en persona jurídica.

Para la teoría del reconocimiento, de Ferrara, el concepto persona, que vulgarmente equivale a hombre, en sentido jurídico vale tanto como sujeto de derecho, lo que implica un *status* jurídico que posee tanto el hombre, biológicamente considerado, como una sociedad de personas. La persona jurídica aparece como categoría jurídica, no como una ficción, no como una construcción jurídica, es un instrumento de técnica jurídica para que un conjunto de personas físicas puedan actuar como tal conjunto.⁵

Es lo que Ihering retomaría más tarde, cuando atribuye a la persona jurídica una función similar a la de los paréntesis en el sistema algebraico.

En Argentina, Suárez Anchorena cita

la pluralidad humana vinculada por un fin, adopta para su organización distintas formas aceptadas por el derecho (comunidad, copropiedad, etcétera), que, en progresión sucesiva, van reduciendo significación jurídica de los integrantes hacia terceros tendiendo a la unidad que concentra y organiza las relaciones para con ellos. De todas ellas, la noción de persona jurídica es la más perfecta y evolucionada.

⁵ Ferro Astray, José, *Curso de sociedades comerciales*, Colegio de Abogados del Uruguay.

13. Llegada esta etapa de la evolución al existir conjuntamente las concepciones de *persona jurídica* y de *responsabilidad limitada*, se arriba a la etapa de mayor esplendor de la doctrina de la personalidad jurídica.

II. LA PERSONALIDAD JURÍDICA: DE CÓMO ÉSTA SE PRESENTA EN LA ACTUALIDAD

1. ¿En qué consiste lo que se ha dado en llamar “esplendor de la personalidad jurídica”?

La noción de *personalidad jurídica* se presenta íntimamente relacionada con la de *responsabilidad limitada*. La posibilidad de creación de un patrimonio de afectación, de segmentación de patrimonio de las personas, es una gran ventaja que el legislador puede otorgar, es un verdadero privilegio que tiene por finalidad estimular determinado tipo de actividades.

Es sobre la base de estos dos conceptos que se inicia la etapa de mayor desarrollo industrial. Esta etapa necesita de la responsabilidad limitada, y da lugar, por otra parte, a abusos de distinta índole, como veremos más adelante.

Surge también la noción de empresa.

El gran cambio que está teniendo lugar en el derecho societario en sus líneas generales, es el avance que sobre el concepto de sociedad como persona jurídica formal, realiza la noción de empresa entendida como unidad económica. Esto refleja una transición del concepto de la sociedad como un instrumento del capitalismo irrestricto hacia una forma de organización económica en el orden social de la comunidad. Esta evolución ha llevado a una nueva apreciación de los intereses comprendidos en la sociedad. La moderna teoría sostiene que hay tres grupos de interés intervinientes; los accionistas, la administración y los empleados.⁶

A su vez, la distorsión de las formas jurídicas puede dar lugar a abusos, fraude y perjuicios diversos: puede llevar a eludir el pago de impuestos, sanciones administrativas, obligaciones contractuales, deberes familiares, nacionalidades diversas, obligaciones de todo tipo.⁷

⁶ Schmitthoff, “Employee participation and the theory of enterprise”, 1975, *Journal of Business Law*, Londres, 267/70, citado por Dobson, *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, 1985, p. 69.

⁷ Dobson, *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, 1985, p. 69.

Es así que, al margen de los intereses legítimos que la motivaron como necesaria solución de requerimientos teóricos y prácticos, y la convirtieron en indispensable para el desarrollo de los negocios, la personalidad jurídica fue siendo paralelamente utilizada con fines primero atípicos y luego ilícitos, a saber: se usa la sociedad para ocultar bienes; para realizar competencia desleal; para modificar las reglas de la sucesión violando las legítimas; se utiliza la sociedad por persona física, para realizar actividades prohibidas por incompatibles; las sociedades anónimas constituidas, para violar obligaciones contractuales de no competir; existen sociedades con capital mínimo, en que el resto del patrimonio necesario para el giro llega a la sociedad por vía de préstamo al socio o accionista; cónyuges que adquieren bienes a nombre de una sociedad anónima para evitar obligaciones conyugales o sucesorias; venta de acciones, en lugar de vender establecimientos comerciales; vaciamiento de sociedades hacia otras del mismo grupo; cónyuges que venden a una sociedad anónima todas las acciones que son del otro cónyuge; vinculación entre integrantes de sociedad arrendadora y sociedad arrendataria; tercería de dominio sobre bienes de una sociedad interpuesta por otra sociedad con los mismos componentes; cesiones de arriendo; empresas vinculadas con un centro de decisión común y confusión de patrimonios; negocios consigo mismo.⁸

Pero, en lo fundamental, se presenta la personalidad jurídica, otorgada por el ordenamiento jurídico positivo, como una forma excelente de cumplir fines supraindividuales, para los cuales es necesario encarar una neta separación entre la personalidad de la sociedad y la de los que la integran, entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios. En estos conceptos reside lo que se ha dado en llamar el "esplendor" o la "grandeza" de la personalidad jurídica.

Esta estructura adecuada a una determinada época, y que aún existe en el mundo contemporáneo, arriesga perder sus caracteres originales. La razón de ello es la distorsión que se ha hecho de su uso. A través de ella pueden lograr instrumentarse infinidad de motivos que no necesariamente serán el de ser titular de una explotación económica; porque quienes inicialmente eran accionistas se convierten muy frecuentemente en menos inversores, con todo lo que esto implica de cambio en su *status* jurídico porque las sociedades llegan a ser parte de conjuntos

⁸ Serick, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades comerciales. El abuso de derecho por medio de la personalidad jurídica* (traducción realizada bajo el patrocinio del Seminario de la Cátedra de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona), Barcelona, Ediciones Ariel, 1958.

económicos en los que unas controlan a las otras en una cadena interminable de jerarquías y porque se hace necesario impedir el abuso de la concentración de capitales.

Surge de esta forma la necesidad de revisar las nociones clásicas, reestructurarlas, adecuándolas a las necesidades del mundo moderno. Una concepción de personalidad jurídica empecinadamente formal, como la tradicionalmente aceptada, puede impedir al justiciante actuar con la equidad que corresponde al caso.

Ante este fenómeno, que la doctrina llama —tal vez impropriamente— *abuso de la personalidad jurídica*, han aparecido dispares soluciones doctrinarias, que propugnan diferentes técnicas para reprimir el abuso.

2. Los propulsores de la denominada teoría del *disregard* entienden que la persona jurídica no existe como un ente absolutamente distinto de los sujetos que la integran. Conceptúan la desestimación de la personalidad jurídica, o el allanamiento de la personalidad jurídica, o el rasgar el velo formal de la sociedad, lo que nos lleva eventualmente a prescindir de la limitación de la responsabilidad que caracteriza las sociedades por acciones. Cada acto de la sociedad es entendido así como traducible en una proposición formulada con referencia a las personas físicas que la componen y actúan en nombre de la sociedad.

Las jurisprudencias norteamericana y alemana, desde hace más de treinta años, vienen intentando penetrar la personalidad jurídica basándose en conceptos como el de “buena fe”, “conciencia popular dominante”, “realidad de la vida”, “fuerza de los hechos”, “naturaleza de las cosas”, “exigencias o necesidades económicas”.⁹

Las doctrinas, a su vez, parecieran requerir condiciones para responsabilizar una sociedad “controlante” (concepto nuevo impuesto por la realidad de los hechos sobre teorías y jurisprudencias superadas).¹⁰

En Estados Unidos, por ejemplo, Powell, exige tres requisitos para que proceda la responsabilidad de una sociedad llamada “controlante” respecto del pasivo de una subsidiaria (“controlada”) insolvente: situación de control sobre la sociedad, actuación ilícita o con fraude, perjuicio. Y enumera circunstancias concretas que considera decisivas si se dan en apropiada combinación. A saber: la controlante posee la totalidad o la mayor parte del capital de la subsidiaria; la controlante y la subsidiaria tienen directores y funcionarios comunes; la controlante fi-

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Le Pera, Sergio, *Sociedades vinculadas y doctrina del disregard*. *Cuestiones de derecho comercial moderno*, Buenos Aires, 1979, pp. 137 y ss.

nancia a la subsidiaria; la controlante suscribe la totalidad del capital social de la subsidiaria o produce por otros medios su constitución; el capital de la subsidiaria es manifiestamente inadecuado; la controlante paga los salarios y otros gastos o pérdidas de la subsidiaria; la subsidiaria no tiene actividad de importancia excepto con la controlante, ni otros activos que los que fueron transferidos por aquélla; en la papelería de sus funcionarios la subsidiaria es descrita como un departamento o división de la controlante, o su actividad o responsabilidad financiera es referida a la de la controlante; la controlante utiliza los bienes de la subsidiaria como si fueran propios; los directores y funcionarios de la subsidiaria no actúan con independencia y en interés de ésta, sino que reciben instrucciones de la controlante en interés de esta última; los formalismos legales de la subsidiaria no son observados.¹¹

Y Douglas lista dieciocho casos indicadores: propiedad de la totalidad del capital de la subsidiaria; propiedad de la mayoría del capital de la subsidiaria, o titularidad de un derecho controlante sobre el mismo; una misma persona titular del capital de ambas sociedades; suficiencia o insuficiencia del titular del capital de las subsidiarias tomando como medida el capital de otras empresas competitivas normales; medida en que la subsidiaria fue financiada por la controlante; método de esa financiación; medida en que existía un directorio común; medida en que existían funcionarios y empleados comunes; medida en que realizaban reuniones de accionistas y directorio separadamente; medida en que ambas tenían departamentos administrativos o comerciales comunes; medida en que la contratación entre ambas fue preferentemente favorable para una de ellas; medida en la cual se llevaban libros y contabilidades separadas, medida en que se permitía, a un funcionario o director de una de ellas determinar las políticas de la otra; medida en que un empleado, funcionario o director de la controlante, intervino casualmente en el contrato o en el acto antijurídico que motiva la acción tipo de negocios de cada una de ellas; medida en que el comercio o el público generalmente consideraba a las dos una única empresa a quien la contraparte consideraba su promitente; medida en que hubo transferencia de la subsidiaria a la controlante, en perjuicio de los acreedores de la primera.¹²

¹¹ Powell, Fredericq James, *Parent and subsidiary corporations. Liabilities of aparent corporation for the obligations of its subsidiaries*, Chicago, Aallagham and Co., 1931, p. 1, citado por Le Pera, Sergio, *op. cit.*, *supra* nota 10.

¹² Douglas, William O., "Insulation from liability through subsidiary corporations", *Yale Law Journal*, vol. 39, 1929, pp. 193 y ss.

En el derecho inglés, Gower clasifica los actos que admiten la prescindencia de la personalidad jurídica en: 1) casos referentes a materia tributaria; 2) casos de sociedades con un solo socio; 3) casos en que las sociedades desarrollan su actividad con fines fraudulentos; 4) *holdings* y compañías subsidiarias.¹³

Serick, por su parte, agrupa los casos abusivos de la personalidad jurídica en tres: fraude a la ley, fraude o lesión a los contratos y daño fraudulento a terceros. Existe fraude a la ley cuando el resultado que la ley rechaza se alcanza por otro camino que no se ha previsto y cuando, precisamente, resulta de la finalidad de la norma que ésta ha tratado de impedir de manera general un resultado determinado, en lugar de limitarse a tratar de evitar que se alcance por medio de una determinada forma negocial. Se produce fraude o lesión al contrato cuando por medio de la persona jurídica puede quedar burlado o incumplido un contrato, como consecuencia de un desdoblamiento entre la personalidad de la sociedad y la de su único socio. Ocurre daño fraudulento a terceros cuando éste resulta del empleo de la forma de la persona jurídica en aquellos supuestos no comprendidos en las anteriores categorías de fraude a la ley y a los contratos.¹⁴

3. Las teorías del "socio oculto" y sus aplicaciones, como la teoría del socio "tirano", nos llevan a cuestionar severamente la concepción tradicional de persona jurídica como sujeto de derecho distinto de sus miembros, en que las deudas de la sociedad se configuran como deudas de un sujeto distinto de los socios.

Decir que existe un socio "tirano" no significa hacer equivaler socio con sociedad. El socio tirano responderá por las deudas de la sociedad igual que el empresario oculto. El socio "tirano", a su vez, puede ser una persona jurídica. Esta teoría no elimina el ente social, con su patrimonio y su responsabilidad, simplemente afianza este patrimonio y esta responsabilidad con el patrimonio y la responsabilidad del socio soberano.¹⁵

¹³ Gower, *The principles of modern company law*, 2a. ed., Londres, 1952, citado por Verrucoli, Piero, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitale*, Dott. A., Milán, Giuffrè, 1964.

¹⁴ Polo Díez, Antonio, prólogo al libro de Rolf Serick, *op. cit.*, *supra* nota 8, p. 14.

¹⁵ Bigiavi, Walter, "L'imprenditori occulto nelle società di capitali e il suo fallimento 'in estensione,'" *Giur. it.*, 1959, I, 2, C. 157, citado por Galgano, Francesco, *Tratato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Milán, 1984, vol. 7, p. 123.

Se dice que esa teoría es de superación del concepto de personalidad jurídica, pero en realidad tiene necesidad de dicho concepto. La contraposición sociedad-socio en términos dialécticos, como puede darse entre dos personas físicas se considera inadmisibles, no siendo más que expresiones o términos de un binomio; momentos de una única o idéntica realidad.¹⁶

Hoy, todas estas teorías ya han sido superadas. Fueron concepciones que se han ido afirmando hasta mediados de este siglo y que hoy ya han sido combatidas. Se ha advertido que haber consagrado la personalidad jurídica fue crear un instrumento muy peligroso, que facilita operaciones que no fue su intención favorecer.

En primera instancia jurisprudencialmente, luego doctrinariamente y por último legislativamente se ha consagrado que no es verdad que se supere el esquema de la personalidad jurídica, que no hay velo a levantar. La sociedad es un conjunto de hombres que, el legislador así lo entiende, en determinadas circunstancias, deben considerarse como una unidad. La personalidad jurídica es un privilegio que la ley concede a los hombres que integran asociaciones que cumplen determinados requisitos y persiguen determinados fines.¹⁷

III. DE LA NECESIDAD DE SOMETER A REVISIÓN EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA

Otro grupo de teorías, cuyos planteamientos compartimos, plantean la necesidad de someter a revisión el concepto de persona jurídica. Si la historia nos ha ido demostrando que no existen conceptos absolutos, invariables con el transcurso del tiempo, si el concepto de persona jurídica —tal como se lo concibe en la actualidad— lleva a usufructuar exenciones o privilegios a distintos sujetos de los que el legislador intentó proteger, si un estudio somero de la regulación normativa sobre persona jurídica nos lleva a descubrir que el abuso puede, actualmente, estar protegido, debemos concluir que el concepto de persona jurídica se encuentra en crisis, y debe ser revisado.

Tullio Ascarelli, en 1957, advertía a la persona jurídica como un modo de expresión abreviada de una disciplina normativa concerniente exclusivamente a actos e intereses de hombres nacidos de vientre de mujer.

¹⁶ Pavone-La Rosa, Antonio, "La teoría dell'imprenditore occulto nell'opera de Walter Bigiavi", *Rivista di diritto civile*, 1967, I, pp. 668 y 684.

¹⁷ Ferro Astray, José, *Curso de sociedades comerciales*, Colegio de Abogados del Uruguay, 1989.

“Si la persona jurídica no puede encontrar correspondencia en un dato prenормativo no resuelto en relación a intereses individuales, no puede hacerse corresponder la normativa persona jurídica a la presencia de intereses supraindividuales”.¹⁸ Siguiendo a Ihering consideraba la persona jurídica en el lenguaje jurídico como un análogo del paréntesis en el lenguaje algebraico. La gran utilidad que nos presta este concepto, explica el maestro, no debe impedirnos recordar que la persona jurídica no puede asumir otra forma que la de una disciplina de normas concernientes a los intereses individuales de los hombres, y no a los intereses que no se pueden resolver en intereses de los individuos.

Ahora bien, la realidad nos muestra diferencias en los conceptos de persona individual y persona jurídica. Para esto tiene también una explicación el maestro. La relatividad en conceptos jurídicos, explica, no es más que la expresión de que, cuando un concepto asume una disciplina normativa, no tiene otra portada que la de la disciplina asumida. Esta normativa concierne a la legitimación para cumplir actos y actividades por cuyas consecuencias patrimoniales son responsables determinados bienes. La constitución de la persona jurídica es un instrumento para la multiplicación de centros de imputación, que se resuelve en atribución de distintas legitimaciones en relación a distintos bienes y en una correspondiente discriminación ante dos series de acreedores: los acreedores de la actividad social y los de la actividad individual.

¿Qué normativa jurídica aplicar? Según esta postura, cabe negar el signo persona jurídica a la sociedad en la que no existe la rigurosa distinción patrimonial que caracteriza la sociedad de capitales; cabe, en cambio, admitirlo, si existe la distinción patrimonial que da lugar a una sociedad de personas; cabe, asimismo, admitirlo cuando por los créditos que surgen de la actividad común, pueden afectarse los bienes de dicha actividad. En definitiva, depende de situaciones económicas más que jurídicas.

Propugna este autor, como medio de solucionar los problemas planteados con referencia a la personalidad jurídica, ya una derogación excepcional de la disciplina (en caso de control), ya la tesis de abuso en el ejercicio de la personalidad (en tanto identificación de la noción “persona jurídica” con la de “hombre grande”), ya aquella necesidad de tener en cuenta el sujeto económico, además del jurídico.

La personalidad no es susceptible de abuso, porque la personalidad no es más que la normativa aplicable a una categoría. No puede ha-

¹⁸ Ascarelli, Tullio, “Personalità giuridica e problemi delle società”, *Rivista della Società*, anno II, fasc. 6, nov.-dic., 1957, p. 988.

blarse de abuso de la personalidad cuando se intenta referirse a la constitución de la categoría de la que es aplicable la normativa expresada como persona jurídica porque, en este caso, uso y abuso no recaerían sobre la persona sino sobre la constitución de la categoría y se entraría en sustancia, en el campo de los negocios en fraude a la ley.

Para que los problemas propuestos puedan resolverse recurriendo a la noción de persona jurídica, es necesario hacer un pasaje no justificado lógicamente; suponer que la distinción entre la persona jurídica y los miembros sea de la misma naturaleza que la que existe entre el señor A y el señor B y que, por tanto, la "persona jurídica", constituye verdaderamente respecto a sus propios miembros un "hombre distinto".¹⁹

La persona jurídica es un instrumento de técnica jurídica creado para obtener fines supraindividuales, que solamente se alcanzan mediante la confluencia de voluntades y esfuerzos entre una agrupación de personas. De ahí surgen ciertas consecuencias: la sociedad tendrá patrimonio propio, deberá tener órganos de actuación, las normas jurídicas deberán reconocerle autonomía patrimonial y legitimidad a sus órganos de actuación.

La sociedad es un recurso técnico, instrumental, con una realidad jurídica; para que nazca es necesaria una realidad subyacente; para que se extinga, también.

Francesco Galgano, en 1984, considera insustituible el uso del concepto de persona jurídica. Es necesario tener conciencia, explica el mencionado autor, del hecho de que la subjetividad jurídica de las organizaciones colectivas es de distinta naturaleza que aquellas del hombre y que cada proposición que se refiere a la personalidad jurídica es traducible en una proposición referente a las personas físicas que la componen o que actúan en su nombre.

La persona jurídica, como se ha dicho, es una entidad *rilevabile sólo sulla scena giuridica verbalizzata*, mientras que sobre la escena existencial no hay más que un sujeto de derecho: el hombre. Ninguna paráfrasis puede sustituir el valor del concepto de persona jurídica, que se debe mirar como una *ammirevole creazione originale del linguaggio giuridico*.²⁰

El problema, en última instancia, según este autor, reside en determinar las condiciones del uso del concepto de persona jurídica, que tiene por base una cierta disciplina jurídica, un cierto tratamiento nor-

¹⁹ *Idem*, p. 997.

²⁰ Galgano, Francesco, *op. cit.*, *supra* nota 15, p. 109.

mativo de hechos y comportamientos. Aunque se dé la condición para el empleo del concepto de persona jurídica, se entiende que el derecho regula siempre las relaciones entre los hombres y bajo aquel concepto no hay ningún misterioso macrohombre. La persona jurídica cesa de presentarse como realidad del mundo jurídico para presentarse como instrumento del lenguaje, útil para el tratamiento de una compleja disciplina normativa de relaciones interrecurrentes de personas físicas.

La personalidad jurídica existirá cuando el legislador quiera que exista y cuando el intérprete quiera que exista. Y este es el problema, que su existencia queda supeditada a lo que cada intérprete desee.

IV. DE LA SUPERACIÓN LEGISLATIVA DE LA PROBLEMÁTICA EN CUESTIÓN

1. En Italia, el Código Civil, en su artículo 2331.1 preceptúa que la personalidad jurídica de la sociedad se adquiere con la inscripción en el Registro de Empresas.

De esta manera se evita que todo lo que sea sociedad de personas adquiera personalidad jurídica, mientras que determinados tipos de sociedad, de capitales y cooperativas, serán persona jurídica.

También en Italia el artículo 2362 del Código Civil dice que en caso de insolvencia, si surge que la sociedad está formada por un solo socio, éste responde ilimitadamente.

Hay una limitación temporal de la responsabilidad ilimitada. El accionista único, mientras no pierda la condición de accionista único, responde con su propio patrimonio.

La sociedad sigue existiendo, se convoca a asambleas, etcétera, con la única excepción de la limitación de responsabilidad. Es una buena manera de salvaguardar la continuidad de la empresa, importante valor tanto desde el punto de vista social, como del económico y laboral.

Ahora bien, estas normas, en cuanto imponen el imperio de la alterafirman la natural responsabilidad patrimonial de quien rige sólo la sociedad y los socios), son típicamente excepcionales.²¹ De donde cabe deducir que las no excepcionales son las normas sobre socio único, que reafirman la natural responsabilidad patrimonial de quien rige solo la empresa.²²

²¹ Pellizzi, Giovanni, "La società persona giuridica", *Rivista di Diritto Civile*, I, p. 481.

²² *Idem*, p. 493.

2. En Francia, una ley sobre sociedades civiles tiende a unificar los conceptos de sociedad civil y comercial.²³

Son varias las disposiciones francesas que es de interés comentar en el sentido de esta nueva corriente tendiente a relativizar el concepto de personalidad jurídica.

Por decreto-ley de agosto de 1935, en materia societaria, se estableció la regla según la cual, en caso de quiebra de una sociedad, dicha quiebra puede ser declarada común a toda persona que, encubriendo su acción bajo la fachada de la tal sociedad, haya ejercido en interés personal actos de comercio, y dispuesto de los derechos sociales como de los suyos propios.

Aunque fundamentada en otro concepto y tendiendo a otra finalidad, la ley de 16 de noviembre de 1940, relativa a sociedades anónimas, disponía en su artículo 4º que, si durante la quiebra o liquidación judicial de una sociedad aparece una insuficiencia de activo, el tribunal de comercio puede, a demanda del síndico o del liquidador judicial, decidir que las deudas sociales son soportadas, hasta el monto que se determine, por el presidente, por los administradores o algunos de ellos, solidariamente o no. Para liberarse de esta responsabilidad, el presidente o los administradores implicados debían probar que ellos habían aportado a la gestión de los negocios sociales toda la actividad o diligencia de un mandatario remunerado.

En 1966 esta normativa pasó a formar parte, no ya de la legislación societaria, sino de la de quiebras. De esta forma, la ley será aplicable no solamente a las sociedades sujetas a la ley francesa, sino a todas aquellas cuyo concurso sea abierto en Francia, aun cuando su *lex societatis* sea extranjera.

En la ley de 13 de julio de 1967, se reproducen los dos textos mencionados, y se les introducen algunas modificaciones que comentaremos.

En cuanto a la extensión de la quiebra "a todo aquel que bajo la fachada de esta sociedad, ha efectuado en interés personal actos de comercio y dispuesto de los derechos sociales como propios", se cambia la copulativa "y" por la disyuntiva "o", de modo que para configurar el tipo basta una o cualquiera de ambas condiciones.

Respecto del texto de la ley de 1940, la responsabilidad de los administradores de una sociedad es extendida "a todos los dirigentes so-

²³ Ferro Astray, José, "Discusión parlamentaria sobre proyecto de ley de sociedades comerciales", *Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores*, D715/88, nov. 1988, p. 15.

ciales, de derecho o de hecho, aparentes u ocultos, remunerados o no, o a algunos de ellos". Es la llamada responsabilidad *du Maître de l'affaire*. En cuanto al alcance del término "dirigente social de hecho", no es aclarado por ley, ni por reglamentación alguna, ni jurisprudencialmente.

Por otra parte, la decisión que extiende la responsabilidad puede ser tomada, no ya por el síndico exclusivamente, sino también de oficio por el tribunal. El legislador desistió de otorgar una acción a los acreedores, como proponía parte de la doctrina.

De no responder el dirigente de acuerdo a su responsabilidad, al ser ella declarada en el procedimiento concursal, en el mismo se ha de abrir su propio concurso, independientemente de su calidad de comerciante.²⁴

3. En Argentina, aún no es ley la tan largamente debatida modificación de la legislación civil y comercial de la Nación, que cuenta ya con media sanción legislativa.

La proyectada reforma al libro 1º del Código Civil, en sus artículos 30 a 34, dispone que todos los entes que no son personas de existencia visible y tienen capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, son personas jurídicas. Prescinde de plano de la división entre personas jurídicas civiles y comerciales.

Distingue entre personas jurídicas públicas y privadas. Las personas jurídicas públicas son el Estado nacional, sus provincias y municipios, demás organizaciones constituidas en la república, a las que la ley atribuya ese carácter; los Estados extranjeros; otras organizaciones internacionales reconocidas como tales por el Estado nacional; la iglesia católica. Las personas jurídicas privadas son definidas por exclusión, como todas aquellas personas jurídicas que no son públicas.

Se caracteriza a las personas jurídicas por el principio de separación patrimonial, pero la medida y modalidades de esa separación patrimonial será la que resulta de cada caso concreto.

El legislador evita declarar cuánta separación patrimonial se necesita para declarar la existencia de personas jurídicas.

De esta manera no sólo se elimina la barrera entre derecho civil y comercial, sino que se obvian criterios que se juzgan excesivamente formalistas, para abrir paso a un concepto de mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial.

Se aplica, así, audazmente, un criterio muy amplio, que vuelve innecesario recurrir al desconocimiento de la personalidad jurídica, sobre

²⁴ Pérez Fontana, Sagunto, "Prescindencia de la personalidad jurídica", *Revista Sociedades Anónimas*, núm. 207, marzo-abril, 1967, p. 86.

la base de combatir un formalismo excesivo que aleja el texto legal de la realidad sustancial y verdadera, para actuar sobre el examen de cada caso concreto en particular.

V. EL TEMA EN EL URUGUAY

Los abusos de diversa índole a que se ha prestado la noción de persona jurídica en las sociedades comerciales, han llevado a la doctrina uruguaya a admitir la viabilidad de la teoría de la prescindencia de la personalidad jurídica de las mismas. Sin cuestionamientos, se admite actualmente la posibilidad de “descubrir el velo” de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, como un recurso excepcional. Lo que se discute, como podremos ver más adelante, es la fundamentación del principio que nos lleva a allanar la personalidad jurídica de las sociedades.

Antes de la Ley número 16.060, el problema se planteaba en todas sus aristas. Actualmente, asumió otro cariz, meramente doctrinario.

El primer caso que se planteó en Uruguay, que pudo haber llegado a encuadrar claramente en los lineamientos de aplicación de los artículos 189 y siguientes de la Ley número 16.060, y que es utilizado por ello muy frecuentemente como “caso de laboratorio” a estos efectos, fue el del Banco Transatlántico y sus colaterales, que data de 1965. Fue necesario prescindir de sociedades controladas y subsidiarias para unificar patrimonios e imputar al banco principal los patrimonios de las colaterales. El problema no pudo solucionarse sino por vía legislativa. Ello quizás impidió una solución jurisprudencial, que hubiera servido de antecedente en la materia.

Por otra parte, la ley número 13.426, en materia de jubilaciones y pensiones, de 2 de diciembre de 1965, establece en su artículo 32 la posibilidad de la administración de tomar el concepto de “conjunto económico”, en lugar del de sociedad, a efectos de un mejor contralor y percepción de las tributaciones.

Nuevamente, pues, por vía legislativa se concede al poder público la autorización para prescindir de la personalidad jurídica de las sociedades, aunque con efectos limitados y específicos.

1. En jurisprudencia, con el antecedente de algunas sentencias previas en materia de arrendamiento, existe fundamentalmente el fallo del doctor Víctor Hugo Bermúdez, dictado el 10 de octubre de 1985, en su carácter de juez letrado de primera instancia en lo civil del 13º turno

("F.T. S.A.; M.P. S.A.; y T. S.A.; c/D. S.A.; C.B. S.A.; acción paulina" ficha 2829/81). No obstante no admitir la teoría del *disregard*, la sentencia plantea el tema muy claramente en sus variadas aristas.²⁵

La promulgación de la Ley número 16.060 da un nuevo giro a la cuestión en estudio, desde el punto de vista jurisprudencial. No conocemos aún, a la fecha del presente trabajo, sentencias dictadas al amparo de los artículos 189 y 191 de dicho cuerpo normativo.

2. Los aportes de la doctrina uruguaya al tema en cuestión no son numerosos. Haremos una breve reseña de los mismos.

El doctor Sagunto Pérez Fontana analizó el tema partiendo de dos premisas: 1) debe partirse de la base de que la personalidad jurídica existe para desconocerla, para prescindir de ella;²⁶ 2) el problema se centra en las sociedades de responsabilidad limitada y, fundamentalmente, en las sociedades anónimas, por ser los tipos de sociedades más utilizados y por ser las personalidades jurídicas en las que la responsabilidad de los socios por la obligación de la sociedad está limitada a los aportes que se obligaron a efectuar. Además, esas sociedades son las que más han contribuido al progreso comercial, industrial y científico.²⁷

Concluye diciendo que "los autores que se refieren a la teoría del *disregard* parten del estudio pormenorizado de los casos en que ley y jurisprudencia han prescindido de la personalidad jurídica". Los casos más importantes se refieren al problema de la nacionalidad de las sociedades con motivo de las dos grandes guerras mundiales, a las sociedades de un solo accionista, a las sociedades controladas o coligadas, a las sociedades constituidas para eludir prohibiciones legales por violar leyes antimonopolísticas o evadir impuestos, para quebrantar obligaciones contractuales (como, por ejemplo, la obligación de no establecerse).²⁸

La escribana Beatriz Galli, por su parte, analizó el tema y consideró que las ventajas que puede aparejar la personalidad moral son susceptibles de abuso. En caso de sociedades de un solo socio la sociedad no es más que una mera apariencia; en casos de sociedades controladas, la personalidad moral nació y subsiste, pero algunos de sus efectos son suprimidos.

²⁵ A la misma, así como al comentario del doctor Nicolás Herrera Oreggia, "Sobre la teoría del *disregard*", publicado en el *Anuario de Derecho Comercial*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1985, t. 1, pp. 232 a 247, nos remitimos.

²⁶ Pérez Fontana, Sagunto, *op. cit.*, *supra* nota 24, p. 87.

²⁷ *Idem*, p. 88.

²⁸ *Ibidem*.

Concluye diciendo que se trata de un tema analizable según el caso concreto, en la labor judicial, conforme a justicia. Estima necesaria la regulación legislativa del mismo, para proteger la seguridad de las transacciones comerciales.²⁹

Nicolás Herrera Oreggia conceptualiza la teoría del *disregard* como el desconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad comercial en un caso concreto a fin de permitir llegar a las personas físicas o jurídicas detrás de la misma y a la realidad económica subyacente, para aplicarles el derecho positivo correspondiente a la situación concreta.

Considera difícil la aplicación de la teoría del *disregard* por el magistrado, por no existir fundamento legal para la misma y dedica extensas páginas de su trabajo a buscar lo que él llama el remedio jurídico más adecuado para aplicar la teoría del *disregard* a cada caso concreto. Realiza un estudio de comparación con la simulación, con el negocio indirecto, y con el negocio en fraude a la ley. Aclara que puede desconocerse la personalidad jurídica utilizando institutos tales como la acción pauliana, la acción revocatoria concursal, sociedades irregulares, sociedades accidentales o en participación, acción subrogatoria: y concluye diciendo que el fundamento legal propio de esta teoría es el abuso de derecho consagrado en el 1321 del Código Civil que, al decir de Gamarra, es una norma en blanco cuyo contenido debe ser llenado por el juez.³⁰

Menciona elementos caracterizantes de la teoría del *disregard*. La considera de uso excepcional, subsidiaria y para un caso concreto. Dadas las condicionantes, el juez puede penetrar más allá de la personalidad jurídica para llegar a la realidad que subyace y aplicar el derecho que corresponde a dicha realidad. Ese desconocimiento de la personalidad jurídica es relativo a un caso concreto; la personalidad jurídica es desconocida respecto a una causa determinada, es inoponible exclusivamente para el caso en que existe pronunciamiento judicial. No debe afectar los derechos de terceros de buena fe.³¹

3. En lo referente a la legislación, es preciso destacar que, hasta el 4 de septiembre de 1989, fecha de promulgación de la Ley número 16.060 de Sociedades Comerciales, la ordenación de los principios societarios estaba sustentada en nuestro Código de Comercio, que data

²⁹ Esc. Galli, Beatriz, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, núm. 62, p. 88.

³⁰ Gamarra, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XIX, p. 205.

³¹ Herrera, Oreggia, Nicolás, *op. cit.*, *supra* nota 25, pp. 534 y ss.

de 1865, y que se basó en el Código Napoleónico de 1804, en el Código de Comercio español de 1829 y en el Código de Comercio portugués de 1933.

Con esto queremos señalar que el Código de Comercio uruguayo soportó estoicamente los avatares del pasar de los años y de la evolución histórica que esto conlleva, a saber: la revolución industrial del siglo XIX en Estados Unidos, que lleva a ese país a ser centro de negocios, centro político y centro jurídico por consecuencia; la concepción democrática; el liberalismo en lo económico y en lo político; el principio de autonomía de la voluntad en lo jurídico; la nueva concepción de la riqueza expresada en papeles, ya sea acciones o letras; la gran diferencia operada en el concepto de propiedad, por tanto el propietario-accionista de una empresa, no es ya el encargado de la gestión de la misma; el surgimiento del dirigismo estatal; el totalitarismo; el socialismo. Y en el campo más específicamente jurídico, la problemática que conlleva la organización empresarial; la importancia creciente de las sociedades anónimas; el fracaso de la concepción contractual clásica para explicar la naturaleza jurídica de las sociedades comerciales; y la preocupación que nos ha llevado a escribir el presente: el cuestionamiento de la concepción de persona jurídica.³²

La nueva ley implica un avance de casi dos siglos en materia de estatuto comercial. En una época en que la rapidez de las comunicaciones y, por ende, de la vida comercial, es vertiginosa, es de una importancia fundamental. Consagra varias formas de defensa del accionista, del capital y de la empresa, vitales para la buena marcha de las sociedades comerciales, en consonancia con la legislación que las regula, que pasa a ser realmente operativa.

Un proyecto inicial de ley de sociedades comerciales data de 1977 y es de autoría del doctor Sagunto Pérez Fontana.

Luego, a partir de 1981, surge otro proyecto de ley sustitutivo, obra de los doctores José A. Ferro Astray, Nuri Rodríguez Olivera, y Luis A. Delfino Cazet. Fue aprobado por la Cámara de Representantes el 6 de octubre de 1988, sancionado por la Cámara de Senadores el 14 de junio de 1989 y promulgado por el Poder Ejecutivo el 4 de septiembre de 1989.

Trae aparejada una modificación total en la concepción de las sociedades comerciales. Podemos destacar, siguiendo al doctor Ricardo

³² Ferro Astray, José, *Pasado y presente de las Sociedades Comerciales, Ley de Sociedades Comerciales*, Instituto Labor, 1989, pp. 6 y ss.

Olivera García:³³ la reivindicación de principio de autonomía de la voluntad para la constitución de las sociedades comerciales, su contralor, vida y extinción; la distinción de las sociedades anónimas en abiertas y cerradas; el nuevo alcance de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales, a que nos referiremos más adelante; el surgimiento de la obligación de pagar a los accionistas un dividendo mínimo obligatorio equivalente al 20% de las utilidades netas del ejercicio, del derecho de preferencia en aumentos de capital para los acreedores preexistentes, del derecho de información del accionista, del derecho de receso, del derecho de control por los accionistas minoritarios; el especial mecanismo para aumento y reducción del capital social, que hace necesario una previa capitalización de reservas formadas con utilidades; la obligación de constituir una reserva legal con cargo a utilidades; la regulación especial de la emisión de obligaciones negociales por las sociedades anónimas; el nuevo régimen de responsabilidad por los actos de las sociedades comerciales; la estructuración de soluciones para problemas que normalmente ocasionaban las sociedades que se vinculaban con otras sociedades, las sociedades que controlaban otras sociedades, los grupos de interés económico y los consorcios; el análisis de la fusión y escisión de las sociedades.

Del tema que nos ocupa es objeto el capítulo 1 en su sección XV titulada "De la inoponibilidad de la personalidad jurídica". Encara una forma diferente de responsabilidad por los actos de las sociedades. Consta de tres artículos: 189, 190 y 191.

Parte de la base de la existencia de la personalidad jurídica como tal, como una realidad jurídica, para hacer de la sociedad un instrumento apto para ser centro de imputación de derechos y obligaciones. La personalidad jurídica es vista como una necesidad, como un instrumento muy útil, como la base de la sociedad mercantil actual.

Estructurada bajo este concepto, se advierte, sin embargo, la posibilidad de prescindir de la personalidad jurídica de la sociedad "cuando ésta sea utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros".

Es esta una redacción tendiente a abarcar todo tipo de ilícitos que pudieran cometerse teniendo por base la persona jurídica. Es una redac-

³³ Olivera García, Ricardo, *Nuevo marco jurídico para las empresas y su impacto sobre las pequeñas y medianas empresas, Ley de Sociedades Comerciales*, Instituto Labor, 1988, pp. 17 y ss.

ción amplia y como tal de gran riesgo, que comporta el peligro de la discrecionalidad judicial.

Cualquier persona, sea parte o no, que tenga interés en el tema puede plantear ante el juzgado pertinente la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad determinada. Para lograr rasgar el velo de dicha sociedad, deberá probar “fehacientemente” que la sociedad es utilizada en fraude a la ley, para violar el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas o terceros.

El efecto que esta acción conlleva es la declaración de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad en el caso concreto.

Como consecuencia de ello, las acciones realizadas en fraude a la ley, para violar el orden público, los derechos de los socios, accionistas o terceros serán imputadas a quien correspondiere, conforme con los principios de la responsabilidad subjetiva. Esto es, en el grado de su participación en los actos que dieron lugar a la desestimación de la personalidad.

No se trata de anular el acto, no es la nulidad lo que se persigue, efecto que sería el típico de una acción simulatoria, basada en la falta de un requisito esencial para la validez del acto jurídico.

No se encara el asunto conforme a la doctrina de abuso de derecho, tendiente a establecer un régimen especial de responsabilidad para determinados casos.

No puede asimilarse con la acción pauliana, que torna inoponible determinado acto de enajenación respecto del tercero acreedor.

En el caso de los artículos 189 y siguientes de la Ley número 16.060, la prescindencia de la personalidad jurídica no podrá afectar a los terceros de buena fe. Sus derechos adquiridos se ven totalmente amparados.

Lo que la ley está otorgando al juez es una forma más para lograr soluciones conforme a justicia. En uso de sus facultades, según su arbitrio, el magistrado podrá ordenar la inscripción del testimonio de la pretensión de desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad en el Registro, así como ordenar cualquiera otra medida tutelar que estime necesaria a los efectos pertinentes.

La Ley número 16.060, en estos términos, ha constituido un gran avance legislativo. Otorgando al juez poderes específicos para “rasgar el velo de la personalidad jurídica de las sociedades” permite acercarse a una visión integradora de la justicia al mundo real, despojándole de formalismos que mucho pueden contribuir a que las soluciones judiciales se alejen de la justicia en su estricto sentido filosófico.