

El abuso de la personalidad jurídica

1. MULTIPLICIDAD DE REMEDIOS FRENTE AL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

Abuso de la personalidad jurídica es una expresión elíptica, que equivale al abuso de los derechos sintéticamente resumidos en el concepto de persona jurídica. Por tanto, es una figura que se inscribe en el género más amplio del abuso del derecho, encontrándose con aquella variedad y multiplicidad de remedios que éste último ha recibido en el transcurso del tiempo y del espacio.

El remedio más directo, sin duda, es aquel que utiliza la técnica que en Italia se conoce como *superamento dello schermo della personalità giuridica*, y que en los demás países en los cuales se utiliza asume las denominaciones más variadas, desde *piercing* o *lifting the veil of incorporation* en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América, o *Durgriff* en Alemania, hasta “levantamiento del velo” en España.

Este es un remedio directo, porque pretende desentrañar la metáfora en que consiste el concepto de persona jurídica: la resuelve en un conjunto de normas que atribuyen beneficios, el primero de ellos, el beneficio de la responsabilidad limitada; y luego impone la desaplicación de aquellas normas a quienes hayan abusado de los beneficios

correspondientes, con la consiguiente pérdida de su aprovechamiento, lo que conlleva a asumir una responsabilidad ilimitada y la sujeción personal a la quiebra en caso de insolvencia de la persona jurídica.

En Francia, este remedio directo fue incorporado a la legislación: la Ley del 25 de enero de 1985, artículo 182, extiende a los dirigentes, de derecho o de hecho, el procedimiento concursal iniciado a una persona jurídica, cuando estos hayan sido responsables de abusos, tales como «disponer de los bienes de la persona jurídica como si fueran bienes propios», «conducir una actividad económica propia bajo el nombre de la persona jurídica», etc. Se evidencia aquí el esfuerzo realizado para reprimir el abuso de la personalidad jurídica: es llamado a responder por la totalidad del pasivo de la persona jurídica quien haya efectuado negocios «*sous le couvert de la personne morale masquant les agissements*» («bajo cobertura de la persona moral que oculta los actos»).

En Italia, la utilización de este remedio, en las aplicaciones jurisprudenciales, ha procedido a la par de la recepción por parte de la Casación de la concepción reduccionista de la persona jurídica, que en una célebre sentencia de 1995 encontró explícita acogida según la fórmula de ASCARELLI de la «expre-

sión resumen de una disciplina de relaciones entre hombres»; y se ha desarrollado paralelamente con la calificación de responsabilidad ilimitada del accionista único, regulada por el artículo 2362 C. C., ya no en calidad de excepción, sino como retorno a la regla general de la responsabilidad ilimitada del deudor.

Por el contrario, no encontró adeptos la propuesta de reprimir por ley el «abuso de la personalidad jurídica», presentada en el proyecto de Ley 7123 del 20 de junio de 2000, a iniciativa del ministro de Justicia, en concierto con los ministros del Tesoro y de Industria, de las Prácticas Comunitarias, que confería poderes para la reforma de las sociedades de capitales; el proyecto posterior, que luego se convirtió en la Ley 366 del 3 de octubre de 2001, no repitió esta propuesta, sino que prefirió dejar a la jurisprudencia la tarea de reprimir dichos abusos, así como ocurre, de conformidad con la codificación civil de 1942, con la figura más general del abuso del derecho.

Otras técnicas se proponen alcanzar el mismo objetivo sin poner en discusión el concepto de persona jurídica y sin proponerse levantar el velo corporativo. Para entenderlos, son las técnicas que en Italia recibieron, sobre todo en el pasado, múltiples aplicaciones jurisprudenciales, como aquellas, atribuibles a ASCARELLI, que llevan a declarar la quiebra del socio de una sociedad de capitales que haya abusado del velo corporativo, calificándolo como socio de una sociedad de hecho que opera *a latere* de la sociedad de capitales; o bien, también en Italia, la técnica propuesta con fuerza por BIGIAMI, que nace de la teoría del empresario oculto y la aplica, en las sociedades de capitales, a la figura del “socio tirano”, llamado a responder como empresario oculto frente a los acreedores de la sociedad de capitales usada como “biombo”. Aún más:

el abuso puede considerarse como un hecho ilícito, generador de responsabilidad aquiliana, tanto frente a las personas físicas que lo cometieron (tales los administradores, de derecho o de hecho, de la sociedad), como frente a la sociedad misma, en virtud de la relación orgánica.

Es mérito de la doctrina alemana el haber puesto de manifiesto que los *Durchgriffsprobleme*, es decir, los problemas de represión del abuso de la personalidad jurídica, no requieren necesariamente una solución en términos de *Durchgriff*, es decir, de levantamiento del velo corporativo. Por tanto, un estudio que se proponga, como éste, confrontar las diversas técnicas para reprimir el abuso de la personalidad jurídica y, mediante esta comparación, valorar la idoneidad de cada una de ellas, para alcanzar el fin que se han propuesto, debe dar adecuada importancia a los desarrollos que, en esta materia, se han dado en la literatura alemana.

2. LA DOCTRINA ALEMANA DE LOS *DURCHGRIFFSPROBLEME* SIN *DURCHGRIFF*

Literalmente, el concepto de *Durchgriff* se vale de una metáfora, ya que el término deriva de *durchgreifen*, que significa “agarrar a través de”; en nuestro supuesto, de hecho significa agarrar a los socios más allá de la diferenciación de sujetos propia de los entes dotados de personalidad jurídica. La metáfora equivale a la que en el mundo anglosajón se expresa en términos de *corporate veil-piercing*, que configura la diferencia de sujetos entre socio y sociedad, como si fuera un velo que debe ser desgarrado para afectar personalmente al socio.

Veremos cómo la tendencia alemana, al menos la doctrina más reciente, está procediendo en una dirección contraria respecto de la experiencia italiana, en la cual se van

multiplicando los casos del llamado levantamiento del velo corporativo en las sociedades de capitales. Lo anterior involucra discursos de más amplios alcances que conciernen a la certeza del derecho, frente a lo cual el jurista alemán se muestra particularmente sensible (comparada con la justicia en concreto que parece inspirar la tendencia italiana actual), y que se relacionan además con el análisis económico del derecho y la política de la construcción jurídica, dado que la tendencia alemana actual tiende a valorizar en máximo grado la eficiencia del sistema económico, para el cual es funcional el principio de la responsabilidad limitada en las sociedades de capitales.

El debate en Alemania hoy en día se articula en tres niveles diferentes. El primero se refiere a la identificación de los *Durchgriffsprobleme*, es decir, al interrogante de cuándo se presenta un caso de *Durchgriff*. A este propósito, respecto de una *GmbH*, que es el tipo societario en el cual se han presentado y aún se presentan con mayor frecuencia problemas de *Durchgriff*, la atención se concentra en especial en la confusión de esferas (es decir, de actividades) y de patrimonios, sobre el dominio, sobre la sub-capitalización, en singular identidad con la casuística italiana. Para cada uno de estos *Durchgriffsprobleme* se trata, más exactamente, de circunscribir el valor significativo del concepto respectivo y de indicar los factores y las circunstancias que específicamente los acompañan y que son idóneos para llegar a una responsabilidad del socio (por desconocimiento de la personalidad jurídica).

El segundo nivel se refiere al método, es decir, al mecanismo que debe emplearse una vez comprobado un supuesto de *Durchgriff*, y que permita llegar a una responsabilidad personal del socio en una sociedad de capitales.

A este respecto, el camino que en la mayoría de los casos se sigue es el que consiste en plantear un problema de imputación, es decir, de buscar el título más apropiado para imputar al socio una responsabilidad personal. En el caso concreto, este camino puede dar lugar a una doble perspectiva. Por una parte, puede llevar a la aplicación de una norma que determine la responsabilidad personal del socio con base en el sistema de responsabilidad que es propio del derecho común, es decir, del derecho civil. En este caso, en realidad, no opera un auténtico *Durchgriff*, porque el llamado *Trennungsprinzip*, el principio de división entre sociedad y socio, queda por fuera de la intervención hermenéutica, concerniente a la calificación, que es presupuesto/condición de la responsabilidad. Por otra parte, si centramos nuestra atención justamente en el principio de división, el mismo método puede llevar, en el caso concreto y con el fin de respetar el complejo sistema legislativamente codificado del derecho de sociedades, a desaplicar la norma que impide la responsabilidad personal del socio, y a aplicar en su lugar otra norma más idónea para este propósito, que por el contrario y de todos modos conduce a la responsabilidad ilimitada del socio de una sociedad de capitales.

De manera sintética y descriptiva, en la primera óptica, el socio que, por ejemplo, haya ocasionado un perjuicio al patrimonio social, llevando a cabo actos de confusión entre su propia actividad y la de la sociedad, podrá ser llamado a responder por hecho ilícito frente a los acreedores de ésta última, puesto que ha lesionado la expectativa de satisfacción de sus intereses. En este caso, encontramos en el derecho común un título de responsabilidad del socio que lo expone a la responsabilidad frente a terceros, sin necesidad de poner en discusión la diferen-

cia de sujetos, es decir el *Trennungsprinzip* que separa al socio de la sociedad.

Por el contrario, de acuerdo con la otra perspectiva, el mismo supuesto de hecho puede inducir a considerar sin fundamento los supuestos de aplicación del *Trennungsprinzip*, puesto que el socio no respetó las reglas propias del derecho societario que justifican el principio de diferenciación de sujetos, con la consecuencia que se desaplicará la norma que limita su responsabilidad, y se aplicará, en su lugar, una norma interna al derecho societario que implique responsabilidad ilimitada.

El tercer nivel es aquel que analiza, desde el ámbito especializado iuscomercialista y de las reglas y principios que lo informan, el tipo y las características de la responsabilidad personal del socio de una sociedad de capitales, que puede relacionarse con un *Durchgriffsproblem*. A este respecto, al lado de la *Durchgriffshaftung*, que en realidad parece mantenerse al margen, veremos que entra en juego en el estado actual, y se coloca en el centro de los desarrollos jurisprudenciales y de la elaboración teórica, una responsabilidad que se presenta como variante o alternativa, que es la llamada *Konzernhaftung*, existente en materia de grupos de sociedades (calificados de hecho).

El complejo sistema que gira alrededor del *Durchgriff* puede ser visualizado como una pirámide invertida, cuya base, relativa a los *Durchgriffsprobleme*, es muy amplia, pero cuyo vértice, relativo a la verdadera *Durchgriffshaftung*, que implica el desconocimiento de la diferenciación de sujetos, se presenta como una auténtica rareza, luego de un recorrido lleno de contrastes. Lo que la *Durchgriffshaftung* aún reclama es, por una parte de la doctrina alemana que se inspira en el análisis económico del derecho (me refiero a MICHAEL LEHMAN), el fenómeno de las sociedades subcapitalizadas;

pero no es el caso que en esta óptica se invoque una *Durchgriffshaftung* que ya no es jurisprudencial, sino legislativa: se propone una modificación (integradora) del § 13 inciso 2, GbmHG, según la cual el principio de la responsabilidad limitada (al patrimonio social) debe circunscribirse sólo al caso en el cual, ante un riesgo económico empresarial, se haya procedido a través de una correspondiente y adecuada dotación de capital.

Para el estudioso italiano puede ser fácil comprender la postura actual de los juristas alemanes, si se afirma que el “costo de la persona jurídica” es en Alemania valorado, en una visión de análisis económico del derecho, como un costo soportable, frente a los beneficios que pueden esperarse de la persona jurídica y de la separación de responsabilidad que ella implica.

Sin embargo, la experiencia pluridecenal de la *Durchgriffshaftung* no ha sido vana: los *Durchgriffsprobleme* no son ignorados o desconocidos; por el contrario, ellos tienden a tener una solución alternativa respecto de la *Durchgriffshaftung*, compatible con el *Trennungsprinzip* o, por lo menos, con las normas que componen el sistema del derecho societario y con los valores que ellas encierran.

3. UNA NUEVA FRONTERA: LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL DELITO DE LA PERSONA JURÍDICA

El abuso de la personalidad jurídica se puede reprimir, y de hecho se ha reprimido en diversas ocasiones, a partir de las teorías reduccionistas de la persona jurídica, entendida como metáfora que resume un conjunto de normas que en todo caso regulan las conductas de personas naturales; pero, en sentido contrario, puede ser reprimido si se toma completamente en serio la metáfora

de la persona jurídica como persona auténtica, perteneciente al mismo género al que pertenece la persona natural. Un ejemplo significativo en este sentido es la teoría de BIGIAMI sobre los accionistas tiranos, cuyo personal sometimiento a la quiebra se añade a la quiebra de la sociedad; no es consecuencia del levantamiento del velo y de la diferenciación de sujetos entre socios y sociedad, sino que, por el contrario, la presupone: la sociedad entra en quiebra como empresario evidente, aquéllos entran en quiebra como empresarios ocultos de la misma empresa. En Alemania se ha llegado a tomar tan en serio esta metáfora que se ha llevado a consecuencias extremas: se ha querido tomar al pie de la letra expresiones como «sociedad madre», «sociedad hija» o «sociedades hermanas», exigiendo la aplicación de normas correspondientes a las que prevén incompatibilidades en las relaciones de familia entre personas naturales.

Así, nos colocamos en el mismo camino cuando disponemos, como ahora lo hacen diversos legisladores europeos, incluso el legislador italiano (Decreto Legislativo 231 del 8 de junio de 2001), que la persona jurídica, así como la persona natural, puede ser llamada a responder frente a un juez penal por haber cometido un hecho constitutivo de delito.

Si en la doctrina del siglo XIX existía un punto sobre el cual convergían las teorías que afirmaban y las que negaban la configuración de los entes colectivos como personas, se trataba del aforismo *societas delinquere non potest*. Para los primeros, la persona jurídica, aunque persona, era en todo caso una persona ideal o artificial, distinta del hombre; por ende, no podían aplicárseles las normas que presuponen la persona humana y, entre éstas, las normas que castigan los hechos que la ley prevé como delito. La responsabilidad penal, por definición, es una

responsabilidad personal, lo que excluye que la entidad pueda ser llamada a responder por el delito cometido por sus órganos. Los segundos, en cambio, no veían otra cosa que el delito cometido por las personas naturales de los socios o de los administradores de la sociedad, quienes eran los únicos que podían ser llamados a responder por ilícitos penales.

Ambos parecían encontrarse en una irreductible antítesis: por una parte, la despersonalización de los intereses y de los comportamientos, propia de la organización colectiva dotada de personalidad jurídica; por la otra, el carácter estrictamente personal de la responsabilidad penal.

De esta manera, entonces, las teorías opuestas terminaban por ser solidarias entre ellas mismas, al reconocer una amplia inmunidad: por el delito cometido por el administrador, sólo éste podía ser llamado a responder. Así se terminaba por castigar, como chivo expiatorio, tan sólo al ejecutor material del delito, dejando impunes a quienes, bajo el velo corporativo de la persona jurídica, tal vez habían sido los organizadores anónimos o habían permitido que el delito se cometiera, y que en todo caso reportaron beneficios del mismo. Así, la metáfora despersonalizante de la persona jurídica terminaba por resumir una inexpugnable inmunidad penal; levantaba una barrera que se tornaba insuperable por el principio de la personalidad de la responsabilidad penal.

Entonces, he aquí una salida: si se pretende superar esta inmunidad, digamos que la persona jurídica tiene, a la par del hombre, capacidad penal y puede ser objeto de penas, obviamente de carácter pecuniario, y puede también ser condenada —que es lo más importante— a penas accesorias y a medidas de seguridad. Digamos que el principio de personalidad de la responsabilidad penal se respeta si, por el delito cometido por múlti-

ples sujetos de manera colectiva y despersonalizada, ellos responden penalmente no en calidad de individuos, sino de manera colectiva y despersonalizada, es decir, que responde la persona jurídica, afectada en su patrimonio por las penas pecuniarias, afectada en su capacidad de actuar por las penas accesorias de interdicción, afectada de nuevo en su patrimonio por unas medidas de seguridad como la confiscación, que le arrebatan el precio, provecho o producto del delito, y su equivalente en dinero.

Aquí, el *Durgriff* no consiste en penetrar más allá del velo de la persona jurídica y en agarrar, más allá de ese levantamiento del velo, a cada uno de los mandantes del delito, en su calidad de reos en carne y hueso. Por el contrario, consiste en someter a un procedimiento penal y en condenar a la persona jurídica como tal, de manera que pierde importancia la identificación, detrás del velo corporativo, de los mandantes internos del delito (o en el lenguaje del derecho penal, de los autores mediatos) y pierde importancia también la identificación de los ejecutores externos.

La peculiaridad de la responsabilidad penal de la persona jurídica reside en que

ésta es llamada a responder por el solo hecho de que el delito es a ella reconducible, incluso cuando los autores no han sido identificados o no son punibles. En fin, el delito lo ha cometido la propia persona jurídica; y el *Durgriff* está justamente en el hecho de que su responsabilidad penal prescinde de la identificación tanto de los autores materiales del delito como de sus mandantes. Luego, en la prueba de los hechos, si la persona jurídica es exonerada de responsabilidad penal, serán sus socios quienes responderán penalmente: sus aportes perderán valor en la medida en que el patrimonio de la sociedad sea disminuido por las penas pecuniarias, por las incapacidades impuestas como penas accesorias, por la confiscación de lo que constituyó el precio, provecho o producto del delito.

NADIA ZORZI
Profesora de Derecho Comercial
Universidad de Trento

Traducción
PAOLA SPADA

Trabajo presentado en el Seminario Internacional "Evolución del Concepto de Persona Jurídica", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 4 y 5 de noviembre de 2003.