



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



# **¿ES NECESARIO REFORMULAR EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO SOCIETARIO CHILENO?**

TESINA DE DERECHO

Autor: Jeisy Mackarena Donoso Aguilera.

Profesora Guía: Katrina Badilla.

Entrega: Octubre, 2011.

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>Tabla de Abreviaturas</b>	p. 4
<b>Resumen</b>	p. 5
<b>Introducción</b>	p. 6
<b>Capítulo Primero</b>	
Persona Jurídica:	p. 9
1. Sobre el Concepto de Persona Jurídica	p. 9
2. Concepciones:	p. 12
2.1 Concepciones Realistas:	p. 12
2.1.1 Teorías basadas en la Voluntad:	p. 13
2.1.1.1 Teoría Organicista	p. 13
2.1.1.2 Teoría del Alma Colectiva	p. 13
2.1.1.3 Teoría del Organismo Social	p. 14
2.1.1.4 Teoría de la Institución	p. 14
2.1.1.5 Teoría de la Voluntad Jurídica	p. 15
2.1.2 Teorías basadas en el Interés:	p. 15
2.1.2.1 Teoría de Michoud	p. 15
2.1.2.2 Teoría de Saleilles	p. 16
2.1.2.3 Teoría de Ferrara	p. 16
2.2 Concepción Clásica o de la Ficción	p. 16
2.3 Concepciones Negativas	p. 18
3. Instrumentalización de la personalidad jurídica para limitar la responsabilidad	p.18
<b>Capítulo Segundo</b>	
Problemas que se derivan de la naturaleza jurídica de la Persona Jurídica:	p. 20
1. Tradicionales:	p. 20
1.1 Objeto y Causa	p. 20
1.2 Fraude a la Ley	p. 21
1.3 Simulación	p.22
1.4 Buena Fe	p. 22

1.5 Acción Pauliana o Revocatoria	p. 23
1.6 Actos Propios	p. 23
2. Doctrina del Levantamiento del Velo Societario	p. 24
3. Derecho Comparado:	p. 27
3.1 Derecho Alemán	p. 27
3.2 Derecho Estadounidense	p. 28
3.3 Derecho Argentino	p. 30
<b>Capítulo Tercero</b>	
Apariencia y Realidad	p. 31
<b>Capítulo Cuarto</b>	
¿Es necesario reformular el concepto de persona jurídica en el derecho societario chileno?	p. 33
<b>Capítulo Quinto</b>	
Conclusión	p. 37
<b>Bibliografía</b>	p. 39

## **TABLA DE ABREVIATURAS**

Art.:	Artículo
CC:	Código Civil
CdC:	Código de Comercio
CODE:	Código Civil Francés
CPE:	Constitución Política de la República de Chile
E.I.R.L.:	Empresa Individual de Responsabilidad Limitada
Inc.:	Inciso
S.A.:	Sociedad Anónima
S.p.A.:	Sociedad por Acciones
S.R.L.:	Sociedad de Responsabilidad Limitada

## RESUMEN

Con la aparición de la S.A. se produce un cambio de paradigma, pues aumenta la importancia político-social de las figuras que gozan de personalidad jurídica, de este modo el concepto de persona jurídica se aleja de la idea original y se vuelve formalista e instrumental. Lo que ha generado diversas situaciones de abusos de personalidad, perjuicios a terceros y fraudes a la ley. Daños que no les son imputables a los verdaderos autores, a quienes no se les exige responsabilidad, por tratarse de sujetos distintos. Este profundo hermetismo alejado de la realidad, ha llevado a la crisis del concepto de persona jurídica, conflicto que requiere una solución aplicable a las distintas ramas del derecho, que permita tener claridad cuándo estamos ante ella, y que actos le pueden ser imputables, para lo cual en la investigación se verá si es necesario reformular su concepto.

**PALABRAS CLAVES:** Persona Jurídica – Formalismo - Instrumentalización - Realidad - Reformulación del Concepto.

## INTRODUCCIÓN

El tema de la persona jurídica es “tormentoso y fascinador”, un cúmulo de controversias, donde todo es discutido, capaz de planteo en el campo del derecho, y cuyo concepto jurídico es uno de los problemas más graves de la técnica jurídica, el cual, “sigue siendo un campo abierto al combate” (Ferrara, 2006: p. 1-2, 122-123).

La falta de claridad al respecto, ha permitido la proliferación de diversos fraudes y engaños, producto de que en ocasiones se utiliza fraudulentamente la personalidad jurídica, siguiendo las conveniencias personales de sus socios y alejándose de los fines para los cuales ha sido creada. Incluso López sostiene que en Chile, ello es cada día más frecuente, por la “utilización de la cobertura formal de la persona jurídica” (2003: p. 417). Frente a esto, la doctrina y jurisprudencia no ha reaccionado en forma unánime, sino que sus planteamientos van desde la aplicación de remedios jurídicos tradicionales, cambios legislativos, hasta de nuevas teorías.

“La razón de ser de la persona jurídica trasciende la idea de que su objetivo es una simple separación de patrimonios entre la sociedad y los socios individualmente considerados” (Lyon, 2003: p. 38). Es más, los fines presentes al momento de su constitución pueden ser de diversa índole, importando que respeten los principios generales del derecho, entre ellos, la buena fe y la transparencia en el tráfico jurídico.

La instrumentalización de la personalidad jurídica se viene arrastrando hace años en las sociedades de distintas legislaciones, poniendo en crisis el concepto de persona jurídica, el cual debido al cambio de circunstancias y modernidad de las diversas instituciones, requiere ser revisado, de manera tal que coexista en armonía con los principios generales que inspiran la justicia. Para ello, es imperativo determinar los elementos indispensables o necesarios presentes en ella y fijar los límites dentro de los cuales actúa en forma válida.

El abuso de la persona jurídica lo explica Federico De Castro a través del caso *Salomon v. Salomon Co. Ltd.*, el cual trata de Míster Salomón, quien vendió su negocio a una Compañía de Responsabilidad Limitada, con un capital nominal de 40.000 acciones de una libra cada una. Debido a que la ley inglesa exige 7 miembros para constituir una *corporation*, será compuesta por él, su mujer y sus cinco hijos, suscribiendo los seis últimos una acción cada uno. Después se emitieron nuevas acciones (20.000) a favor de Mr. Salomon y obligaciones privilegiadas. Un año después llegan malos negocios, la Compañía se liquida y Mr. Salomon reclama en su calidad de acreedor preferente todo el activo de la compañía, perjudicando a los verdaderos acreedores. “Ante esta situación el sentido de justicia se inclinará a considerar que el artificio de la Sociedad no otorga la inmunidad para realizar tal género de maniobras; en cambio, la doctrina mercantilista dominante de la personalidad abstracta hará que Mr. Salomon logre su propósito” (1991: pp. 35-36, 219). Refiriéndose al presente caso, Patricia López agrega que el liquidador, quién representa a los verdaderos acreedores, sostuvo que el negocio pertenecía a Mister Salomon, y que la sociedad se había creado con el fin de limitar su responsabilidad ante las deudas del negocio, debiendo por tanto, satisfacerlas (2003: p. 167).

Por tanto, intentaré reflexionar respecto si ¿Es necesario reformular el concepto de persona jurídica en el derecho societario chileno?, para afrontar los conflictos, perjuicios y fraudes derivados de éstas malas prácticas. Para ello en las páginas que siguen, las cuestiones específicas que abordaré son: En primer lugar la persona jurídica, su concepto, concepciones en torno a ella y su instrumentalización como método para limitar la responsabilidad. En segundo lugar, los problemas que se derivan de su naturaleza jurídica, y las soluciones que se han planteado, partiendo por las tradicionales, tales como, objeto y causa, fraude a la ley, simulación, buena fe, acción pauliana o revocatoria y actos propios, además, incorporé la doctrina del levantamiento del velo societario y la respuesta dada en el derecho comparado, particularmente Alemán, Estadounidense y Argentino. En tercer lugar, se destaca la importancia de no quedarnos en las apariencias y formalidades, sino de penetrar en la realidad, para evitar injusticias y no amparar ilícitos. En cuarto lugar profundizaré en la interrogante planteada en ésta investigación ¿Es necesario reformular el concepto de persona jurídica en el derecho societario chileno? Para así, finalmente, entregar

conclusiones encaminadas a encontrar una solución real a los problemas que ha traído consigo el excesivo formalismo de la doctrina tradicional, al considerar a priori y ante todo lugar, una estricta separación entre la sociedad y sus miembros, lo cual, ha permitido que en ocasiones no poco aisladas, éstos últimos, se protejan tras el manto de la sociedad para cometer fraudes e ilícitos. Para que esto no siga ocurriendo, es trascendental determinar cuándo se está ante una persona jurídica y qué implica ello.

No es de mi ambición lograr brindar un nuevo concepto de persona jurídica, pero sí considero que su reformulación es urgente, por lo que intentaré determinar sus elementos principales, no solo de forma, sino que también de fondo, y los límites dentro de los cuales se debe enmarcar su actuación, de manera tal, que no siga siendo cuna de fraudes y engaños escandalosos.

## CAPÍTULO PRIMERO

### PERSONA JURÍDICA

#### 1. Sobre el Concepto de Persona Jurídica

El Derecho comercial se destaca por su carácter progresivo, toda vez que se renueva en forma constante, adaptando sus instituciones para facilitar y expandir el tráfico mercantil (Reyes, 2009: p. 373). Entre las diversas transformaciones, destacamos que en 1807 se introdujo en el CODE una anómala figura, la S.A., estableciéndose en el Art. 31 que los mandatarios solo responderán de su gestión y que los asociados no se exponen a perder más que su interés en la sociedad. Esta nueva figura respondió al desarrollo de las finanzas en el mundo decimonónico, ajustando el concepto de persona jurídica a las necesidades del naciente capitalismo del siglo XIX, abandonando por inconvenientes el criterio de interés público y permanente, por el de Autonomía Patrimonial haciendo independiente la suerte del socio y el de la sociedad (De Castro, 1991: pp. 25-26, 179-180). Además, produjo que desapareciera el carácter personalista de las sociedades civiles o mercantiles colectivas y comanditarias simples (Lara, 2006: p. 15).

De igual forma, Meremínskaya indica que “la devaluación del concepto -persona jurídica- se produjo con la creación de las sociedades anónimas dotadas de personalidad jurídica”. Mientras que, “Antiguamente la calidad de persona jurídica estaba reservada para los entes del derecho público dado que su existencia no dependía de la voluntad de sus miembros” (2003: p. 18).

La sociedad, en tanto convención es “una regla jurídica que nace voluntariamente del acuerdo de voluntades de dos o más personas (naturales o jurídicas), mediante la cual se crea una nueva situación jurídica intersubjetiva, que permite a las partes regirse por un estatuto jurídico especial, propio del tipo social que se adopte, en las relaciones jurídicas que se generen en el ámbito del quehacer social” (Oyaneder, 2003: p. 4).

“La sociedad nace de un contrato, es decir, de un acuerdo de los socios constituyentes, y es intrínsecamente un colectivo, vale decir, una agrupación de dos o más personas que se unen tras un fin lucrativo común, para repartir las ganancias que provengan de la actividad que hayan decidido emprender y, en su caso, para soportar las pérdidas que sobrevengan” (Reyes, 2009: pp. 376-377). Sin perjuicio de su nacimiento contractual, De Castro señala que nunca se pudo pensar que por medio de un contrato de sociedad se creara una persona jurídica, pues de él nace una relación obligatoria y por tanto dependiente de la voluntad de los socios y porque siguiendo la tradición romana, solo hay de considerarse personas a las entidades -corpus o universitas- con vida independiente, que no dependan de la voluntad y existencia de sus miembros (1991: pp. 22-23).

En nuestro derecho, las personas jurídicas, en tanto personas, pueden adquirir derechos y obligaciones, debiendo en su origen y posteriores relaciones jurídicas cumplir con los requisitos generales de los contratos y respetar los principios generales del derecho. Por tanto, les es aplicable el Art. 1445 CC que señala “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º. Que sea legalmente capaz; 2º que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3º que recaiga sobre un objeto lícito; 4º que tenga una causa lícita...*”. En consecuencia, sus actos exigen una voluntad seria y concordancia entre la voluntad declarada y la real, no debiendo existir vicios ni simulación; su objeto debe estar determinado, ser posible y lícito; y los motivos que los induzcan no deben ser contrarios a la ley, buenas costumbres u orden público. Por lo tanto, las sociedades deben desenvolverse dentro de los fines para los cuales se han creado, siguiendo sus intereses sociales, utilizando de manera recta las herramientas y privilegios que el legislador les ha otorgado.

Además, deben cumplir con las solemnidades respectivas, cuando la ley exija formalidades especiales (Art. 1443 CC). De lo contrario, cuando se requiere instrumento público y no lo hay, se mirará como no ejecutado o celebrado (Art. 1701 CC). Estas observancias dependen del tipo social de que se trate, así la sociedad colectiva civil se perfecciona con el mero consentimiento, por tanto, no hay vinculación entre la adquisición de la personalidad jurídica y las formalidades legales necesarias para su validez. Mientras

que las sociedades comerciales son siempre solemnes, pues su constitución se encuentra sujeta al cumplimiento de formalidades (Lara, 2006: p. 14). Aún así, en el año 1997 se dictó la ley N° 19.499, que establece normas que permiten sanear vicios formales de nulidad de sociedades, que afecten su constitución o modificación (Oyaneder, 2003: p. 3).

Una vez constituida una sociedad, se les otorga personalidad jurídica, la cual permite facilitar las funciones de la administración, puesto que la sociedad tiene órganos que operan por ella en el exterior y en el interior, de esta manera las voluntades de los socios se consolidan en un solo todo (Mossa, 1940: p. 99). La persona jurídica se ha reducido al formalismo y su concepto al volverse popular, se simplificó y paso a tener aplicación mecánica, designando a criterio de De Castro, a “unos entes con capacidad jurídica y de obrar, dignos de protección” (1991: p. 212). Ferrara señala que la persona jurídica es “un sistema de unificación de relaciones, mediante la constitución de un nuevo sujeto, un ente vital o fantasma que, como un extraño, penetre entre los socios y succione sus derechos” (1929: p. 498).

Además, el Art. 2053 CC indica que: “*La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan. La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados*”. Esta disposición expresa que la sociedad se origina de un contrato, dando vida a un ente dotado de personalidad jurídica una vez cumplidos ciertos requisitos. Acá no solo existe una noción contractual, sino además institucional, en tanto se le brinda organización y patrimonio autónomo (Lara, 2008: p. 72). Este ente creado legalmente se constituye para que los individuos alcancen metas que individualmente son dificultosas o imposibles y “no contempla un permiso para defraudar la ley o para dañar a terceros” (Meremínskaya, 2003: p. 39), pero como éstas prácticas fraudulentas ocurren en ocasiones no poco aisladas, la limitación de responsabilidad que gozan los socios debe interpretarse restrictivamente. En igual sentido se pronuncia De Castro, agregando que sólo puede encontrar alguna explicación cuando la voluntad social se forma realmente por la pluralidad de personas (1991: pp. 42-43).

La persona jurídica es reconocida en el Art. 54 CC al señalar que *“Las personas son naturales o jurídicas”* y su concepto legal se encuentra en el Art. 545 CC *“Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente...”*, con lo cual decimos que gozan de capacidad jurídica, atribuyéndoles como propios, ciertos actos, hechos o intereses (Lyon, 2003: p. 44). Disposición que más que definir y dar su esencia, reconoce los atributos que dicha personalidad posee, vaguedad que ha provocado múltiples dificultades y opiniones contrarias, al no existir claridad sobre su naturaleza jurídica. Por ello es menester plantear si es necesario reformular el concepto de persona jurídica, por uno que atienda a su esencia y sea aplicable a todas las figuras que gozan de ella, y por tanto, a las diversas ramas del derecho.

El efecto de atribuir personalidad jurídica a un ente, es la existencia de una persona distinta de los socios individualmente considerados, autonomía patrimonial y consecuente limitación de responsabilidad, lo cual, constituye una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el Art. 2465 CC, que dispone que *“Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618”*.

## 2. Concepciones

Las diversas concepciones existentes son fruto de la influencia que han tenido sobre la génesis y desarrollo del concepto de persona jurídica, el Derecho Romano, Germánico y Canónico<sup>1</sup>. Entre ellas destacamos sucintamente las siguientes:

2.1 Concepciones Realistas: Entienden que las personas jurídicas, sean éstas privadas o públicas, existen y son sujetos de derecho, que tienen un interés colectivo, del cual tengan conciencia sus miembros, al cual se dedica un organismo.

---

<sup>1</sup> Para profundizar sobre la materia, ver Arturo Barcia López *“Las personas jurídicas y su responsabilidad por actos ilícitos”* pp. 1 - 46; y Francisco Ferrara *“Teoría de las personas jurídicas”* pp. 19 - 121.

Así, el grupo individual debe ser reconocido, con vida jurídica independiente a sus integrantes (Gambino, 1958: p. 53). Debiendo el legislador constatar la realidad y conforme a ella juzgar los hechos, para atravesar el manto del concepto formal, corrigiendo así el mal uso de la personalidad jurídica.

Esta concepción es destacable porque consagra la importancia del ente colectivo formado para lograr intereses comunes, realizando su independencia y observando siempre la realidad.

2.1.1 Teorías basadas en la voluntad: La persona jurídica es un sujeto de derecho dotado de voluntad propia (Gambino, 1958: p. 53). Presenta capacidad de obrar, autoconciencia y autodeterminación, similar a la del hombre (Barcia, 1922: p. 281).

2.1.1.1 Teoría Organicista: Sus exponentes son: Schaeffle, Novicow y Worms, quienes asemejan la persona jurídica a la persona humana, entendiendo que también es un organismo biológico, cuyos elementos son las células del organismo. Además, la volición colectiva es similar a la del sujeto individual. Se critica el punto de partida de esta postura, por ser inexacta y no ocultar las diferencias importantes (Gambino, 1958: pp. 54-55). Esta teoría es muy extrema, no existe tal nivel de semejanza entre la persona jurídica y la persona humana, por lo que no la consideraré para el objetivo de esta investigación.

2.1.1.2 Teoría del Alma Colectiva: La presente doctrina es más idealista que la anterior, y es sostenida por: Zitelmann, Meurer y Haff. Aquí se sostiene que las personas jurídicas son voluntades incorpóreas, entendiendo que la corporalidad no es esencial y que componen una entidad nueva y diferente de sus miembros, reuniendo las cualidades de ellos. Pero posturas contrarias, señalan que la voluntad solo existe en el hombre y le atribuyen a la teoría del alma colectiva solo valor histórico (Gambino, 1958: pp. 55-56). Aquí comparto plenamente la crítica existente, en orden a que la voluntad solo se encuentra en los hombres, entendiendo que la voluntad colectiva se

conforma cuando se aúnan voluntades individuales en miras de un objetivo común, pero no sería perteneciente a una especie de ser espiritual.

2.1.1.3 Teoría del Organismo Social (persona real colectiva): La persona jurídica es un sujeto de derecho porque tiene potestad propia, similar a la del hombre, pues busca fines que van más allá de los intereses de sus miembros individualmente considerados, por medio de una común fuerza de voluntad y acción. Autores que apoyan esta teoría son: Hauriou, Renard, Delos y Desqueyrat. Las objeciones que se les plantean, es que no explica la atribución de voluntad propia, conformada por la voluntad de varias personas y porque todas las entidades colectivas serían personas jurídicas (Gambino, 1958: pp. 56-58). Comparto con esta postura el considerar a las personas jurídicas como sujetos de derecho, pero continuando lo anteriormente señalado, considero que no debemos olvidar que detrás del ente colectivo existen hombres cuyas voluntades en definitiva, son los que mueven los actos sociales.

2.1.1.4 Teoría de la Institución: Ésta teoría es de carácter sociológico y se basa en el reconocimiento de entidades sociales que se encuentran entre los individuos y el Estado, como congregaciones religiosas, asociaciones de profesionales, financieras e industriales, sindicatos, etc. Plantea que los elementos de las personas jurídicas son: la idea, que aúna las voluntades de los miembros; el poder, que permite jerarquizar las fuerzas que cumplen la idea; y la comunión de la idea, que supone una participación armónica. Pero no todas las comunidades que cuenten con aquellos elementos tienen personalidad jurídica. Se critica por no resolver el problema jurídico de la personalidad, sino solo atender dimensiones metajurídicas (Gambino, 1958: pp. 59-63). Pienso que de ésta posición es destacable considerar los elementos que señala, pero que falta completarla con sustancia jurídica, por lo que no se bastaría a sí misma. Además, “la institución es un organismo permanente”

(López, 2003: p. 8), mientras que existen personas jurídicas que se constituyen transitoriamente.

2.1.1.5 Teoría de la Voluntad Jurídica: Se basa en que todas las personas deben tener voluntad, incluyendo las personas jurídicas, cuyos actos corresponden a la entidad colectiva, que es un sujeto de derecho. La teoría de la voluntad jurídica se rechaza porque no demuestra por sí misma que las personas colectivas cuentan con voluntad (Gambino, 1958: pp. 64-65). Al respecto me remito a la opinión dada respecto a la Teoría del Alma Colectiva.

2.1.2 Teorías basadas en el interés: Busca demostrar la existencia de la persona jurídica, como nuevo sujeto de derecho, entendiendo que la persona como concepto no exige corporalidad, pues son realidades ideales, siendo un recurso técnico para proteger intereses humanos (Gambino, 1958: pp. 65-66).

2.1.2.1 Teoría de Michoud: La voluntad no es el único fundamento del derecho, sino es solo un elemento de aquél, siendo el derecho subjetivo “un interés jurídicamente protegido”, protegiéndose el contenido del acto de voluntad y no ésta en sí misma. Se debe reconocer personalidad jurídica a ciertas agrupaciones que cuentan con “intereses permanentes y colectivos”, cuando éstos son distintos a los individuales, existiendo una voluntad grupal, lo cual es esencial para que la persona colectiva pueda obrar en la vida del derecho. Configurándose así, la voluntad del grupo (Gambino, 1958: pp. 67-68).

Comparto varios elementos de ésta teoría, resaltando principalmente: que se debe considerar como personas jurídicas a los grupos con *intereses permanentes y colectivos, con voluntad real*. Pero no siendo la permanencia requisito excluyente por cuanto algunas nacen por un pequeño periodo, en este mismo sentido se pronuncia Ferrara, indicando que pueden haber personas jurídicas con un “fin temporal y transitorio” (1929: p. 230). De manera tal, que no solo por cumplir con procedimientos formales sea procedente darles esa calificación.

2.1.2.2 Teoría de Saleilles: Señala que la voluntad se encuentra solo en los hombres y que todo derecho debe contar con un sujeto, pero no solo existe la persona humana, sino también entes organizados que conforman una persona jurídica, cuando en ellos existe “*un fin lícito y una voluntad orientada hacia el interés colectivo*”. De este modo se permite que los individuos organizados, que cuentan con una voluntad unificada, aumenten sus posibilidades para cumplir fines frente al hombre individualmente considerado (Gambino, 1958: p. 69). Me interesan los postulados que señala Saleilles y creo que con él nos vamos acercando a la posibilidad de dar un nuevo concepto de persona jurídica.

2.1.2.3 Teoría de Ferrara: Jurídicamente, la persona es un sujeto de derecho, concepto que no contempla corporalidad ni espiritualidad, por tanto, no reconoce especulaciones filosóficas o sociales. La persona humana es el sujeto de derecho por excelencia, pero también lo son las instituciones y organizaciones que tienen personalidad jurídica, a través de la cual ciertos grupos de hombres se presentan en el mundo del derecho, para participar en el comercio. Estas últimas no son una ficción, sino que han sido elaboradas en la vida social, siendo reconocidas por el ordenamiento jurídico, por lo que el derecho solo les introduce elementos u ordenaciones. De este modo, son tan reales como las demás formas jurídicas que conocemos (Ferrara, 1929: pp. 338-359). Se destaca el hecho de considerar que hay grupos colectivos como las sociedades, que son sujetos de derecho, pero no en la misma dimensión que la persona humana, pues la voluntad de la persona jurídica se entiende conformada por la voluntad de sus órganos o representantes.

2.2 Concepción Clásica o de la Ficción: La persona jurídica, a través de una ficción, es concebida como un sujeto de derecho, capaz de contraer derechos y obligaciones frente a terceros. De esta manera, en aquellas relaciones jurídicas, la personalidad jurídica de la sociedad excluye la de los socios (Lara, 2006: p. 16).

Para ésta doctrina formalista, es una entidad abstracta, creada artificialmente por la ley (Barcia, 1922: p. 268). Por lo tanto, sin la intervención del legislador no podrían haber personas jurídicas. Algunos autores de ésta teoría son: Savigny, Laurent, Aubry Et Rau, Ducrocq, Puchta y Vauthier (Gambino, 1958: p. 38). Savigny sostiene que sólo el hombre es sujeto de derecho, porque es el único que tiene razón y voluntad, y que las personas jurídicas solo existen para fines jurídicos, y en éste sentido son sujetos de derecho de igual forma que los individuos, pudiendo perseguir sus fines, a través de iguales medios, pero su capacidad solo afecta el derecho de bienes (1879: p. 60-61). De esta manera califica a la persona jurídica de un ser ficticio, con capacidad artificial, creada por el derecho.

En esta línea, Gambino señala que la persona jurídica es creada artificialmente por la ley, cuando le confiere en forma excepcional personalidad a entes que considera útiles y les permite entre otras cosas, tener un patrimonio. Pero ésta postura es objetada por basarse en una ficción, lo cual en derecho permite simplificar y facilitar la explicación de algunas teorías jurídicas, pero en sí no resuelve nada, porque permite la irresponsabilidad de la persona jurídica, y no es armónica con la realidad, sino por el contrario, desfigura los hechos (1958: pp. 39-42). Esta posición además, resulta perjudicial en cuanto a la responsabilidad civil por hechos ilícitos, porque se le otorga privilegios, sin asumir los peligros y riesgos derivados de sus propias faltas (Barcia, 1922: p. 270). Además, si solo el hombre es sujeto de derecho por ser el único que tiene voluntad, estamos también negando la subjetividad de los niños y locos, quienes tampoco deberían tener derecho (Ferrara, 1929: p. 134).

Sobre la teoría clásica, la considero peligrosa, en tanto reduce el concepto de persona jurídica a una ficción, como un mero recurso técnico, pero sabemos que en verdad existen, aunque no tengan corporalidad. Hoy, han aumentado en número e importancia, por lo que su esencia debe ser entendida de manera cabal, sin desconocer la realidad jurídica, para no permitir que tras ella se produzcan fraudes, cuyos actores queden impunes.

Sin embargo, destaco la importancia política que tuvo el hecho de reconocer a sociedades intermedias con personalidad jurídica, independientes del Estado, permitiendo detener la gran fuerza que éste presentaba (De Castro, 1991: p. 264).

2.3 Concepciones Negativas: Considera que los únicos sujetos de derecho son los hombres y que la persona jurídica es una ficción, creada por el legislador. “Las principales teorías de esta tendencia son: la de los patrimonios de afectación, la del patrimonio colectivo, la de los bienes sin sujeto y las individualistas” (Gambino, 1958: pp. 43-44). Sobre éstas no voy a profundizar, porque he trabajado partiendo de la base de que las personas jurídicas existen y son sujetos de derecho, por tanto, no es mi objetivo abordar ésta discusión, pues no nos acerca a dar una conclusión al planteamiento de esta investigación. Sino que para ello, se busca analizar temas relativos a su esencia, que permitan determinar sus elementos.

### 3. Instrumentalización de la personalidad jurídica para limitar la responsabilidad

Dentro de las sociedades se distinguen las sociedades de personas y las sociedades de capital, en las primeras los elementos personales caracterizan los derechos y obligaciones, mientras que el segundo tipo se caracteriza porque lo que interesa es el capital aportado y no la persona del socio (Lara, 2006: p. 15), es “un capital con personalidad jurídica” (Garrigues, 1987: p. 114). Siendo posibles en ambos tipos, encontrar fraudes y utilización instrumental de la personalidad jurídica, otorgada en el momento de su constitución. Este abuso es “un uso indebido de la normativa de la persona jurídica, con la intención de evadir cargas u obligaciones imputables a los miembros de dicha entidad” (López, 2003: p. 81).

El actual concepto que se utiliza en el derecho societario chileno es meramente instrumental, presenta un intangible hermetismo y suficiencia formal (De Castro, 1991: p. 272), busca facilitar el tráfico jurídico y económico en que se desarrollan las sociedades con terceros, pero la práctica ha demostrado que esta concepción tradicional no puede aceptarse hasta sus últimas consecuencias (Lara, 2006: pp. 16-17). Esta instrumentalización es la que ha provocado en definitiva, que el concepto de persona jurídica se encuentre en crisis, lo que se ha ido acentuando con el creciente número de sociedades y de mercados; el aumento progresivo de sus beneficios; y la radical separación de patrimonios y gozo de autonomía que pregonan sus miembros cuándo se cuestionan los actos sociales como

imputables a ellos. Además, De Castro agrega como causa la subordinación del concepto a la figura de la S.A., la que sirve de “instrumento para que individuos, familiares o grupos manejen ocultamente los resortes del mando” “con expansión sin límites y una gran fuerza económica-social, que tiende al monopolio” (1991: p. 237, 242).

La diferencia entre patrimonio social y los patrimonios individuales de los socios, es efecto directo de la separación jurídica entre ambos, esto es necesario para el desarrollo de sus objetivos, pero a la vez fuente de peligros y consecuencias que repugnan el correcto sentido jurídico, como el Abuso de la Personalidad Jurídica. Por ello, para ser respetada como sujeto de derecho, la persona jurídica debe actuar dentro de los fines para los cuales se ha creado, entre ellos: “celebrar negocios jurídicos en lugar de sus miembros, adquirir propiedad y otros derechos, demandar y ser demandada sin que le afecte para nada el cambio que sobrevenga en la composición de sus miembros”, así, por medio de conjunción de medios materiales y fuerzas humanas, se puede lograr metas que no están al alcance del individuo (Serick, 1958: pp. 18, 52). De esto se colige, que la persona jurídica debe estar al servicio de fines lícitos que se consideraron al momento de su constitución, que respeten la buena fe y la transparencia en el tráfico jurídico, pues cuando no es así, a mi juicio, ya no estamos ante actos del ente social.

Por ello, el sentido de la justicia nos lleva a sostener que “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales no puede tener una validez absoluta y sólo merece ser reconocida mientras no sea usada de manera abusiva” (Meremínskaya, 2003: p.17). Por lo tanto, tenemos como premisa que la personalidad jurídica no es de aplicación absoluta, ya que en ocasiones es utilizada con fines diversos a los que motivaron su creación e incluso se forma no para “crear una organización destinada a cumplir una actividad determinada”, sino para “enmascarar su actuación personal” (López, 2003: p. 90).

Entonces, siempre será importante confrontar “la realidad externa, representada por la personalidad jurídica, y la realidad interna, expresada por su sustrato personal y patrimonial” (López, 2003: p. 512), cuando sea necesario determinar a quién son imputables los actos realizados. Frente a esto, se han planteado diversas soluciones, entre

ellas, aplicar los principios y remedios jurídicos del derecho común, realizar cambios legislativos, creación de nuevas teorías, o bien, más ambiciosas, atacando la raíz del conflicto, el concepto de persona jurídica.

## CAPÍTULO II

### PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PERSONA JURÍDICA

#### 1. Tradicionales:

Los tribunales de justicia para resolver un litigio aplican los remedios jurídicos clásicos, consagrados en el ordenamiento jurídico, pero también, junto a ello, invocan diversos principios, los cuales no siempre se encuentran regulados expresamente. Lo importante es combatir el abuso de personalidad, buscando mecanismos que impidan el fraude a la ley y a legítimos acreedores (López, 2003: pp. 100, 420-421). A continuación, revisaremos algunos de ellos, las ventajas y desventajas de su aplicación para el problema planteado.

1.1 *Objeto y Causa*: El objeto es “el conjunto de actos que la persona jurídica propone realizar para lograr el fin que persiguen sus miembros”, en las sociedades equivale al giro social (López, 2003: p. 426). Por tanto, se trata de determinar la actividad que se va a realizar, constituyendo un requisito general de todo acto jurídico, por lo que si no existe, el acto no nace a la vida del derecho.

Pero, al ser analizado en esta línea, en los términos del Art. 1460 CC, el objeto será siempre lícito, porque el conjunto de actividades que se pretenden desarrollar no pueden ser en sí ilícitas, lo que sí puede ocurrir, es que la finalidad de su constitución sea fraudulenta, lo cual sería un problema de causa (López, 2003: p. 435).

Por otro lado, hay quienes señalan que si es posible la existencia de objeto ilícito, como lo explicita el siguiente caso: si un legitimario aporta a la sociedad la totalidad de sus bienes, con el propósito de privar a alguno de sus legitimarios habrá objeto ilícito

porque el fin del negocio es fraudulento, pues “se trata de vulnerar las normas de orden público relativas a la legítima hereditaria” (López, 2003: p. 119).

La causa del contrato de sociedad, conforme al art. 2053 CC es la *affectio societatis*, es decir, la voluntad de constituir una sociedad, el fin perseguido y de colaborar entre los socios a su desarrollo. Si la intención no es asociarse, sino que defraudar la ley o a terceros, la sociedad sería inexistente o nula, en virtud de los Arts. 1467 y 1682 CC.

Pero ello no resulta simple cuándo estamos frente a personas jurídicas distintas a la sociedad, tales como corporaciones y fundaciones, en las cuales no existe *affectio societatis* (López, 2003: p. 432). Además, el problema es que la causa ilícita opera si se constituye con fines ilícitos y no cuando se abusa de una persona jurídica ya existente (Mereminskaya, 2003: pp. 27-28).

Pero finalmente, sea a través de objeto o causa ilícita, ir por ésta línea provoca la desestimación de la personalidad jurídica, haciéndola caer por la nulidad que acarrea dicha ilicitud, lo cual para Patricia López trae aparejada igual solución que la doctrina del levantamiento del velo, resultando la inoponibilidad de la persona jurídica, provocando consecuentemente, que queden ocultos quienes actuaron fuera de derecho, sin que sea exigida su responsabilidad (2003: pp. 120-122).

Por tanto, hemos de ver, que la aplicación de objeto y/o causa ilícita como solución al abuso de la personalidad, implica que ésta desaparezca, siendo perjudicial para el tráfico mercantil y demás terceros de buena fe que tengan relaciones jurídicas con ella. Además, se castiga a la persona jurídica, declarando su inexistencia o nulidad, pero no necesariamente se responsabiliza a los reales culpables y no da solución a fraudes cometidos con un ente social ya existente.

1.2 *Fraude a la Ley*: Se constituye cuando se logra obtener resultados rechazados por la ley, pero por caminos que ésta no ha previsto (Serick, 1958: p.44), dicho de otro modo, se busca “sustraerse de la fuerza coactiva del derecho”, lo cual también ocurre cuando se lesiona el contrato o se provocan daños con deslealtad a terceros (Lyon, 2003: pp. 65-66). Esto ocurre cuando si bien se actúa conforme a derecho en la forma, el fin logrado es contrario a lo querido por el legislador, por ello la instrumentalización antes descrita

encaja en este acápite, pero para lograr una solución se requiere algo más profundo que solo declarar que se ha actuado en fraude a la ley.

1.3 *Simulación*: Se produce cuando conscientemente se manifiesta una voluntad, con la finalidad de engañar, aparentando un acto que en realidad no existe o es distinto al efectuado (López, 2003: p. 437). La simulación en las sociedades, se produciría cuando son creadas sin que exista intención de asociarse, careciendo el pacto social de contenido real, buscando engañar a terceros.

En nuestra legislación, esta solución tiene acogida en virtud de la doctrina de la voluntad real, amparada en los Arts. 1445, 1560 y 1069 inc. 2º CC (López, 2003: p. 437). De esta manera, la jurisprudencia la ha adoptado en diversas situaciones, tanto para declarar nulo el pacto societario, como para declarar nulo otros contratos, como la transferencia de bienes, para sustraerlos de acciones de terceros (Mereminskaya, 2003: p. 28).

El efecto de la acción de simulación no es la inoponibilidad, sino que busca “acreditar la situación real que se esconde tras la apariencia creada”, pues han sido dañados por el acto simulado y no por el real, no pudiendo ser alegada por terceros perjudicados por el abuso de la personalidad (López, 2003: p. 440).

En consecuencia, entiendo que ésta medida no abarca íntegramente el conflicto, pues no puede ser alegada por todos quienes resulten dañados por la constitución de una persona jurídica con fines fraudulentos, y porque no permite por sí misma establecer responsabilidades y consecuente sanciones para los culpables, sino que solo busca el acto real.

1.4 *Buena Fe*: Los actos cometidos de mala fe adolecen de nulidad absoluta, por aplicación del Art. 1682 CC. Pero cabe recordar, que en virtud del Art. 2058 CC, la nulidad del contrato de sociedad no perjudica a los terceros de buena fe, aplicando la teoría de las apariencias.

Un estudio jurisprudencial realizado por Hernán Corral, demuestra que no existe una jurisprudencia abundante ni uniforme sobre la aplicación de la buena fe, aunque sí destaca su importancia para flexibilizar la reglamentación del contrato y agregar

contenidos éticos al comportamiento de éste (2007: pp. 143-177). No obstante, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló *“en homenaje a la buena fe que debe primar en todas las relaciones jurídicas, la judicatura está autorizada para ir más allá de la ficción que constituye la persona jurídica y descubrir al que se esconde bajo su sombra para defraudar a su acreedor”* (considerando décimo: 2010).

Considero que la buena fe es un principio de gran trascendencia, pero que no permite por sí solo atacar el dilema de la instrumentalización de la persona jurídica. Sin embargo, es un elemento que por su importancia debe incorporarse en una respuesta integral al conflicto.

1.5 *Acción Pauliana o Revocatoria:* Se desprende del Art. 2468 CC, lo cual implica en la materia en cuestión, la revocación del acto constitutivo de la persona jurídica, cuando su instrumentalización perjudique a terceros, o bien, de los actos ejecutados por el deudor en perjuicio de sus acreedores.

La ventaja de esta acción es que permite impugnar cualquier tipo de acto, pero el problema es que sus requisitos son muy específicos y no puede prosperar cuando se ha burlado la ley o un determinado principio jurídico. Además, cuando se trata de actos fraudulentos cometidos una vez ya constituida la sociedad, solo serán inoponibles dichos actos, pero no la persona jurídica (López, 2003: p. 442-446).

A mi juicio, uno de los problemas de quedarnos solo con la aplicación de ésta acción, es que al no declarar nulo el acto, quedan validadas actuaciones fraudulentas para con el mundo del derecho, careciendo de valor solo frente a los acreedores que han resultado perjudicados, además, solo se puede aplicar en supuestos muy restringidos.

1.6 *Actos Propios:* Nos prohíbe actuar en forma contraria a una conducta anterior. Al respecto la Corte Suprema ha sostenido *“Como toda la argumentación presentada discurre sobre la base que Remolcadores Ultragas Limitada no es parte en el juicio, pese a que sus actuaciones acreditadas en el proceso demuestran su intervención activa en la contratación correspondiente, su alegato sobre el particular implica ir contra sus propios actos, comportamiento que no se aviene con la buena fe exigible a todo contratante en el artículo 1524 del Código Civil...”* (considerando tercero: 2009). Me

parece que es un principio con una nota de justicia importante, que por tanto, debe ser considerado como base para la elaboración de una alternativa al problema en comento.

Estos planteamientos si bien enfrentan la persona jurídica, directamente como sujeto de derecho, acarreando como regla general la nulidad de su constitución, no develan la realidad que hay tras ello, pues simplemente, deja de existir en el mundo del derecho, provocando consecuentemente que los actores de perjuicios y fraudes no respondan por sus abusos (López, 2003: pp. 444-445).

A mi juicio, no son suficientes los diversos remedios legales existentes en el entramado jurídico, pues ninguno responde a todas las hipótesis posibles, por contar algunos con requisitos complejos, y por hacer desaparecer en la mayoría de los casos a la persona jurídica, sin hacer responsable a quienes cometieron actos ilícitos, en perjuicio de terceros, en fraude a la ley o de los intereses del Estado, siendo precisamente, esto último lo que debe quedar garantizado con la solución que se acoja. No obstante, de las respuestas tradicionales, se pueden desprender elementos que permitan configurar una respuesta cabal e íntegra al conflicto, que lo solucione desde su esencia, pudiendo ser, la reformulación del concepto de persona jurídica.

## 2. Doctrina del Levantamiento del Velo Societario

También llamada *De la Responsabilidad por Abuso de la Personalidad Jurídica*, opera cuando el uso de la persona jurídica es correcto en cuanto a la forma, pero en su esencia fraudulenta. Siendo sostenida por autores como: De Ángel, Boldó, Embid Irujo y Molina Navarrete (López, 2003: p. 144).

En nuestro país, Patricia López, señala que por medio de ésta doctrina se pretende evitar que con la utilización de la estructura formal de la persona jurídica se lesionen intereses de terceros, de ella misma o de sus integrantes, para ello, los jueces prescinden de la personalidad jurídica, “desconociendo su existencia autónoma como sujeto de derecho en ese caso concreto”, considerando que se está frente a un “mero agregado de individuos,

para penetrar en su interior a fin de determinar los intereses jurídicos que se esconden tras ella”. Esta doctrina tiene para ella un doble objetivo, en primer lugar “destruir la persona jurídica en cuanto sujeto de derecho” y en segundo lugar “desconociendo determinados privilegios derivados de la atribución de personalidad”. Teniendo un resultado retroactivo, toda vez que las partes se encontraran como si nunca hubieren celebrado el contrato, en el caso particular, con lo cual subsiste la personalidad jurídica de la sociedad (2003: pp. 90, 93, 121-122).

Dobson lo describe como una aplicación de remedios jurídicos ya existentes -en el derecho argentino- para casos generales, y no una nueva doctrina autónoma, cuya consecuencia es que se niega la existencia de la sociedad o asociación, como sujeto de derecho, ante una situación en particular (1985: pp. 10-11). El inconveniente de ello, es que como lo he señalado antes, quedan fuera situaciones que no encuentran solución con la sola aplicación de remedios jurídicos ya existentes.

Por tanto, implica desconocer en forma excepcional la personalidad jurídica, considerando que las relaciones fueron entabladas directamente por sus miembros. En cuanto a las otras relaciones que mantiene el ente social, se sigue considerando como una persona distinta a los socios individualmente considerados.

La proposición de López en resumen es la siguiente: que una regulación positiva sea en el CC, para que pueda ser aplicada a toda rama del Derecho y que también pueda operar de oficio o a petición de parte, señalando la normativa que “Podrá prescindirse de la personalidad jurídica, cuando se alegue por un tercero o se presuma por el juez que conoce la causa, que ésta ha sido utilizada en fraude a la ley, con abuso de un derecho, para violar el orden público, defraudar o perjudicar los derechos de quienes se han vinculado jurídicamente con ella, o de cualquier otra forma que constituya una infracción al ordenamiento jurídico” (López, 2003: pp. 498-501).

Lo positivo de la aplicación de esta teoría es que permite combatir el abuso de la personalidad, pues sanciona a quienes la instrumentalizaron, sin que puedan alegar

separación patrimonial, haciéndolos en definitiva, responsables de sus actos al declarar la inoponibilidad. Por tanto, se entiende que “existe una simple asociación de individuos”, sin personalidad jurídica para ese caso particular, con lo cual la persona jurídica no desaparece, admitiendo una correcta aplicación de las normas jurídicas que la regulan y su reconocimiento como sujeto de derecho (López, 2003: pp. 144, 514).

Algunos plantean que el problema es que esta teoría es una metáfora innecesaria, debido a que su existencia no se justifica, porque sus efectos se pueden lograr a través de “instituciones tradicionales propias del Derecho Civil”, lo cual no comparto, y agregan que es inconveniente legislar sobre una doctrina que se inspira en principios de la legislación norteamericana, pues no son los mismos que la nuestra, siendo por tanto, difícil para nuestros jueces comprenderlos y aplicarlos (López, 2003: p. 116).

La doctrina del levantamiento del velo presta utilidad al conflicto expuesto, pero no es una acabada solución, no explica bajo que parámetros se determina que existe un abuso. López, quien defiende esta teoría, reconoce un problema de seguridad jurídica y agrega que pareciera una contradicción aceptar la personalidad jurídica como un principio general y luego desconocerla por razones extrajurídicas, basándose en una ficción jurídica (2003: pp. 124-143). Además, existe el peligro de que al prescindir de la separación entre la sociedad y sus socios, ello se generalice demasiado y quede sin valor la figura de la persona jurídica (Lyon, 2003: p. 62).

Además, esta doctrina no forma parte del derecho chileno, según lo señalan autores como Meremínskaya (2003: pp. 27, 38). No existe norma expresa que permita al juez levantar el velo para penetrar en el sustrato de la persona jurídica, por lo que los tribunales chilenos prácticamente no han recurrido a ella para combatir el abuso. Sin embargo, podría ser aplicada a partir de instituciones tales como el imperativo de la transparencia en el tráfico jurídico y la inoponibilidad de la persona jurídica (López, 2003: pp. 418, 449, 453-493). No obstante, ha sido aceptada por la Corte de Apelaciones de Santiago, declarando que *“permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente,*

*responden a una misma unidad económica y de organización... se previene de este modo, abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe”* (considerando décimo segundo: 2011).

En conclusión, creo que esta teoría es un gran avance para combatir los abusos que se producen con la instrumentalización de la personalidad jurídica. No obstante, aún no cuenta con criterios objetivos que permitan determinar su aplicación y se basa en una ficción jurídica, lo cual no es fundamento suficiente para crear una doctrina con aplicación tan trascendental como ésta, pues desconoce un principio absoluto que es la existencia de un sujeto de derecho, lo cual ya resulta por lo menos extraño, el existir para unos y no para otros, siendo su aplicación peligrosa, afectando la seguridad jurídica. Por lo que si bien es un avance, no es la meta final, pudiendo de ella desprender elementos que permitan llevar a la elaboración de un nuevo concepto de persona jurídica.

### 3. Derecho Comparado

#### 3.1 Derecho Alemán

Al igual que el Derecho Chileno, existe una separación total entre la sociedad y los socios. Sin embargo, existe la *teoría de la Penetración*, que opera sobre la base del abuso, en virtud de la cual, se considera que no existe tal separación cuándo los hechos así lo indican. La jurisprudencia, aunque no en forma unitaria, ha sostenido que se debe penetrar “hasta alcanzar a los hombres que se hallan tras ella”, prescindiendo de la personalidad de la sociedad cuando lo exige la buena fe y cuando el aprovechamiento de la distinción legal entre la persona jurídica y las personas físicas detrás de ellas constituya un abuso de derecho (Serick, 1958: p. 31-42).

Al comienzo, parte de la doctrina alemana sostiene que una sociedad del Reich puede ser equiparada a éste, por lo que el deudor de una sociedad del Reich puede oponer

créditos que ostenta contra el mismo Reich, habiendo una compensación <sup>2</sup>. Así luego, se llegó a una nueva técnica judicial, consistente en prohibir al socio la invocación de separación de patrimonios entre ellos y la sociedad, cuyo efecto es la inoponibilidad de la persona jurídica (Meremínskaya, 2003: p. 22).

En cuanto a la responsabilidad de la sociedad matriz, Meremínskaya indica que “el abuso de la posición de control consiste en la aceptación de las obligaciones superiores al potencial de la sociedad dependiente, lo que con la quiebra de la filial se traduce en la externalización del riesgo” (2003: p. 25).

Sin embargo, la doctrina dominante no la ha reconocido por falta de claridad en el punto de partida, que son el concepto, requisitos y fundamentos jurídicos, los cuales carecen de reconocimiento legal. Lo más interesante del Derecho Alemán, es el auge que se da a la realidad de los hechos, para evitar injusticias, pero a la vez, la prudencia en cuanto a la necesidad de tener parámetros claros, básicos como punto de partida, expresando la importancia en el acuerdo de concepto, requisitos y fundamentos, antes de acoger alguna doctrina.

### 3.2 Derecho Estadounidense

Conocida como la doctrina del *Disregard of legal entity*, (desatenderse de la persona jurídica). Es importante porque sostiene que alcanzar a los miembros que se encuentran detrás de la sociedad es algo excepcional, pues se debe respetar la limitación de la responsabilidad patrimonial (Serick, 1958: p. 85).

Ésta doctrina, probablemente se encuentra influencia por otras dos teorías, a saber, *ultra vires* y *trust fund*, la primera de ellas “postula que la sociedad sólo puede actuar válidamente dentro de los límites de las facultades otorgadas en el momento de su constitución”, pues en caso contrario, sus actos adolecerán de nulidad, estableciéndose en

---

<sup>2</sup> Véase al respecto Serick, (1958): *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica*, pp. 31 a 40.

consecuencia como principio rector que “cuando la sociedad actúa fuera de su objeto, la actuación no es imputable a la entidad corporativa como sujeto de derecho, desconociéndose, en consecuencia, su personalidad jurídica”. Mientras que la segunda teoría, señala que cuando los accionistas perjudican a los acreedores al repartirse entre ellos los bienes sociales, serán responsables, fundándose en la confianza que los acreedores tuvieron en el patrimonio social al momento de contratar. De este modo, se concluye como principio, que es posible prescindirse de la personalidad jurídica cuando ocurren las hipótesis antes descritas (López, 2003: pp. 162-163).

Los tribunales comenzaron a aplicar el *Disregard* para evitar que se utilizara la personalidad para actuar contra los fines del derecho, buscando no responder por obligaciones personales y en los casos en que las sociedades dominantes de grupos de éstos entes, utilizaran a las dependientes, desprovistas de capital y equipo, para que en el evento de que fracasara, no fuere responsable la sociedad dominante (López, 2003: pp. 165-166).

En cuanto al mérito de éste derecho, que se elabora a partir del conjunto de diversos fallos judiciales, destacaré que por razones de equidad, se decide desconocer la forma legal de la sociedad, para privilegiar la realidad por sobre la apariencia, al investigar qué se oculta tras el manto de la persona jurídica (López, 2003: pp. 116, 160).

En relación a la responsabilidad de la sociedad matriz por abuso de la posición control, los tribunales estadounidenses han dado una solución similar al derecho alemán, así, para levantar el velo se exige que el control se haya producido cuando se ejecutaron los actos que se reclaman; que exista una relación de dominación tal, que impida a la filial contar con voluntad propia, sino que actúe como dependiente de la matriz; y que ésta utilice a la sociedad atendiendo a sus intereses, por sobre los de la sociedad misma (Dobson, 1985: pp. 202-203).

A mi juicio, el derecho estadounidense se ha preocupado de buena manera de buscar solución al conflicto que se ha planteado desde hace ya muchísimos años, en cuanto, pretender alcanzar la realidad penetrando en el sustrato de la personalidad y no quedarse

solo con la forma, rompiendo el excesivo hermetismo que caracteriza las doctrinas modernas. Esta teoría es un gran avance hacia la justicia, pero como lo señale anteriormente, la teoría del Levantamiento del Velo, representa soluciones que parchan un sistema herido desde su inicio, que es el concepto.

### 3.3 Derecho Argentino

Se conoce como teoría de la penetración, desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica. Existe en él un reconocimiento legislativo del fraude a la ley y el abuso del derecho, los cuales sirven como fundamento de la doctrina del velo (López, 2003: pp. 70, 100). La ley 19.550, conocida como la Ley de Sociedades Comerciales, permite que los jueces prescindan de la personalidad jurídica, cuando se abusa de ella, produciendo su inoponibilidad, consagrando en su art. 54 que *“La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”*.

Además, el art. 2 de la misma ley agrega que *“La sociedad es un sujeto de derecho con alcance fijado en esta ley”*. Con lo cual se deja de manifiesto que la sociedad, en cuanto persona jurídica, sólo podrá actuar de acuerdo a los fines legítimos reconocidos por ley, por lo que no cabría hablar de desestimación de la personalidad jurídica cuando sus miembros se valieran de la estructura societaria para actuar fraudulentamente en perjuicio de terceros, puesto que en este caso la actuación ilícita o fraudulenta no es de la sociedad, dado que el ilícito no está contenido en los límites fijados por ley al momento de atribuirle personalidad jurídica. (López, 2003: p. 118).

Lo más destacable de esta legislación, a mi modo de ver, es la consecuencia del Art. 2, en orden a que *la persona jurídica solo actúa dentro de los fines legítimos que la ley le reconoce*, por tanto, los fraudes y perjuicios que se generan con su utilización solo pueden ser imputables a sus reales actores.

## CAPÍTULO III

### APARIENCIA Y REALIDAD

La existencia de sociedades ha permitido estimular las inversiones en el mercado, pero con la limitación de responsabilidad se otorga un permiso para un uso poco cuidadoso del capital, pues se externaliza el riesgo. Además, la S.A., ha permitido mantener un patrimonio exento de responsabilidad y ha hecho posible el nacimiento de centros de poder familiar, más ágiles y menos visibles que los mayorazgos, pero que, como éstos, dan estabilidad al poder social de las familias privilegiadas (De Castro, 1991: p. 65). Con éste tipo societario se “han fermentado naturalmente los más grandes escándalos y engaños, rapiñas y audacias sin nombre”. El anonimato ha sido señalado como instrumento de fraude y hegemonía de clase. (Mossa, 1940: p. 148). Son en definitiva, profundas crisis jurídicas las que han surgido y que requieren pronto reparo.

“La responsabilidad se ha afirmado como una necesidad de la realidad y de la lógica, en contraste con las abstracciones de la persona jurídica, que ocupan el campo, tan empeñosa como estérilmente” (Mossa, 1940: p. 151). Por tanto, “¿Cómo se justifica que quienes ni se exponen a ningún riesgo especial, ni buscan el general beneficio, quienes sólo persiguen enriquecerse a costa ajena, reciban gratuitamente la ventaja de que su patrimonio quede exento de responsabilidad? Y si no es la pluralidad de los accionistas quien dirige la Sociedad ¿Cómo se explica que se otorgue una patente de irresponsabilidad -por actos propio- a quien verdaderamente es el dueño de la sociedad?” (De Castro, 1991: pp. 34-35). La búsqueda por incentivar nuevos negocios, ha traído aparejado el aumento de la inseguridad jurídica al ir amoldando los principios y teorías existentes según las conveniencias del mercado. Se han profundizado las ventajas y protecciones de las sociedades en forma a priori, por el solo hecho de ser tales, beneficiando incluso simulaciones y fraudes disfrazados de actos sociales.

Por consiguiente, es imperante la necesidad de plantear el desafío de encontrar una solución real al conflicto contingente planteado, que nos afecta más allá de lo que podemos dimensionar, por cuanto, la cifra de entidades con personalidad jurídica crece de manera importante, sea en Chile, sea en el Derecho Comparado.

Si bien la persona jurídica se concibe como un sujeto independiente del hombre, no es menos cierto, que sus obras y conductas dependen de las personas naturales. Así, Serick señala que sólo la contemplación de lo que suceda tras la apariencia de la sociedad, nos puede aclarar si se mueve dentro de la esfera que el legislador le ha creado (1958: p. 243). Pues, en definitiva, los actos son realizados por personas humanas, los cuales una vez analizados, podemos enmarcar como fin lícito de la sociedad, o bien, como actividad de los sujetos considerados individualmente.

La sociedad en mano de un solo socio se ha pensado que no puede ser juzgada como patrimonio independiente, y se concluye que el socio único, como soberano de la empresa, debe responder con su patrimonio personal (Mossa, 1931: p. 315). Pero en Chile existen dos figuras que permiten un “único soberano” y la existencia de patrimonios separados, a saber la E.I.R.L., que si bien no es una sociedad, otorga ventajas y limitaciones similares, y la SpA., la cual puede estar compuesta por un solo socio; las cuales se analizarán más adelante.

En general, independiente del ideal político de cada gobierno, podemos observar que las sociedades mercantiles son necesarias para activar la economía, es más, tienen una importancia nunca antes vista, por ello, la búsqueda del equilibrio de la personalidad de los socios y de la sociedad es el punto más delicado de las sociedades mercantiles, pues los problemas que se suscitan de ello se presentan de diversas maneras. Dichas sociedades no conocen barreras, su regularidad no es condición para adquirir la personalidad, por lo que no hay obligación personal de los socios que operan en nombre de la sociedad, teniendo solo obligaciones subsidiarias. Sin embargo, la personalidad que hoy se le atribuye a la sociedad no elimina el hecho de que los socios defienden el interés de ellos mismos. De

esta manera, las actuales sociedades mercantiles se han desligado totalmente de la tradición común y romana (Mossa, 1940: pp. 91-99).

Cuando se utiliza la persona jurídica para fines contrarios a derecho ¿debe el juez cerrar los ojos o buscar la manera de evitar el fraude? ante aquellos casos, se ha ido paulatinamente equiparando al socio y a la sociedad, ignorando la externalidad de la persona jurídica (Serick, 1958: pp. 44-45). Ello ante el estado actual de las cosas, pero no creo que la solución sea estar desconociendo la personalidad jurídica en determinados casos, frente a situaciones concretas, haciéndola subsistir en el resto de las relaciones jurídicas, sino que, tener real claridad sobre cuándo estamos ante una persona jurídica, qué significa ello y cuáles actos le son imputables.

Por otro lado, atendiendo al hecho de que incluso las personas jurídicas se mueven por intereses, es necesario que éstas tengan a su favor mecanismos de protección, pero que ello implique a su vez una protección a los acreedores y terceros. Debiendo en consecuencia, la ley propender al justo equilibrio entre ambas realidades (Sandoval, 2003: p. 144). Creo que éste es el punto esencial del debate expuesto, el equilibrio que debe existir entre la protección de las personas colectivas revestidas con personalidad jurídica, particularmente las sociedades y, sus miembros y terceros que se relacionen con ella, por lo cual he planteado la interrogante de si es necesario reformular el concepto de persona jurídica.

## **CAPÍTULO IV**

### **¿ES NECESARIO REFORMULAR EL CONCEPTO DE PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO SOCIETARIO CHILENO?**

Si, el cambio de concepto de persona jurídica es importante por la disociación entre el campo jurídico y la realidad antes descrita. Lo cual analizaremos más detenidamente luego de un breve resumen de la evolución del derecho de sociedad en Chile.

En un comienzo solo existía la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad anónima. Las cuales se caracterizaban por la participación en los beneficios y la *affectio societatis* en las sociedades de personas. Luego, en el siglo XX con la ley N° 3.918 de 1923 se incorporó la S.R.L. y posteriormente en 1981 con la ley N° 18.046 se modificó la ley de S.A.

Luego en el año 2003, se dictó la ley N° 19.857 que estableció las E.I.R.L., confiriéndole personalidad jurídica a la empresa, coexistiendo, en consecuencia, dos personalidades. La empresa se encuentra dotada de personalidad jurídica, produciéndose una separación de patrimonios, en virtud de la cual un patrimonio se afecta a una determinada actividad económica de una persona, la cual se hace responsable solo hasta el monto de su aporte. Esto puede ser peligroso en tanto el poder de control radica en la misma persona natural y no se aplica la regla general sobre responsabilidad contractual (Lara, 2006: pp. 20 a 24).

Finalmente se establece la SpA con la ley N° 20.190 de 2007, que derriba algunos principios del derecho societario (Reyes, 2009: pp. 374 a 376).

La S.R.L. es un tipo social muy desregulado y es el más utilizado en la práctica (Reyes, 2009: p. 379), esto último queda comprobado con un ejercicio que realicé con los datos de los primeros cinco días de agosto del año 2011, comparando el índice de constituciones de sociedades del Diario Oficial, cuyo resultado fue el siguiente: del total de entidades constituidas, un 8.1% corresponde a S.A., un 58% a S.R.L., un 24,8% a E.I.R.L. y un 9.1% a SpA y otras.

La C.P.E., al respecto establece en el Art. 19 n° 15 inc. 2°, que “*Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley*”. Lo cual es concordante con el concepto que se encuentra en el CC, siendo esta legislación ambigua pues solo se queda en la forma, sin trascender a cual es la esencia, objetivos y razón de ser de aquellas. Hermetismo que es consecuencia del principio de separación radical que existe entre la persona jurídica y sus miembros individualmente considerados

(López, 2003: p. 17). Siendo por tanto, factible abusar de la personalidad actuando incluso dentro de lo que el derecho permite, cuando nos quedamos en un extremo formalismo, sin ahondar en el espíritu de su creación, que debiese ser, la creación de entes colectivos, para alcanzar fines que individualmente son complejos o imposibles, los cuales han de respetar necesariamente los principios generales del derecho.

El nivel de formalismo existente da seguridad jurídica por ser un criterio universal, pero “propicia la arbitrariedad del Estado para atribuir la personalidad sin atender a la finalidad u objetivo de la asociación de un grupo de individuos”. Hay una proliferación de personas jurídicas formales, que en realidad no lo son ni política ni económicamente (López, 2003: p. 19).

El importante privilegio que significa la limitación de la responsabilidad requiere un mínimo de justificación. Se impone como condición sine qua non la existencia de una pluralidad de voluntades y que la empresa sea útil o, al menos, no perjudicial a la economía y bien común de la nación (De Castro, 1991: pp. 70-71). Estos elementos me parecen esenciales, por lo que no hay que quedarse solo en la forma de su constitución, como lo hace el derecho chileno, el cual presenta lagunas legales respecto a los abusos derivados de la utilización de la personalidad jurídica.

Hay que quitarse la venda de los ojos, y descubrir la realidad para evitar injusticias, fraudes y perjuicios ocasionados intencionalmente a nombre de otro, la sociedad, “desde el punto de vista de la justicia sería inadmisibles que se consienta la irresponsabilidad, ad libitum, de quien por profesión arriesga bienes ajenos, en provecho propio, que se pudiera así arruinar a los demás por actos imprudentes o dolosos y sin peligro de la propia ruina” (De Castro, 1991: pp. 37-38). Para evitar que esto ocurra, el derecho chileno nos otorga múltiples instrumentos, dependiendo de la hipótesis en particular, pero considero necesario reconocer un principio general, que cómo señala Meremínskaya, prohíba usar la persona jurídica de una sociedad para fines fraudulentos, contrarios a la ley o a las buenas costumbres (2003: p. 28). Por tanto, es necesario limitar la externalización del riesgo, por

medio de un cambio legislativo que sea aplicable a las diversas ramas del derecho, en tanto, las personas jurídicas van más allá de las sociedades mercantiles.

Como he demostrado, existen ocasiones en que es evidente el abuso de la personalidad jurídica, ello cuando se constituye para evadir obligaciones emanadas de un contrato o la ley, o para realizar actividades prohibidas por ésta, además, puede suceder que en igual sentido se utilice una ya existente, aprovechándose de la separación patrimonial. Siendo múltiples los ejemplos que se pueden dar al respecto, como: “un extranjero, con la intención de desarrollar actividades sólo reservadas a un nacional, puede constituir una sociedad con la nacionalidad de dicho Estado..., buscar evadir el cumplimiento de la obligación de no competir en un área comercial establecida, realizar actos que están prohibidos en razón de su cargo..., disponer de determinados bienes que integran los gananciales de la sociedad conyugal..”, etc. (López, 2003: pp. 90-91). Por tanto, al igual que Lara, considero que la concepción tradicional no puede aceptarse en la actualidad hasta sus últimas consecuencias (2006: p. 17), siendo reprochable que se utilice la persona jurídica, para ocultar actos ilícitos y mucho peor resulta dejarlos impunes cuando ellos se cometen, por tanto, es importante en estos casos irregulares, restablecer el imperio del derecho.

Para lograrlo se ha recurrido a la aplicación de principios y mecanismos jurídicos tradicionales y a la creación de nuevas teorías como el levantamiento del velo societario, la cual en Chile no han tenido mayor acogida. Todas ellas, han sido buscadas por la falta de norma expresa que se haga cargo del asunto en cuestión, que es su esencia. Han sido, en definitiva, fórmulas poco adecuadas, que buscan remendar un sistema viciado, que no otorgan solución a la raíz del conflicto, por lo que afirmo que debemos reformular el concepto de persona jurídica.

## CAPÍTULO V

### CONCLUSIÓN

Es necesario encontrar una solución a la pugna que se presenta entre la realidad jurídica y la realidad de los hechos, que permita velar adecuadamente por los derechos de los terceros, estableciendo como deber de la persona jurídica, actuar de buena fe y conforme a la ley, sin utilizarla para ocultar actos ilícitos, respetando de esta manera la transparencia en el tráfico jurídico.

Una respuesta más acabada al conflicto, sin desvirtuar su régimen, es a mi juicio reformular el concepto de persona jurídica, porque el actual es instrumental y relativo. El cambio propuesto debe ser en el CC, por su aplicación supletoria y como he señalado antes, las personas jurídicas se encuentran en las distintas ramas del derecho, debiendo ser interpretada con un nuevo sentido, según lo que realmente quiere expresarse con ella y sin olvidar que se encuentra influenciada por el comportamiento humano.

El nuevo concepto permitirá que la personalidad de la sociedad se mantenga y no que ficticiamente exista para unos y no para otros. Lo que ocurrirá es que los actos que no se enmarquen en su normativa y fines establecidos, serán imputables a quienes los ejecutaron, sin que sean considerados actos sociales. Pudiendo la sociedad, solo actuar de acuerdo a los fines legítimos reconocidas por ella. De esta manera, en caso de instrumentalización de la persona jurídica, no se produce su desestimación, sino que ocurrirá que los actos ilícitos o fraudulentos no pueden ser sociales, siendo imputables directamente a los socios que lo cometieron, o lo hicieron posible, debiendo éstos responder solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Otros elementos que he considerado relevantes a lo largo de la investigación, son: la comunión de la idea, que implica la participación de voluntades de los miembros orientadas a la búsqueda de intereses comunes, que trascienden los individuales; creación de un ente independiente al sustrato personal de sus integrantes, al cual le son imputables actos,

derechos y responsabilidades; importancia de la realidad; existencia de una voluntad real; fines lícitos y el carácter asociativo.

En cuanto al interés del grupo, comparto la visión de Ferrara, de que es “el interés común de los miembros agrupados” (1929: p. 231). En el sentido de que, el interés colectivo se forma por el conjunto de voluntades de sus miembros, pues finalmente es su voluntad, sea expresada a través de la mayoría o representantes, los que mueven a la persona jurídica.

El concepto de persona jurídica, es una abstracción, derivado de la experiencia, que se obtiene, a partir de la observación del carácter asociativo, fines y resultados (Dobson, 1985: p. 92). A partir de lo cual, el derecho reconoce una realidad jurídica, la constitución de un nuevo sujeto con capacidad de obrar, que permite a los individuos alcanzar fines lícitos, determinados y de utilidad colectiva. En consecuencia, se forma una entelequia jurídica independiente, con personalidad y patrimonio separado de sus miembros, debiendo responder por sus propias deudas, sea con sus bienes presentes o futuros; conformada generalmente por una pluralidad de personas -*affectio societatis*-, organizada por tanto, a través de órganos o representantes; cuya existencia, nacimiento y extinción debe contar de un modo público, pues la publicidad posibilita su actuación en el mundo del derecho.

## BIBLIOGRAFÍA

### 1. *Tratados, manuales y obras generalizadas*

Mossa, Lorenzo (1940): *Derecho Mercantil*, ed. Uthena Argentina, Buenos Aires (traducción de Felipe de J. Tena)

### 2. *Obras especializadas, artículos de doctrina y jurisprudencia*

#### a) *Obras especializadas*

Barcia, Arturo (1922): *Las Personas Jurídicas, su responsabilidad civil por actos ilícitos*, 2º ed., Librería Jurídica, Buenos Aires.

De Castro, Federico (1991): *La Persona Jurídica*, 2º ed., Civitas S.A., Madrid.

Dobson, Juan (1985): *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*, Depalma, Buenos Aires.

Ferrara, Francisco (1929): *Teoría de las personas jurídicas*, ed. Reus, Madrid (traducción de Eduardo ovejero y Maury).

Gambino, Hugo (1958): *Personas Jurídicas, facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad de Montevideo, sección III-XCVIII, Montevideo*.

Garrigues, Joaquín (1987): *Curso de derecho mercantil*, tomo II, reimpresión de la 7ª ed., Bogotá.

Lyon, Alberto (2003): *Personas Jurídicas*, ed. Universidad Católica de Chile, Santiago.

López, Patricia (2003): *La doctrina del levantamiento del velo y la instrumentalización de la personalidad jurídica*, LexisNexis, Santiago.

Mossa, Lorenzo (1931) *Responsabilità dell'unico socio di una anónima*, Ri. D. comm, II. *derecho por medio de la persona jurídica*, Ariel, Barcelona (traducción de José Puig Brutau, título de la obra original: *Rechtsform und realität juristischer personen. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*).

Savigny, Friedrich (1879): *Sistema del derecho romano actual*, tomo II, Madrid (trad. Del alemán por M. C. Ghenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley).

b) *Artículos de doctrina*

Lara, Edinson (2006): “La crisis del concepto de persona jurídica y el levantamiento del velo”, en *Gaceta Jurídica*, N° 314, pp. 13 a 27.

Lara, Edinson (2008): “Aproximación al estudio de la sociedad unipersonal en el derecho español”, en *Gaceta Jurídica*, N° 332, pp. 69 a 80.

Meremínskaya, Elina (2003): “Levantamiento del velo societario”, en *Gaceta Jurídica*, N° 280, pp. 17 a 39.

Oyaneder, Patricio (2003): “Responsabilidad penal por delitos especiales en el ámbito societario. Especial mención a la quiebra de las sociedades irregulares y de hecho”, en *revista actualidad jurídica de la facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, N° 7.

Reyes, Julio (2009): “Nuevas tendencias del derecho societario chileno. Panorama Actual”, en *Anuario de Derecho Comercial y Marítimo de la Universidad de Valparaíso*, N° 1, pp. 373 a 386.

c) *Textos normativos*

Código Civil de la República de Chile

Código de Comercio de la República de Chile

d) *Jurisprudencia*

Fallo Corte de Apelaciones (11.01.2011): *Scharfstein S.A. con Browne Keeling y Cía. Ltda. y Esperanza Paiva, Margarita Juliana*. Rol: 771-2010.

Fallo Corte Suprema (02.06.2009): *Agf Allianz Cia. Seguros generales - sociedad naviera ultragas limitada y otro*. Rol: 1527-2008.

e) *Documentos Electrónicos*

Corral, Hernán (2007): “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno” en *revista de Derecho Privado*, N° 12-13. Disponible en <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/revistaDerechoPrivado/rdp12-13/hernanCorralTalciani.pdf>

Ley 19.550, de Sociedades Comerciales de Argentina. Disponible en <http://www.cnv.gov.ar/leyesyreg/Leyes/19550.htm>