

APUNTES SOBRE EL ABUSO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREDO
Profesor Honorario de Derecho Civil
Universidad de Lima
Profesor Emérito
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO

- 1.- ¿Existe un "abuso de la personalidad jurídica"?
- 2.- Problemas, inquietudes e intentos de precisión
 - a.- Cuestión previa: un viaje a las raíces
 - b.- La imprecisión terminológica
 - c.- La persona jurídica como "sujeto de derecho"
 - d.- Persona jurídica y derecho
 - e.- Persona jurídica y vida humana
 - f.- Amplitud conceptual de "abuso de la personalidad jurídica"
 - g.- Persona jurídica y "organización de personas no inscrita"
- 3.- La crisis del concepto tradicional de "persona jurídica"
- 4.- Superación de la concepción formalista de la persona jurídica
- 5.- El "abuso de la personalidad" en el Código civil peruano
- 6.- Situación actual del problema

1.- ¿Existe un "abuso de la personalidad jurídica"?

El primer problema que debemos plantearnos, a manera de introducción, es si el concepto tradicional de "abuso de la personalidad jurídica" corresponde a la realidad. Es decir, si hay correlación entre el concepto y el ente por él mentado. Analizaremos específicamente los conceptos "abuso" y "personalidad jurídica" para intentar precisar sus alcances para luego preguntarnos si es posible "abusar de la personalidad jurídica".

Al respecto cabe advertir que la expresión "abuso" técnicamente supone ejercer un derecho subjetivo de manera ilícita destinado a causar un daño a un interés existencial o derecho natural de otro u otros sujetos de derecho no expresamente protegidos por norma jurídica expresa dentro de un determinado ordenamiento jurídico nacional. Abusar de un derecho subjetivo no significa, por consiguiente, lesionar el derecho subjetivo de un tercero contemplado por norma expresa del respectivo ordenamiento jurídico. Esta situación corresponde a una "colisión de derechos subjetivos" pero no a un "abuso" en el ejercicio de un determinado derecho subjetivo. En síntesis, el abuso en el ejercicio de un derecho subjetivo no apunta o se dirige a lesionar

"otra" derecho subjetivo sino a un interés existencial o derecho natural cuya protección no ha sido aún prevista en una norma jurídica expresa".

De otro lado, es del caso señalar que el concepto "personalidad", tan utilizado en el pasado inmediato, es equivoco pues ha sido empleado por los juristas para referirse, indistintamente, tanto al ente persona como a su aptitud para ser sujeto de derecho, es decir, para mencionar lo que se conoce tradicionalmente como "capacidad de goce o de derecho". Ello denota su imprecisión, su ambigüedad y su absoluta inutilidad jurídica.

La "personalidad" no equivale al ente que este término pretende mentar pues el ente al que él se refiere no es otro que la "persona". ¿Qué necesidad tenemos para utilizar la expresión "personalidad" para designar un ente que no tiene correspondencia con ella? La "persona" es el ser humano, el sujeto de derecho. La personalidad es un concepto utilizado preponderantemente en el campo psicológico para designar la aparición del ente "persona" en el mundo exterior. La "personalidad" no es la "persona" - el ente que cada uno es - sino su "manera de ser", tal como la aprecian los demás, los otros seres con los cuales convive en sociedad. De ahí que se hable de la "personalidad" de ésta o aquella persona, de sus características personales, de su perfil psicológico. En una palabra, de la proyección del ser de la persona en el mundo circundante, en su circunstancia como diría Ortega y Gasset.

En un intento por evitar, los para nosotros innecesarios y superables problemas que acarrea el empleo del jurídicamente inútil concepto "personalidad" para referirse a un ente que no es otro que la "persona", optamos por desterrarlo tanto de nuestro vocabulario jurídico como del texto del Libro Primero del Código Civil de 1984 dedicada al "Derecho de las Personas". En efecto, el Libro Primero no se titula "Derechos de la personalidad". Concepto que aún se sigue empleando por distinguidos juristas como hasta por un Proyecto de Código civil de reciente data².

Pero si es en nuestro concepto innecesario emplear la noción de "personalidad" para referirse al ente que es la "persona", lo es también para referirse a otro concepto que jurídicamente designamos y conocemos como "capacidad". Debemos volver a hacernos la pregunta de ¿qué necesidad tenemos para designar con la palabra "personalidad" aquello que se refiere a la aptitud que tiene la persona para ejercer sus derechos? Personalidad no es sinónimo de capacidad, así como tampoco lo es de persona. No es del caso reiterar lo dicho: personalidad es la proyección del ser de la persona en el mundo exterior. Es su "manera" de presentarse ante los "otros".

Lo hasta aquí expuesto sobre los alcances de los conceptos "abuso del derecho" y "personalidad" nos relevan de mayor comentario. El atento lector comprenderá que no se puede "abusar" de la "personalidad". Son dos conceptos que no conjugan. Entonces, ¿cómo referirnos a lo que conocemos tradicionalmente como "abuso de la personalidad"? La respuesta podría surgir de una descripción de lo que efectivamente acontece en la realidad cuando aludimos a esta figura jurídica.

Consideramos al respecto que lo que acontece en la experiencia cuando expresamos que

1 Para un desarrollo de esta temática ver Fernández Sessarego, Carlos, *Abuso del derecho*, Editorial Ogleby, segunda edición, Lima, 1990. La primera edición fue editada por la Editorial Astrea, de Buenos Aires, en 1982.

2 Nos referimos al Proyecto de Código Civil argentino de 1996 en actual revisión por el Parlamento argentino.

se "abuso de la personalidad jurídica" es aquella situación o circunstancia en la cual una organización de personas o ciertas personas de ésta utilizan las ventajas que otorga la formalidad que se obtiene con la inscripción de dicha organización en el registro para obtener beneficios en su provecho o en el de terceros al margen de los propios intereses de la "persona jurídica". Es decir, son los seres humanos integrantes de la organización los que emplean dichas ventajas en su favor o para cometer un fraude a la ley.

De la somera descripción efectuada en precedencia se desprende, por consiguiente, que no hay un "abuso de la personalidad jurídica" sino un "uso vedado de la formalidad que caracteriza a la persona jurídica para obtener beneficios personales o cometer un fraude a la ley". Lo que se utiliza ilícitamente en este caso es la estructura formal de la persona jurídica – obtenida gracias a la inscripción en un registro público– por las personas que la componen o integran al margen de los fines valiosos propuestos en el estatuto de constitución de la persona jurídica.

Es a partir de la verificación previa que hemos esbozado que procederemos a analizar en las páginas siguientes, desde nuestro punto de vista, la cuestión referente al denominado "abuso de la personalidad jurídica".

2.- Problemas, inquietudes e intentos de precisión

a.- Cuestión previa: un viaje a las raíces

En el presente ensayo, necesariamente breve por explicable requerimiento editorial, trataremos de sintetizar algunas inquietudes, ideas y planteamientos que surgen cuando se abordan temas de suya difíciles como son, entre otros, el atinente a la "persona jurídica" y el conocido con la casi generalizada denominación de "abuso de la personalidad jurídica". Para los juristas, tanto el uno como el otro, resultan ser asuntos complejos, problemas aún por resolver o, al menos, en vías de obtener consenso en torno a posiciones compartidas por la mayoría de estudiosos de la materia.

Consideramos, desde nuestra óptica, que las dificultades que se hacen patentes en dichas cuestiones se deberían, básicamente, a una imprecisión o a una falta de claridad en cuanto a sus supuestos. La ausencia de una diáfana aprehensión de sus fundamentos o el que éstos resulten insuficiente o limitadamente asumidos por quienes enfrentan el problema, ha generado un explicable heterogéneo y hasta errático tratamiento de lo que sería la naturaleza de la persona jurídica. Ello ha originado, a su vez, una multiplicidad de tomo de posiciones sobre la materia.

Estimamos que si no existe convicción y seguridad en cuanto a determinar aquello que sirve de sustento, supuesto o fundamento, al desarrollo dogmático jurídico de cualquier institución, se corre el riesgo de tropezar con inconvenientes insalvables o de producir tratamientos carentes de coherencia. Es aconsejable, por ello, intentar un previo viaje a las raíces del problema.

Los primigenios y más hondos fundamentos del problema que hemos planteado están dados, a nuestro entender, por el conocimiento, lo más completo posible a la altura de nuestro tiempo, de aquello en que consiste la naturaleza del ser humano. El intento por descifrar dicha compleja como rica naturaleza, es indispensable complementario con una cuidadosa y fiel observación de la vida social, que es donde se da la experiencia jurídica, y por un adecuado manejo de los principios básicos de índole filosófica.

Somos conscientes que si tenemos claridad en cuanto a determinar cuáles son los fundamentos de la institución por analizar y partimos de una base que nos ofrece garantía de acierto, nos evitaríamos el incurrir en una de las tantas confusiones que hemos creado los juristas a través de la historia, motivadas por nuestro inveterado apego a las construcciones conceptuales, con absoluto descuido de lo que acontece en la realidad y, dentro de ella, del rol central y decisivo que cumple el ser humano. Los juristas, que generalmente somos amigos de los dogmas y de rígidas y abundantes clasificaciones, hemos distorsionado a menudo lo que realmente ocurre en la experiencia jurídica -que es donde se vive el derecho- pretendiendo ahomarla a una "forma" preconcebida, surgida de nuestra elucubración conceptual. Las formas jurídicas, las normas, deben trasuntar la realidad valiosamente ponderada, deben dar cuenta de lo que efectivamente sucede a nivel coexistencial, deben corresponder o guardar sintonía con la experiencia. Ese es su único destino, lo único que les otorga sentido.

Los hombres de derecho, con frecuencia, hemos pretendido equiparar la disciplina jurídica, tal vez por una motivación inconsciente de lograr exactitud y seguridad, con la lógica o las matemáticas, ciencias cuyos objetos de conocimiento son de naturaleza ideal, es decir, de objetos que se hallan fuera del espacio, situados tan sólo en el tiempo. Al considerar, bajo la centenaria influencia del formalismo, que las normas jurídicas son el objeto del derecho, le hemos otorgado a lo jurídico una carga estática y absolutamente formal que contrasta con la dinámica, la flexibilidad y la imprevisibilidad propias de la vida humana sustentada en la libertad. Vida humana que es el verdadero centro y eje del derecho.

El haber puesto entre paréntesis al ser humano y su decir coexistencial, al haberlo ignorado y preterido, al considerarlo a la manera de Kelsen como lo "metajurídico" o, a lo más, al concederle magnánimamente el ser "contenido" de las normas jurídicas³, hemos basado el edificio jurídico en inestables y equivocados cimientos. Sobre ellos se ha construido un castillo conceptual, pleno de abstracciones y ficciones, que puede resquebrajarse con facilidad al primer sismo, a la primera fundada crítica. Pero, como no intentamos sustituir esos frágiles e inadecuados cimientos por otros sustentados en la realidad de la vida coexistencial valiosamente apreciada, pretendemos encontrar soluciones en un nivel puramente estructural y, carentes de curiosidad intelectual o de audacia científica, oponemos tenaz resistencia a todo esfuerzo dirigido a revisar esos endeble fundamentos, esos posibles erróneos supuestos sobre los que se suele basar y desarrollar la dogmática jurídica. A veces, los juristas, somos excesivamente conservadores, obsecuentes frente a la tradicional, inexplicablemente fieles ante el dogma o el mito. Se requiere un mínimo de apertura mental, de humildad, para repensar los fundamentos de nuestra disciplina, para admitir nuestros errores, para rectificarnos, sin que ello signifique concesión alguna a la novedad por la novedad misma.

Por todo lo expuesto, tiene razón el vivaz jurista cordobés Efraín Hugo Richard cuando expresa que los temas que han de elucidarse en torno al llamado "abuso de la personalidad jurídica" no son sencillos: "particularmente por cuanto la doctrina y la jurisprudencia los trata con un amplio espectro de enfoques"⁴. Amplitud de enfoques que, desde nuestra perspectiva, obedecen, como está dicho, a una ausencia de diáfanidad en cuanto a los supuestos que sirven de fundamento al desarrollo del pensamiento dogmático jurídico. Es por ello imposible

3 Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1946, pág. 85. Kelsen sostiene que afirmar que el hombre tenga personalidad no viene a significar sino que su conducta, como conducta, es el contenido de normas jurídicas. A este rol secundario se reduce la vida humana dentro de la coherente y brillante construcción formalista del egregio pensador austro-germanés.

4 Richard, Efraín Hugo, *La institución del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades*, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Nº 4, Páides, Rubén-Cultrón, Santa Fe, 1993, pág. 61 y sigs.

agotar la cuestión en estas apretadas cuartillas, aunque pretendamos, tal vez infructuosamente, llegar a la raíz del problema. Pero, eso sí, imaginamos que ello nunca será un vano esfuerzo,

Nadia Zorzi, al comentar en un reciente trabajo la jurisprudencia italiana sobre el "abuso de la personalidad jurídica", considera que la solución propuesta de prescindir de la formalidad de la persona jurídica - sin necesidad de apelar a metáforas como la de descorrer velo alguno - para situarse directamente en la realidad existencial de la misma, es una solución "trazada por la doctrina, sobre todo por quien ha realizado una reflexión crítica de las teorías clásicas y tradicionales relativas a la **subjetividad** de la persona jurídica". De ahí que concluya que "es por lo tanto sobre el concepto de persona jurídica (...) que parece oportuno focalizar brevemente la atención"⁵. No nos dejemos atrapar en la engañosa malla de los conceptos jurídicos abstractos, sin correlato en la realidad.

Si los juristas no intentamos llegar a la raíz de las cuestiones que tratamos para efectuar necesarias comprobaciones, oportunas rectificaciones o, en el mejor de los casos, para planteamos renovadas hipótesis, estaremos girando, ayunos de espíritu crítico, en torno a una maraña de ideas, a menudo complicadas y confusas. O podremos embarcarnos en interminables comentarios de libros sobre libros, sin realizar un modesto esfuerzo personal por inquirir, con la válida contribución de los juristas y con los pobres instrumentos disponibles y a nuestro alcance, sobre los supuestos que sirven de sustento a las instituciones sobre las que investigamos o posamos nuestra atención.

Sólo a través de un viaje al hontanar de las raíces de cada institución cuyo conocimiento abordamos, estaremos en condiciones de confirmar si los fundamentos de los cuales partimos son los correctos o si, por el contrario, debemos cuestionarlos e iniciar una búsqueda cuyo éxito no está garantizado de antemano. No podemos perder de vista que en nuestra inquisición serán mayores las probabilidades de error que las de acierto si tenemos en cuenta nuestras propias limitaciones y el incontrastable hecho que nos enfrentamos a una sólida tradición, avalada por ilustres pensadores que merecen nuestro mayor respeto y a quienes debemos, en alguna medida, el progreso de nuestra cultura jurídica.

La lógica limitación editorial a la que debemos sujetarnos nos impide, como hubiera sido nuestro propósito, comentar el pensamiento de algunos conocidos autores que, como es el caso de Serick o de Verrucoli, entre otros, se han ocupado del tema del "abuso de la personalidad jurídica". Asimismo, nos vemos privados de analizar la más reciente jurisprudencia italiana, alemana o argentina sobre dicho tópico. Ello, sin embargo, no afecta el curso de nuestras reflexiones. No obstante, no deseáramos dejar de mencionar un aspecto conclusivo de la ilustrativa resolución del Tribunal de Ferrara del 7 de marzo de 1994 cuando, refiriéndose al uso indebido de la forma de la persona jurídica, se expresa por los magistrados que "consideramos que la evolución legislativa en materia de sociedad de responsabilidad limitada determina la necesidad de revisar, precisamente, el núcleo patrimonial de la persona jurídica societaria, **también a través de una revisión crítica del concepto mismo de la personalidad jurídica**". En síntesis, y en coincidencia con lo que hemos venido planteando, se propugna una solución de fondo. Es decir, no conformarse con repetir fórmulas consagradas por el uso sino llegar a la raíz del problema.

5 Zorzi, Nadia, *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, en "Contratto e impresa", Bologna, 1994, N° 3, págs. 1067 y ss/76.

6 La sentencia es recogida por Nadia Zorzi en *Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito*, antes citado.

Sólo actuando del modo previsto lograremos superar el "mito" de la persona jurídica que, como sostiene Mosset Iturraspe siguiendo a De Castro y Bravo, tiene su razón de ser "en el valor desmesurado que se le atribuye a la personalidad jurídica"; en las complejidades teóricas; en el cúmulo de exposiciones sobre su naturaleza que llevan a una desesperanza de ver claro y a la convicción del absurdo de las discusiones".

b.- Imprecisión terminológica

Estimamos que la complejidad y las soluciones contradictorias que se advierten en el tratamiento del llamado "abuso de la personalidad jurídica" se deben a varias causas, cada una de las cuales contribuye, en mayor o menor medida, a oscurecer o enfurbiar el manejo de la materia. Aparte de aquella causa referida en el parágrafo anterior, debemos mencionar otra como es la del empleo de una variada y dispar terminología para referirse al tema tratado, así como aquella utilizada para mencionar las consecuencias jurídicas que él genera. Si bien la denominación con que se encabeza este ensayo, "abuso de la personalidad jurídica", es la más difundida en nuestra lengua para centrar el tema que nos ocupa, existen algunas otras expresiones, tomadas a menudo del common law o del derecho alemán, que en poco o en nada facilitan el tratamiento de la materia.

Pero, la misma expresión que hemos utilizado en este trabajo no nos proporciona una idea clara ni una visión precisa del asunto tratado. En realidad, como bien sabemos, no todos los problemas o facetas del asunto que nos preocupa se reducen a un "ejercicio abusivo" de los privilegios "formales" que el ordenamiento jurídico otorga a la "persona jurídica". El empleo del concepto "abuso del derecho" comporta, en sí mismo, un problema, desde que es frecuente confundir "conflicto de derechos" con "ejercicio abusivo de un derecho". Este último concepto, que sería el pertinente en nuestro caso, implica el uso irregular de un derecho subjetivo frente a un interés existencial o derecho natural que no se encuentra recogida en norma expresa del ordenamiento jurídico. Uso irregular que supone un acto ilícito *sui generis*⁷. La casuística que observamos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, desborda el simple hecho de un "ejercicio abusivo" del privilegio de la irresponsabilidad personal conferido por el ordenamiento a los miembros de la persona jurídica.

Pero, además, la expresión "abuso de la personalidad jurídica" no da cuenta cabal del problema, ya que al término "personalidad" no le corresponde ningún substrato y, por lo tanto, es ambigua, razón por la cual se le va descartando, si bien lentamente, del léxico jurídico. Se ha venido utilizando impropriadamente el vocablo "personalidad" como equivalente al de "persona", mientras que en otras ocasiones se le asimila al de "capacidad". Si contamos con las expresiones "persona" y "capacidad", que sí corresponden a una realidad, no encontramos que tenga sentido el empleo del ambivalente e innecesario concepto de "personalidad" - más propio de la psicología - que no hace sino confundir aún más la cuestión.

Se utilizan, además y como es sabido, otras expresiones para dar cuenta del problema tales como *disregard of the legal entity*, desestimación de la personalidad, redhibición de

7 Mosset Iturraspe, Jorge, La persona jurídica. Sus Orígenes, Irresponsabilidad de la personalidad, Flaccuación, Grupos económicos, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N.º 8, (Rafael-Culzoni), Santa Fe, enero-abril 1966, pág. 123.

8 En contra a nuestra posición sobre el asunto ver del autor *Abuso del derecho*, Atrios, Buenos Aires, 1962 y, segunda edición, Grifley, Lima, 1968.

9 El tema nos inquietó desde antiguo. Lo tratamos en la primera edición del nuestro trabajo *La acción jurídica de persona*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1962 y, de reciente, en el trabajo titulado *El histórico problema de la capacidad en "Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectivas"*, Universidad de Lima, Lima, tercera impresión, 1994.

personalidad, inaportabilidad de la personalidad jurídica, descorrimiento del velo. Para Richard ellos "son fórmulas omnicomprensivas del uso abusivo del medio técnico persona jurídica por los controlantes, conforme múltiples manifestaciones, doctrina de los autores, jurisprudenciales o receptadas normativamente que tienden a paliar los efectos dañosos producidos por ese obrar antijurídico, con efectos y fundamentos diversos según el caso o la óptica"¹⁰. Richard añade al respecto que "to disregard the legal entity o to pierce the corporate veil o allonar la personalidad jurídica, son aquí términos de arte -y quizá en alguna medida eufemismos- para expresar la idea sustancial de que, en ciertos supuestos se prescinde de la limitación de responsabilidad que tradicionalmente se conceptúa implícita en una sociedad por acciones"¹¹.

Se nos ocurren sólo tres observaciones tangenciales a lo manifestado en el excelente trabajo de Richard. En primer término, tal vez hubiera sido más elocuente, desde nuestro punto de vista, precisar que "a la persona jurídica le es inherente un medio técnico el cual se puede utilizar indebida o ilícitamente", que la expresión por él empleado en el sentido que se puede hacer "uso abusivo del medio técnico persona jurídica". Consideramos que esta expresión podría dar a entender, como lo pretende el formalismo, que la persona jurídica es, de suyo, única y exclusivamente "un medio técnico", cuando su naturaleza comporta más que eso. De otro lado, el problema no se restringe al "ejercicio abusivo del privilegio" que el ordenamiento concede a la persona jurídica. En segundo lugar, desde antiguo estimamos que no son conceptualmente equivalentes las nociones de "antijuridicidad" e "ilicitud". Lo "jurídico" es omnicomprensivo de toda conducta humana intersubjetiva, sea ella de signo positivo o negativo. Es decir, comprende tanto lo permitido o lícito como lo prohibido o ilícito¹². Finalmente, Richard afirma que los términos empleados, y antes referidos, para precisar el problema que nos ocupa son "quizá en alguna medida eufemismos". Por nuestra parte, eliminaríamos decididamente el "quizá", pues estimamos que ellos no son otra cosa que eufemismos empleados para circunvalar la realidad, para encubirla o enmascararla.

En la jurisprudencia alemana encontramos que la técnica principal de solución de los problemas que acarrea el "abuso de la personalidad jurídica" es la llamada *durchgriffshaftung* o *haftungdurchgriff*.

c.- La persona jurídica como "sujeto del derecho"

Pero, aparte de los problemas de orden terminológico, existen otros, de fondo, que de no ser precisados, no se estará contribuyendo al esclarecimiento del tema. El primero de ellos es, sin duda, el frecuente desconocimiento que se tiene de quién o qué es el "sujeto del derecho". Si no prestamos debida atención a lo que es y significa el **ser humano** para el derecho, poco avanzaremos en cualquier asunto jurídico que debamos tratar. No podemos ignorar la consistencia ontológica del ente que es el centro y el eje del derecho, su creador y destinatario. ¿Cómo regular valiosa y normativamente las conductas de los seres humanos si carecemos de conocimientos sobre su calidad ontológica? y ¿cómo proteger adecuadamente un ente del

10 Richard, Efraín Hugo, *La frustración del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades en "Revista de Derecho Privado y Comunitario"*, *Frustrad*, N° 4, 1993, pág. 85.

11 Richard, Efraín Hugo, *La frustración del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades*, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", N° 4, 1993 pág. 86.

12 Sobre el tema ver del autor *Antijuridicidad del delito, penas privativas de la libertad y teoría del derecho* en "La Ley", Buenos Aires, LX, N° 67, 3 de abril de 1996 y en "Temas", revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres, Lima, 1998. Bajo el título de *Algunas reflexiones sobre la antijuridicidad del delito y las penas privativas de la libertad* se publicó en "Gaceta Jurídica", Lima, septiembre de 1996, pág. 39A; en "Scriven", Instituto de Investigación Jurídico Notarial, Arequipa, año 1, N° 1, 1996; "Nemesis", Trujillo, año 1, N° 1, 1996 y en "Revista del Instituto Peruano de Estudios Forenses", Lima, 1996.

que nada o poco se sabe?¹³. Si seguimos considerando, al igual que Boecio¹⁴ en el siglo VI, que el ser humano es solamente un "ser racional" no llegaremos a conocer la razón de ser del derecho, ni lograremos explicarnos su función. Apelando a los halazgos y aportes que tienen su remota origen en el pensamiento cristiano y que han sido desarrollados por la escuela de la filosofía de la existencia a partir de los años treinta del siglo XX, se considera al ser humano como una unidad psicosomática sustentada en su **ser libertad**. Es recién desde este instante, en el que se nos muestra el núcleo existencial del ser humano, que estamos en condiciones de apreciar en profundidad y con claridad qué es el derecho y cuál el sentido de sus instituciones¹⁵. Como lo expresara Max Scheler¹⁶ "la persona es libre en su más hondo centro" o, como afirmara Zubiri, "es la situación ontológica de quien existe desde el ser"¹⁷.

Si el ser humano, individual o colectivamente considerado, es "sujeto de derecho" es obvio que ninguna "forma" o "formalidad" podrá asumir su ontológica calidad. Lo abstracto no podrá reclamar la categoría de "sujeto de derecho". Si éste es un inmovible supuesto del derecho, la "formalidad" de la persona jurídica es sólo un recurso de técnica jurídica, un medio o elemento meramente instrumental del que se vale el "sujeto de derecho" para lograr algunos específicos objetivos o para, simplemente, desvirtuar la realidad. Por lo tanto, la forma instrumental, que no es fin en sí misma, es descartable si ella entra en contradicción con los valores insitos en la finalidad de las instituciones jurídicas. El jurista, por ello, debe ser cuidadoso en el manejo de estos recursos de técnica jurídica, los que pueden resultar, como de suyo a veces acontece, meros espejismos que conducen a erróneos enfoques de la viviente realidad del derecho. Como acertadamente lo expresa Mosset Iturraspe en un lúcido trabajo, la formalidad instrumental de la persona jurídica puede ser empleada "en armonía con los fines de la institución, o en transgresión del Derecho o en abuso del mismo"¹⁸.

Un caso de acertado y feliz empleo de la formalidad instrumental en el derecho, es el de otorgar a una "organización de personas" el especial y excepcional privilegio que los derechos y deberes contraídos por los seres humanos que la integran se deriven, por mandato de la ley, a "un centro ideal y unitario de referencias normativas" conocido e identificado tan sólo por su "expresión lingüística". Pero nadie, aparte de los formalistas, podrá imaginar que este centro ideal, al que se llega por un proceso de abstracción mental, adquiera, por ello, la calidad de "sujeto de derecho", calidad que, como se admite por la generalidad de la doctrina, está reservada al ser humano. El que se derive a un centro unitario e ideal, la formal y transitoria titularidad de situaciones jurídicas subjetivas no desvirtúa esta realidad, no consigue que la "forma" suplante a la maciza realidad del ser humano, en este caso colectivamente organizado,

13. Para ilustrar la cuestión frente a nuestros alumnos les digo que no se utilizan los mismos medios y precauciones para proteger un vaso de cristal o uno de vidrio, madera o plátano, así como, no se lo mismo proteger al ser humano que a una vaca. La consistencia ontológica del ente a proteger no se puede nunca perder de vista y cuanto más sabemos sobre ella estaremos en mejores condiciones para su debida protección.

14. Anicio Severino Boecio, antecesor en línea de pensamiento de Santo Tomás de Aquino, formuló una definición de persona que trascendió durante toda la Edad Media y que se proyecta hasta nuestros días. Para este pensador la persona es "una substancia indivisa de naturaleza racional". (*De duobus naturis in una persona Christi*, cap. 3).

15. Ver del autor *El derecho como libertad*, Universidad de Lima, Lima, segunda edición, 1994 y *Derecho y persona*, Grifey, primera edición, Lima, 1998.

16. Para Scheler la persona es "el centro del espíritu", el que supone "independencia, libertad o autonomía esencial" o del centro de su existencia frente a los otros y a la presión de los órganos, de la vida, de todo lo que pertenece a la vida y, por ende, también de su inteligencia impulsiva propia de ésta". Ver Scheler, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, Losada, Buenos Aires, 1943, pág. 131.

17. Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Edt. Pòiesis, Buenos Aires, 1948, pág. 366.

18. Mosset Iturraspe, Jorge, *La persona jurídica. Sus límites. Inconformidad de la personalidad*. Párrafo III. Grupos económicos en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Hildesheim, N° 2, 1995, pág. 122.

como el único sujeto de derecho. No olvidemos que el derecho, como resultado de una exigencia existencial para convivir en sociedad, tiene al ser humano como su creador y destinatario. El derecho es sólo relación entre seres humanos.

La concepción ideal y formalista de la persona jurídica no reconoce un ente que esté presente en la realidad. El concepto formal de persona jurídica no tiene un correlato en la vida humana social. Por ello, para identificarla o conocerla se recurre a una expresión lingüística. Esta verificación ha hecho que algunos autores sostengan que la verdadera naturaleza de la persona jurídica es una de carácter lingüístico¹⁹. Otros autores, al comprobar que no existe un ente que corresponda a las palabras de "persona jurídica", la reducen tan sólo a determinar cuáles sean "las condiciones de uso de este concepto"²⁰.

d.- Persona jurídica y derecho

Constituye también premisa indispensable para llegar a una homogénea y pacífica solución del problema que nos ocupa, el saber en qué consiste "el derecho" para, luego, formular la misma pregunta en torno a la noción de "persona jurídica". Si estos supuestos básicos no se esclarecen al iniciar una espinosa indagación jurídica, será difícil, por no decir imposible, lograr el coherente desarrollo del discurso jurídico, cualquiera que sea la materia a la que él se refiera y, mucho menos, una solución generalmente aceptada. No es posible en estas páginas afrontar tan arduas cuestiones pero, tal vez, sea oportuno plantear de manera abreviada que, desde nuestra personal perspectiva, el derecho resulta ser la interacción **dinámica** de vida humana, valores y normas jurídicas. De donde se deduce que ninguna de estas tres objetos es, de suyo, derecho, como que también, simultáneamente, no es dable prescindir de ninguno de ellos si se pretende aprehenderlo en su verdadera dimensión²¹.

Si partimos de una concepción tridimensional del derecho, como la enunciada, no deberíamos tener dificultad alguna para aplicarla a todas o a cualquiera de las instituciones jurídicas, como es el caso, en particular, de la "persona jurídica". Ésta vendría a ser, de acuerdo a dicha concepción, una "organización de personas que persigue fines valiosos, regulada por normas jurídicas y que, por un recurso de técnica jurídica -que supone un proceso de abstracción mental- se reduce **formal e instrumentalmente** a un centro unitario de referencias normativas, para el **sólo efecto** de atribuir a este centro situaciones jurídicas, tales como derechos y deberes". Este formal proceso reductivo no niega ni elimina lo que subsiste, tercamente, en la realidad: la organización de personas realizando fines valiosos regulada por normas jurídicas. Más que una definición hemos intentado describir, con las limitaciones y riesgos del caso, lo que viene a ser la persona jurídica desde un enfoque tridimensional de la institución²². Se trata pues, de una **descripción** de lo que es la persona jurídica en su integral y unitaria estructura. Es decir, tal como ella se nos presenta en la experiencia²³.

19. Ésta es la concepción de D'Alexandre, Floriano. Ver del autor *Persona jurídica e análise do linguagguo*, en "Studi in onore di Tullio Azzone", pág. 83 y *Faccetti* *Introduzione in tema di consuetudine*, en "Rivista de Diritto Commerciale", I, Roma, 1967.

20. Scapellì, Uberto. *Contributo alla semantica del linguagguo normativo*, Torino, 1969, pág. 115.

21. Lo dicho constituye, en síntesis, la afirmación central de la teoría tridimensional del derecho.

22. Sobre el asunto, ver del autor *Visión tridimensional de la persona jurídica*, separata de los "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1995, y en la *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, vol. 56, Nº 3, julio-septiembre 1995. En el Perú se ha publicado en "Revista Jurídica del Perú", Editores Normas Legales S.A., Trujillo, año XLV, Nº 4, octubre-diciembre 1995 y en "Tercer dictio", Lima, 1997. Existe traducción al italiano: *Concezione tridimensionale della persona jurídica* en "Rassegna di Diritto Civile", Napoli, No 3, 1996.

23. En el actual proceso de revisión del Código civil peruano de 1984 propusimos a la Comisión de Reforma la siguiente redacción para el artículo 78º que se refiere a la naturaleza de la persona jurídica: "Art. 78.- Por la inscripción en el registro respectivo, una organización de personas adquiere la calidad de persona jurídica, constituyéndose un centro unitario formal para la atribución de derechos y deberes, por lo que ninguno de sus miembros ni todos ellos tienen derecho a su patrimonio ni están obligados a satisfacer sus obligaciones". Sobre el tema ver del autor *La realidad del artículo 78º del Código civil* en "Gaceta Jurídica", Lima, Nº 51, febrero 1998, pág. 37-A y sgts.

e.- Persona jurídica y vida humana

Debemos incidir en una cuestión preterida por el formalismo jurídico que incide, notoriamente, en la concepción de la persona jurídica. Cuando referimos que el derecho es la interacción dinámica de vida humana social, valores y normas jurídicas, cabe precisar que si bien para la formulación del concepto de "derecho" no puede faltar ninguno de dichos objetos, es también cierto que el elemento primario es la vida humana social.

El derecho surge, primariamente, en la vida humana social desde que es una exigencia del ser humano que se fundamenta en su dimensión coexistencial, es decir, en su natural necesidad de convivencia social. No es posible convivir sin que existan normas reguladoras de las conductas humanas intersubjetivas. El derecho, por ello, está en la vida humana y todo lo que está en ella y se relaciona intersubjetivamente es contenido substancial de "lo jurídico". Nada de lo que aparece en el derecho puede ser, por consiguiente, extraño a la vida humana. No hay derecho sin que exista relación humana intersubjetiva²⁴.

Lo expresado en el párrafo anterior hace más evidente que no podemos prescindir de la vida humana cuando tratamos cualquier institución jurídica, por lo que mal haríamos creando instituciones puramente formales, sin su correlato en la realidad vivencial, es decir, fabricar una especie de instituciones fantasmas, puramente espectrales. Mal podemos, por consiguiente, reducir la persona jurídica a un simple recurso técnico, a un elemento instrumental, a una pura "formalidad, aunque éste sea el elemento indispensable y determinante para su surgimiento como institución jurídica. Pero, ser determinante no significa que sea el único elemento que conforma la "naturalidad" de la persona jurídica. La formalidad es simplemente un "agregado" que permite derivar las situaciones jurídicas originadas por la "organización de personas" a un centro ideal y unitario de referencias normativas. La organización de personas, generadora en la realidad de la vida de dichas situaciones jurídicas, sigue en pie, incólume. Ella no se esfuma, ni desaparece, ni se subordina frente al mero instrumento formal.

Como expresa Ascarelli, con el término de persona jurídica se indica brevemente una disciplina normativa que no tiene como correlato a un sujeto distinto del hombre sino que ella siempre se refiere a relaciones entre hombres²⁵.

f.- Amplitud conceptual de "abuso de la personalidad jurídica"

Otro problema que encontramos en cuanto al tema que venimos tratando, es la mayor o menor extensión conceptual que se otorga a la noción de "abuso de la personalidad jurídica". En otros términos, los problemas creados por el uso indebido o ilícito de la formalidad de la persona jurídica ¿son, en verdad, sólo un asunto atinente al "ejercicio abusivo de los privilegios" de que está dotada la persona jurídica de conformidad con los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales? O, más bien, como creemos, dicha noción tiene en la práctica jurisprudencial y en la doctrina un contenido más amplio pues se comprenderían dentro de sus linderos conceptuales no sólo el referido al ejercicio abusivo de sus privilegios sino también otros diversos actos como los que añaden al fraude a la ley o, en general, al uso indebido de la formalidad de la persona jurídica en diversas otras actividades contrarias al orden público, en

24. Por eso, a manera de ejemplo, podemos decir en el aula que si Cain no mata a Abel no hay derecho. Recién, después que se presenta una interacción de conductas humanas es posible valorarlas pero luego regularlas normativamente.

25. Ascarelli, Tullio, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1955, pág. 271.

conductas que desvirtúan ilícitamente su función en agravio de tercero, no exentas de dolo o culpa.

Así, en cuanto a lo expresado en el párrafo anterior, nos preguntamos ¿si acaso no caería dentro de los alcances de la genérica noción de "abuso de la formalidad jurídica" el utilizar, por ejemplo, la forma de la persona jurídica de la asociación para fines contrarios a su función, lindante con lo delictivo?

Para no alargar el elenco de los problemas advertidos por la doctrina y la jurisprudencia comparada al tratar del uso indebido del aspecto formal de la persona jurídica, debemos señalar que el asunto ha sido casi exclusivamente enfocado desde la vertiente del derecho mercantil, refiriéndolo a la persona jurídica "sociedad", descuidando el tratamiento del problema en lo que concierne a las otras personas jurídicas sin fines de lucro. Ello es explicable si se tiene en cuenta que las dificultades se presentan en número mucho mayor en el ámbito societario.

g- Persona jurídica y "organización de personas no inscrita"

Finalmente, desde nuestra óptica, el mal llamado "abuso de la personalidad jurídica" equivale, como de alguna manera lo hemos adelantado, a lo que entendemos como la **indebida utilización**, de parte de algunos o de todos los miembros o de parte de los controlantes, de la **forma** (o formalidad) que a la persona jurídica, en cuanto organización de personas que persigue fines valiosos, le otorga el ordenamiento jurídico por el sólo hecho de su inscripción en el registro respectivo. Es decir, nos referimos al **privilegio** meramente formal de considerarla, sólo para el efecto de la imputación de derechos y deberes, como un centro ideal y unitario de referencias normativas²⁶.

Es precisamente dicho **privilegio formal** el que distingue al sujeto de derecho llamado "persona jurídica" de aquel otro sujeto derecho que solemos conocer, bajo diversos nombres y desde hace muchos siglos²⁷, como "organización de personas no inscrita"²⁸. En ambos casos, en ambos sujetos de derecho, hallamos una misma estructura consistente en una pluralidad organizada de personas que, a través de una actividad común, realiza finalidades valiosas regulada por normas jurídicas. La distinción entre uno y otro sujeto de derecho es puramente formal y reside, como está dicho, en el especial privilegio formal que el ordenamiento jurídico otorga a la "persona jurídica". Este privilegio se obtiene mediante la reducción a la unidad ideal de lo que en la realidad se constituye como una pluralidad existencial. Esta formal reducción se realiza, como se ha apuntado, a través de un proceso de abstracción mental.

Los sucintamente expuestos son, a nuestro entender, algunos de los problemas que previamente debemos esclarecer al abordar la cuestión que nos embarga. Sólo así, premunidos de un coherente bagaje o instrumental teórico de base, con su correspondiente correlato en la realidad, es dable encontrar una solución no eufemística al problema del llamado "abuso de

26. Francisco Dalgarno, al referirse a la persona jurídica, afirma que "se asiste, en suma, a la concesión legislativa de un privilegio, -en el sentido de excepción del derecho común- que a este término atribuyen los juristas anglosajones: excepción, en nuestro caso, del principio de la limitada responsabilidad patrimonial. Ver del autor *Personae giuridiche*, Zanichelli, Bologna, 1988, pág. 48. Sobre el mencionado "privilegio" se puede consultar a Pietro Rescigno en *Amministrato e privilegio*, en "Rivista di Diritto Civile", 1961, I, pág. 442.

27. Así, en el pasado se aludía a la *universitas personarum* o a las *collegia*, para referirse a lo que en la actualidad designamos como "organización de personas no inscrita".

28. Se considera como "organización de personas" a aquel grupo humano que acuerda realizar determinadas, fines valiosos para lo cual asigna a sus miembros ciertas específicas funciones.

la personalidad jurídica" evitando, de este modo, acrecentar la incertidumbre todavía reinante en la materia.

3.- La crisis del concepto tradicional de "persona jurídica"

La tradicional y dominante concepción exclusivamente formalista de la "persona jurídica" entró en crisis cuando algunos juristas, aguijoneados por los requerimientos y urgencias de la realidad, toman conciencia de su manifiesta insuficiencia para explicar en qué consistía, realmente, el fenómeno de la persona jurídica en su compleja realidad y riqueza de matices. Se empezó a comprender que era imposible llegar a la aprehensión global y completa de dicho fenómeno jurídico mediante una limitada unidimensional visión formalista, dentro de la cual la persona jurídica se reducía a ser sólo y exclusivamente un ente "ideal", un mero concepto vacío de contenido, desligado de la realidad. Es decir, se reducía la persona jurídica a su función operativa e instrumental en cuanto centro ideal y unitario de referencias normativas. Es así que se perdió de vista lo sustancial de la persona jurídica, bajo la explicable fascinación del halazgo pandectista de su reducción formal a una unidad ideal. Lo expuesto lleva a Mosset Iturraspe a decir que "nos parece muy claro que la persona jurídica, particularmente la del Derecho Privado, (...) luego de haber sufrido toda clase de teorizaciones, ha terminado por ser analizada, lisa y llanamente, como instrumento jurídico...".²⁹ Pero, los "instrumentos jurídicos" no generan derechos ni contraen obligaciones.

La insuficiencia de la concepción formalista para una cabal comprensión de la persona jurídica no solamente originó una explicable especulación teórica referida a su naturaleza sino que los problemas generados por diversas irregularidades cometidas por sus miembros mediante el indebido uso de su mera forma, obligó también a un replanteamiento de la cuestión a nivel dogmático. Frente a las irregularidades antes mencionadas, protegidas por la rígida e impenetrable formalidad de la persona jurídica (un "velo" o espesa "cortina", según un sector de la doctrina), se escucharon algunas pocas pero autorizadas voces que pretendían plantear el problema desde su raíz, sin necesidad de acudir a rodeos teóricos, al empleo de ficciones, eufemismos o metáforas que no conciden con la experiencia jurídica. Entre dichas voces podemos citar la muy autorizada del comercialista Tulio Ascarelli, recogida en nuestra lengua por Puig Brutau y por muchos otros juristas. El profesor italiano, al asumir la problemática que ocasionaba la reducción de la persona jurídica a una mera formalidad expresó, directamente, que lo que procedía era ir al fondo de la cuestión, a sea, "someter a revisión la doctrina de la personalidad jurídica"³⁰. Es decir, proponía lo lógico y deseable que era empezar por el principio. Ascarelli reconocía, así, que el problema que nos ocupa se presentaba por lo a todas luces insuficiencia de la dominante concepción formalista del derecho y, por consiguiente, de la persona jurídica. Pretendía, por consiguiente, replantear la cuestión relativa a la "naturaleza" de la persona jurídica sin dejarse llevar por la tradición pandectística.

Los primeros intentos por penetrar en la realidad misma de la persona jurídica, que se expresaba en sus dimensiones existencial y axiológica -desterradas por el formalismo- se produjeron cuando, en ciertos casos dados en la cotidianidad de la vida, los juristas se percatan que tras la "forma" de la persona jurídica, eran los seres humanos los que actuaban desvirtuando,

29. Mosset Iturraspe, Jorge, *La persona jurídica. Sus límites, inoperatividad de la personalidad*. Penetración: Grupos económicos, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Natalidad, Nº 9, 1995, pág. 122.

30. La expresión de Ascarelli es recogida por Puig Brutau, traductor y comentarista del libro de Rod Serck *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, la que también es citada en italiano que versan sobre el asunto de Jorge Mosset Iturraspe y Elio Hugo Richard, entre otros.

de algún modo indebido, la propia, valiosa y lícita finalidad "instrumental" de la persona jurídica. Se hace así patente cómo ciertos directivos o miembros, o controlantes, amparados por la formalidad de la persona jurídica, se aprovechaban de modo ilícito de su "forma" instrumental en su propio beneficio o en el de terceros, desvirtuando la finalidad de la persona jurídica en agravio de sus demás miembros o de terceros ajenos a ella. La mayoría de estos casos se presentaron, como está dicho, en las sociedades, sobre todo en las anónimas o por acciones, en las cuales se utilizó impropia y abusivamente de la limitación de la responsabilidad de los miembros de la persona jurídica para cometer actos ilícitos mediante diversas modalidades. El intento por superar estas actividades irregulares dio lugar a la formulación de la famosa teoría que se expresa en la metáfora del "levantamiento del velo" o de la más difundida del "abuso de la personalidad jurídica"³¹.

El problema que se trató de resolver a través de la formulación de las indicadas teorías era el de cómo "penetrar", en la práctica, en la realidad misma de la persona jurídica no obstante que, para ellos, la persona jurídica se reducía a una pura "forma". Esta penetración se presentaba como indispensable para corregir y sancionar las irregularidades en ella producidas. Para resolver este problema, para superar la aparente contradicción a la que conducía la concepción formalista, se imaginó, metafóricamente y eufemísticamente, que debería poder descorrerse el "velo" que encubría, que ocultaba la realidad de la persona jurídica. Este "velo", que desempeñaba la función de formal manto protector de los seres humanos que la integraban, impedía el que se pudiera responsabilizar a los directivos o miembros de dicho sujeto de derecho por los actos ilícitos que desvirtuaban la finalidad valiosa y la específica función de la persona jurídica.

Desde otra vertiente, hay que remarcar que el concepto mismo de persona jurídica entra en crisis cuando se le replantea de raíz, a partir de una concepción tridimensional del derecho,

4.- Superación de la concepción formalista de la "persona jurídica"

El invento pandectista fue imaginado, como bien lo sabemos, para facilitar y hacer más operativa y fluida la vida negocial. Las situaciones jurídicas subjetivas, a través de un recurso de técnica jurídica, como se ha remarcado, no se atribuyen a todos y cada uno de los integrantes del grupo humano, sino a un centro unitario e ideal de referencias normativas, lo que limita la responsabilidad de los miembros de la persona jurídica. Éste es su único valor instrumental. El responsable será siempre aquel "fantasma" inasible llamado "persona jurídica", inubicable en el espacio como lo son los objetos que participan de esta particular consistencia ontológica. Ello es inobjetable si se actúa dentro de la ley, sin transgredir la finalidad y la función por la cual el ordenamiento jurídico concede este privilegio formal a la persona jurídica. Es tan sólo, por ello, un agregado formal determinante de la persona jurídica, pero que no agota su naturaleza.

Como la experiencia nos lo muestra, el instrumental invento de los pandectistas alemanes no puede sustituir a la realidad de la vida, que es también la realidad del derecho. El recurso instrumental permite que lo que **substancialmente** será siempre una organización de seres humanos actuantes realizando valores a través de una actividad común regulada por normas jurídicas, no asuma directamente, en cabeza propia, como cualquier sujeto de derecho colectivo, las situaciones jurídicas subjetivas que generan sus miembros en el mundo social.

Cualquier "organización de personas" que persigue fines valiosos y está regulada por el

31 Nuestra posición sobre el agrigado del llamado "abuso del derecho" está contenida, como está dicho, en nuestra obra *Abuso del derecho*, Aznar, Buenos Aires, 1992 y segunda edición, Glyck, Lima, 1998.

ordenamiento jurídico es un "sujeto de derecho"³². Lo que hasta hace poco era una organización "de hecho", ignorada por el aparato formal del derecho, no obstante que actuaba en la vida social, que contraía obligaciones y adquiría derechos, es hoy, al haberse impuesto la realidad de la vida sobre la concepción formalista, una organización normativamente "regulada" por el derecho. Entonces, frente a esta nueva realidad la pregunta por absolver es ¿cómo una "organización de personas", que es un sujeto de derecho, se convierte en ese otro sujeto de derecho llamado persona jurídica? La respuesta es de todos conocida. Para que esa "organización de personas" logre **convertirse** en otro sujeto de derecho denominada "persona jurídica", debe apelar a la formalidad del invento pandectista. Esta conversión, sin embargo y como lo reiteramos, no altera su calidad ontológica sino su operatividad jurídica.

Para realizar dicha conversión, que opera tan sólo en el ámbito formal, se requiere de otra formalidad como es la de la inscripción de la organización de personas en un específico registro público o del reconocimiento administrativo, o de ambos requisitos. La inscripción opera como la varita mágica que hace posible que, en un instante del tiempo, los derechos y deberes contraídos por la "organización de personas" no se imputen a todos y cada uno de sus miembros, o a la colectividad en su conjunto, sino a un centro unitario e ideal de referencias normativas creado sólo para este efecto.

Tanto en la "organización de personas" no inscrita como en aquella inscrita, encontramos substancialmente la misma entidad. Es decir, una pluralidad de seres humanos -dimensión existencial- que a través de una actividad común persigue fines valiosos -dimensión axiológica- y está regulada por normas -dimensión formal-. La diferencia reside, tan sólo, en que en la organización de personas inscritas -persona jurídica- las situaciones jurídicas subjetivas se derivan formalmente a un centro unitario ideal para limitar la responsabilidad de sus miembros. Privilegio que otorga, limita o suprime el ordenamiento jurídico positivo.

Una importante corriente doctrinaria y cierta jurisprudencia de vanguardia han tomado conciencia de lo que significa la persona jurídica. Es así que se va superando, aunque con explicable lentitud, su concepción formalista. Y, con ella, se disipa el mito de la sacralidad de "la forma" de la persona jurídica, la misma que se redimensiona para ser considerada como un prescindible recurso de técnica jurídica. De donde, se concluye, que no existe ningún problema para "penetrar" en la persona jurídica. La tenemos ante nosotros, a través de la actividad valiosa o disvaliosa de sus miembros. Corresponde al aparato normativo encontrar la fórmula, simple y directa, de carácter formal para evitar y sancionar esta segunda hipótesis.

5.- El "abuso de la personalidad" en el Código civil peruano

Dentro de un contexto realista, en el artículo 78º del Código civil peruano de 1984 se describe y prescribe que: "La persona jurídica tiene existencia **distinta** de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas". En la redacción de este artículo se sintetiza, con precisión, en qué consiste, para la concepción formalista, este fenómeno jurídico que conocemos con la expresión de "persona jurídica". Se trata, como se advierte, de un ente "distinto" - no se explica de qué naturaleza -, que es independiente de los seres humanos que la integran los que, por consiguiente, no tienen ninguna responsabilidad como propietarios del patrimonio de la misma ni son responsables de

³² La situación de sujeto de derecho de "las organizaciones de personas no inscritas" está reconocida y ampliamente regulada por el Código civil peruano de 1984.

sus obligaciones. Esta existencia "distinta" no puede ser otra que una de naturaleza formal, puramente conceptual, inexistente en el espacio donde se vive la vida, es decir, en la experiencia donde se producen los fenómenos jurídicos.

En el lapso que duró la redacción del Código civil de 1984 nos opusimos a la fórmula contenida en el mencionado artículo 78°, sugiriendo que la persona jurídica no podía ser "distinta" de sus miembros ni podía ignorarse sus finalidades valiosas. Opinamos, en dicha oportunidad, que la reducción de la pluralidad de personas integrantes de la persona jurídica a una unidad ideal, constituida por un centro de referencias normativas, tenía tan sólo el sentido formal de establecer que los derechos y deberes contraídos por los miembros de ella no fueran imputados a alguno de ellos en particular ni a todos los miembros de la persona jurídica, sino tan sólo a ese instrumental centro unitario ideal que se identificaba a través de una expresión lingüística³³. Se trataba tan sólo de un recurso de técnica jurídica para facilitar la vida comercial, pero que no daba cuenta de la naturaleza compleja de la persona jurídica. De ahí que propusiéramos a la Comisión Reformadora agregar la expresión "formal" para calificar el tipo de existencia a la que se refería el numeral 78°, antes glosado, dejando a salvo los elementos substanciales de la persona jurídica. No logramos, en dicha oportunidad, nuestro propósito. La tradición y el poder convincente de la fórmula pandectística no lo permitieron.

Debemos, no obstante lo expresado, interpretar sistemáticamente el artículo 78°, antes citado, dentro del contexto del articulado referido a la regulación de las diferentes personas jurídicas reconocidas por el Código, en el sentido que la supuesta distinción entre la "persona jurídica" y sus miembros se produce sólo a nivel puramente **formal**, con el objeto de permitir, a través de un proceso de abstracción mental, reducir una pluralidad de seres humanos, realmente actuantes según fines valiosos en la persona jurídica, a un centro ideal y unitario de referencias normativas, lo que permite, como se ha apuntado, imputar derechos y deberes a ese centro ideal en vez de atribuirlos a alguna o a todos los integrantes de la persona jurídica. Esta posición fue sostenida por nosotros y consta en la Exposición de Motivos del Código civil peruano de 1984 que, en lo que atañe al Libro Primero sobre el Derecho de las Personas, fuera publicada independientemente en un libro titulado *Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código civil peruano*³⁴.

En efecto, cuando el Código civil peruano se refiere a la asociación en el artículo 80° la describe, en primer término, "como una organización de personas". Es decir, alude a la realidad de la vida cuando se observa que para que exista una asociación se requiere, primaria y básicamente, de una pluralidad de personas naturales o jurídicas. Es decir, se alude a la dimensión sociológica-existencial de la persona jurídica. Sin este elemento sería absurdo cualquier referencia a la asociación. El numeral 80° describe, como segundo elemento de la asociación, a la actividad común de sus miembros persiguiendo "un fin no lucrativo". Fin que encierra en sí misma una valoración. Los fines admitidos por el derecho son, de suyo, valiosos³⁵.

En el numeral 99° del citado Código civil se describe a la fundación también como una

33 El derecho, sin embargo, no puede tampoco reducirse a su expresión lingüística. Como sostiene Perlingieri, "el discurso del jurista no es un discurso sobre palabras o grupos de palabras; el hecho, no la palabra, es el objeto de la ciencia jurídica", hecho que no es otro que la conducta humana intersubjetiva. Ver Perlingieri, *Prato, il diritto civile nella prospettiva costituzionale*, ESI, Napoli, 1984, pág. 37.

34 Fernández Bressano, Carlos, *Derecho de las personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código civil peruano*, Editorial Ghiesley, Lima, séptima edición, reimpronta 1993.

35 El siguiente es el texto del artículo 80°: "La asociación es la organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo".

"organización" de personas, que es la que administra el patrimonio fundacional para la "realización de objetivos" valiosos, como son los "de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social"³⁶. Es decir, el Código nuevamente hace mención a los dos elementos primordiales de la fundación como son los seres humanos que la integran y los valores que realizan en su actividad. En el mismo sentido, el artículo 111° del Código civil describe al comité como "la organización de personas" que, a través de una recaudación pública de aportes, destina éstos a "una finalidad altruista". Nuevamente se alude a los elementos existencial y axiológico³⁷.

La aparente contradicción entre la regla del artículo 78°, de una parte, y de los artículos 80°, 99°, 111° y 134° del Código civil peruano, de la otra, no hace sino denotar la incertidumbre que aún existía en cuanto a la concepción de la persona jurídica a la altura de la década de los años ochenta. Incertidumbre que parece haber desaparecido, al menos en cierta medida, en los finales de este siglo XX.

Como se advierte, el Código civil peruano, al responder a una concepción tridimensional del derecho, cuando describe cada una de las categorías de personas jurídicas por él reguladas hace invariable referencia, en todos y en cada uno de los casos, a la presencia de dos de los tres elementos constitutivos del derecho -y, por tanto, de cualquier institución jurídica- como son una pluralidad de seres humanos y un conjunto de valores por ellos realizados a través de su actividad asociativa. El elemento formal está constituido por las propias normas que reconocen y regulan dichas cuatro categorías de personas jurídicas, prescribiendo normativamente su comportamiento y, en especial, por el elemento referido en el artículo 78°, antes citado, que describe a las personas jurídicas, a diferencia de las organizaciones de personas no inscrita -que también están constituidas por las tres dimensiones antes señaladas-, como "distintas" de sus miembros. Esta distinción, como insistimos, es puramente formal ya que, a través de un proceso de abstracción mental, se reduce a una unidad ideal lo que, en la realidad, seguirá siendo siempre una pluralidad de seres humanos actuantes, persiguiendo la realización de valores mediante una acción común. Así como el "bosque" seguirá siendo, siempre, una pluralidad de árboles.

La concepción tridimensional recogida por el Código civil peruano permite, sin necesidad de descorrer ningún velo ni de penetrar a través de forma alguna, enfrentarse directamente con la dimensión existencial de la persona jurídica para corregir y sancionar cualquier uso indebido y distorsionante de la finalidad de la persona jurídica. Ello, sin necesidad de norma expresa que regule la situación específica del llamado "abuso de la personalidad jurídica".

4.- Situación actual del problema

El denominado "abuso de la personalidad jurídica", tal como se aprecia en la actualidad, acarrea como consecuencia el tener que dejar de lado la disciplina **especial** que rige a la "organización de personas" designada como "persona jurídica" fuera de las situaciones objetivas **que justifican su aplicación**. Es decir, abandonando la excepción de las normas del derecho común más allá de los casos o de los límites dentro de los cuales el legislador ha previsto y

36 El siguiente es el texto del artículo 89°: "La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la selección de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural y otros de fines análogos".

37 El siguiente es el texto del artículo 111°: "El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambos, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista".

querido mantenerla. De ahí que la represión del genérico e indebidamente denominado "abuso de la personalidad jurídica" comporta, contrariamente y en términos generales, la inaplicabilidad del mencionado régimen especial - que genera la persona jurídica - y el consiguiente retorno al derecho común cada vez que se desconozcan los presupuestos que justifican las razones del privilegio formal concedido por el aparato normativo³⁸. Esta técnica de solución de los problemas creados por el llamado "abuso de la personalidad jurídica", gestada dentro de la óptica puesta en circulación por Francesco Galgano, ha sido acogida por la jurisprudencia italiana a partir de los años ochenta. Ella ha gravitado en la jurisprudencia comparada.

La evolución de la codificación civil peruana, bajo la inspiración de la doctrina que se concreta en los proyectos para su perfeccionamiento que se hallan actualmente en revisión, son ilustrativos para conocer cuál es la tendencia que percibimos en la actualidad en lo que atañe a la solución del problema que nos ocupa. Hemos enfatizado en que la concepción tridimensional de la persona jurídica supera el problema planteado, a pesar que no existe en el Código civil de 1984 norma expresa reguladora de la situación designada como "abuso de la personalidad jurídica".

A pesar de lo dicho, los miembros de la Comisión Reforma del Código civil en actual funcionamiento han considerado conveniente, en atención a la realidad jurisprudencial, proyectar una norma que contemple el llamado "abuso de la personalidad jurídica". Es así que se puso en debate una fórmula normativa, que fuera redactada por un grupo de profesores, de diversas universidades y de distintas generaciones, que se reunieron, bajo la convocatoria del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (1992-1994), para el efecto de proponer un proyecto de enmiendas al Código civil de 1984 con el propósito de perfeccionarlo y actualizarlo, sin desvirtuar lo más valioso que él contiene: su inspiración humanista³⁹.

"Art. El Juez, en caso de uso indebido de la forma de la persona jurídica o de fraude a la ley, puede responsabilizar directamente a los miembros, directores y administradores de la persona jurídica, sin perjuicio de las demás acciones a que hubiere lugar".

Como se advierte, se prefirió utilizar una fórmula amplia a través de la genérica expresión de "uso indebido de la forma de la persona jurídica", a fin de que dentro de ella queden comprendidas todas las situaciones en las cuales se distorsiona la finalidad de la persona jurídica o se le utiliza para actuar contra el orden público o las buenas costumbres. Esta amplia formulación incluye todas las expresiones de uso ilícito de la forma de la persona jurídica que desvirtúe su finalidad. No obstante, se hace expresa mención del fraude a la ley, dada sus especiales características. Corresponderá al juez, en cada caso y con la ayuda de la doctrina y la jurisprudencia comparada, apreciar si se ha producido o no un uso indebido de la formalidad de la persona jurídica y corregir la anomalía producida y sancionar a los directamente responsables. La proyectada norma deja a salvo, como es natural, las demás acciones que pudieren interponer los agraviados, sean ellos miembros de la persona jurídica o extraños a ella, o el Ministerio Público.

38. Zoro, Nadia, comentando el pensamiento de Francesco Galgano, en "Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito", pág. 1074.

39. El grupo de profesores en referencia, coordinados por quien está escribiendo, estuvo integrado por Javier de Bileardo López de Romaña, Carlos Enrique Becerra Palomino, Carlos Cárdenas Quirós, Víctor Guerrero Pozo, Juan Morales Godo, Yuri Vega Meré, Juan Espinosa Espinoza, Alberto Luján Lazo, Enrique Vard Rospaglica, Walter Rivera Wilchez, habiendo actuado como Secretario Laura Pantouzi Riveros.

Estimamos que con la fórmula comprensiva que se proyectó se intentaba también superar cierto léxico que se nos ocurre impreciso y que se aplica en el caso propuesto, como el de "inoponibilidad" o el de "desestimación" de la persona jurídica. En cuanto a la inoponibilidad, término utilizado por el artículo 54 de la Ley de Sociedades argentina de 1983, se le suele considerar como un supuesto de "ineficacia relativa". Con este concepto se debería entender que el "negocio creador de la persona jurídica produce efectos entre los miembros, socios o integrantes, pero no frente a ciertos terceros"⁴⁰ o, en otros términos, que la "personalidad" jurídica no se tendrá en cuenta para determinados efectos. En lo que atañe a la expresión "desestimación", con ella se entiende, en sentido estricto, "el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes"⁴¹.

Consideramos, desde nuestro punto de vista, que deberían evitarse términos, como los anteriormente citados, cuya significación suponga un "rodeo conceptual", un cierto eufemismo, un significar algo distinto a lo querido, lo que contribuiría a enturbiar la aprehensión del problema. Optamos, por ello, en aquella oportunidad por una expresión que trasuntase, clara y directamente, la facultad de que está premunido el juez de "responsabilizar directamente" a los miembros de la persona jurídica por los actos que, practicados en nombre de la persona jurídica, distorsionan su finalidad. Dicha responsabilidad directa por los actos imputables a los miembros o controlantes de la persona jurídica supone todo aquello que se pretende expresar a través de los conceptos de "inoponibilidad" o de "desestimación" de la persona jurídica. Se trataba de realizar un esfuerzo por simplificar y uniformizar el lenguaje jurídico, el mismo que en no pocas ocasiones resulta ser, en cierta medida, el culpable del desentendimiento entre los autores o de cierta innecesaria frondosidad expositiva.

En lo que concierne a las consecuencias del uso indebido de la personalidad jurídica preferimos referirnos a la invalidez de tales actos, la misma que devendrá en nulidad o en anulabilidad de los actos jurídicos practicados, según sea el caso⁴². De otro lado, en ciertas situaciones el juez actuará, en correspondencia con lo expresado, en relación con los actos de algunos miembros de la persona jurídica sin que ello afecte la existencia de la misma, mientras que en otras, dada la magnitud de los efectos producidos y de la implicancia en ellos de todos sus miembros, el juez decida por la disolución de la persona jurídica. En esta última hipótesis se comprendería el caso, por ejemplo, en el cual todos los miembros de una asociación o de una sociedad empleen indebidamente su formalidad para delinquir.

La fórmula a la cual nos hemos referido fue asumida por la Sub Comisión de la Comisión de Reforma designada para proponer el texto de las enmiendas que deberían ser debatidos en el seno de la Comisión⁴³.

La Comisión de Reforma, después de un amplio intercambio de ideas, prefirió incluir el tema del denominado "abuso de la personalidad jurídica" como un tercer párrafo dentro del texto

40. Moscoso Irujo, Jorge, *La persona jurídica: Sus límites. Inoponibilidad de la personalidad jurídica*, Pareceres, Grupos económicos, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 9, 1993, pág. 127.

41. Richard, Émile-Hugé, *La insubordinación del sistema jurídico por uso abusivo de sociedades*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 4, 1993, pág. 88.

42. Reservamos la expresión "eficacia" para describir el comportamiento de los seres humanos destinatarios de las normas jurídicas. Es decir, si ellos actúan a la luz del sentido de sus conductas las disposiciones normativas o al, por el contrario, las desvirtúan, produciéndose la "desvirtuación".

43. La Sub-Comisión estuvo integrada por quien esta escribe y por el doctor Carlos Cárdenas Quiroga.

del artículo 78º que se contrae a definir la naturaleza de la persona jurídica. El mencionado texto tiene la siguiente redacción:

"Art. 78º.-

- 1.- La persona jurídica es sujeta de derecho distinto de sus miembros.
- 2.- Ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal diferente.
- 3.- Excepcionalmente, la distinción prevista en el primer párrafo queda desestimada en caso de uso abusivo o fraudulento de la estructura formal de la persona jurídica. En tal supuesto, son responsables los miembros que hayan utilizado tal estructura abusivamente o con fraude a la ley".

Como se aprecia de lo anteriormente transcrito, el texto proyectado, a través de sus dos primeros párrafos, sigue ignorando la naturaleza tridimensional de la persona jurídica y la reduce, tan sólo, a la formalidad de ser un "centro ideal y unitario de referencias normativas". Ello es correcto desde el punto de vista de su determinante dimensión formal, pero es una fórmula incompleta que no da cuenta cabal de lo que es y significa la persona jurídica dentro de la vida humana. Si bien la categoría formal de "persona jurídica" deriva de una inscripción en un determinado registro, ello no explica la naturaleza compleja de la misma, en la que no puede excluirse, contrariando la realidad, la presencia de seres humanos y de valores por ellos vivenciados y realizados.

En el derecho no se puede prescindir, como bien lo sabemos, de los seres humanos y de los valores que realizan o dejan de realizar. El derecho es relación entre personas y no entre éstas y artificios o entes fantasmagóricos. No hay necesidad de ocultar la verdadera naturaleza de la persona jurídica, sin que ella pretenda negar que su calidad de sujeto de derecho se deba a la formalidad de constituirse como un centro ideal de atribución de derechos y deberes, al que se le identifica a través de una expresión lingüística pues en ésta su dimensión formal, no es un ente que se halle en la realidad de la vida humana social. Decir que una "organización de personas que se propone fines valiosos" adquiera la formalidad de "persona jurídica, no significa ignorar la real naturaleza jurídica de la institución que, pese a lo expresado, no se contrae a una mera formalidad. Pero ésta no es la cuestión específica que venimos tratando, por lo que dejamos para otra sede el análisis de estos dos primeros párrafos del proyectado artículo 78º.

En el tercer párrafo del proyectado artículo 78º se nos advierte que, excepcionalmente, la "distinción" prevista en el primer párrafo entre la persona jurídica y sus miembros se diluye, se disipa, si es que la "estructura formal" de la persona jurídica se usa de modo abusivo o fraudulento. Cabe remarcar que al hacerse referencia a la "estructura formal" se está reconociendo, implícitamente, que existen otras estructuras en la persona jurídica como son la existencial - los seres humanos - y la axiológica - los valores -.

En el mencionado tercer párrafo se admite, contradictoriamente con lo dispuesto en los dos primeros apartados del artículo 78º, que es sólo la dimensión formal, la pura forma, la que se emplea abusiva o fraudulentamente de parte de los miembros de la persona jurídica. Esto demuestra que los miembros no son "distintos" a la persona jurídica sino que la integran, que forman parte de ella en tanto son su dimensión existencial, que su presencia es inherente a su naturaleza. Son los miembros de la persona jurídica los que realmente actúan, los que contraen obligaciones a pesar de que ellas se imputen a un centro ideal que no se ubica en el espacio, que no tiene un lugar en la vida humana social que es el natural escenario del derecho,

¿Quiénes son, cabe preguntarse, los "entes" que utilizan fraudulentamente o abusivamente sólo la

estructura "formal" de la persona jurídica? Ciertamente, ellos no son fantasmas ni entes espectrales de alguna especie. Son seres humanos, de carne y hueso que emplean para sus fines ilícitos, es decir, contrarios a los valores jurídicos, la estructura "formal" que decidieron adquirir mediante un acto libre y voluntario consistente en la inscripción en un registro. ¿Acaso los que determinaron inscribirse para lograr dicha estructura formal fueron también fantasmas habitantes de imaginarios castillos? ¿Y son, asimismo, seres espectrales los que vivencian los valores jurídicos perseguidos conjuntamente por los miembros de la entidad o los que realizan cotidianamente actos jurídicos? El derecho es una experiencia humana y, como tal, los seres humanos no pueden, artificialmente, hallarse al margen de cualquiera de sus instituciones. El ser humano no sólo es creador del derecho sino su protagonista y destinatario.

Es tan artificiosa como formal la supuesta "distinción" entre la "persona jurídica" y sus "miembros", que ella se desestima con la mayor facilidad cuando los miembros utilizan abusiva o fraudulentamente la dimensión formal, es decir, cuando se desvirtúa la finalidad "valiosa" por la que fue constituida la persona jurídica por decisión, precisamente, de sus ignorados miembros. Recién en esta coyuntura la norma recuerda que no son ajenos a la naturaleza de la persona jurídica los "seres humanos" que la integran y los "valores" ínsitos en sus fines.

Finalmente, como lo tenemos dicho, la expresión "desestimación" no es la más feliz, razón por la que no la empleamos los profesores que redactamos el proyecto original que fuera luego debatida y modificada por la Comisión de Reforma.

Más allá de los comentarios antes expuestos, lo rescatable del proyecto en cuestión es que, de aprobarse, se ha de facilitar a los jueces el desestimar, sin mayores escrúpulos o problemas, la forma de la persona jurídica cuando sus miembros la utilicen abusiva o fraudulentamente. Además, al comprobarse la inexistencia de un supuesto "velo", los jueces podrán directamente responsabilizar a los miembros de la persona jurídica que hayan utilizado la "estructura formal" de la manera antes señalada.

Conscientes de que algunos de los problemas que aún persisten en cuanto al tema tratado deberán superarse en un futuro, estimamos que se está logrando, aunque lentamente, el propósito de emprender la ruta que, en palabras de Masset Iturraspe, supone el reconocer, "poco a poco y con esfuerzo, la sacralidad de la persona física, humana", mientras que, simultáneamente, se "avanza en un sinceramiento y en una desacralización de la persona jurídica"⁴⁴. Coincidimos con el maestro argentino en que "el velo de la formalidad no cubre las irregularidades". Ello, en otros términos, significa que el proceso de humanización del derecho, a la manera que en su tiempo lo expresara Hemogeniano⁴⁵, alcanza también a la denominada "persona jurídica".

44. Masset Iturraspe, Jorge, *La persona jurídica. Sus límites: imposibilidad de la personalidad*. Pampeiro. Grupo editorial en la "Revista de Derecho Privado y Consumidor", N° 9, 1995, pág. 122.

45. Herogeniano, en el comienzo del Digesto, expresa: "Cum igitur hominum corpus (non) sit constitutum ad...". Es decir, que el derecho tiene su causa en el hombre. Es creado por el hombre y para el hombre.