

# Los procesos de humanización de la sociedad comercial

LA ADMISIBILIDAD DE SU DAÑO MORAL\*

Humanization Processes in Trading Companies

ADMISSIBILITY OF PAIN AND AUFFERING

*Héctor Ferreira Tamborindeguy*\*\*

hferreira@hughes.com.uy

**RESUMEN.** La historia del derecho no ha mostrado más que avances hacia una cercanía cada vez mayor entre lo que puede hacer una persona jurídica y lo que puede hacer una persona física. En el presente trabajo se analizan algunos aspectos de esa evolución empleando el término *humanización* para evocar esa cercanía conceptual que cada vez se ve con más claridad. No se llega a afirmar que una sociedad comercial o cualquier otra persona jurídica tenga rasgos humanos, sin perjuicio de constatar que a lo largo de la historia eso ha sido lo que ha hecho el derecho: ha extendido atributos humanos a los entes ficticios, a las entelequias por él creadas. Lo que se plantea es que, más allá de las doctrinas que han pretendido justificar el daño moral de las personas jurídicas, en materia de sociedades comerciales la tesis de la ficción jurídica puede ser empleada para explicar estos procesos y cuestiones controvertidas como el mismo daño moral de las sociedades comerciales.

---

\* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

\*\* Profesor Adjunto de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Privado IV & V en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

**PALABRAS CLAVE.** Daño moral. Personas jurídicas. Responsabilidad penal. Sociedades comerciales.

**ABSTRACT.** The history of Law has shown progress towards a growing closeness between the actions performed by a legal entity and the actions carried out by a natural person. This paper analyzes some aspects of this evolution using the term “humanization” to evoke this conceptual closeness which becomes increasingly clearer. This paper does not imply that a trading company or any other legal entity has human traits, although we may note that throughout history this fact has been taken into account by the Law, which has extended human traits to fictitious entities, to the entelechies created by the Law. Beyond the doctrines that have attempted to justify the pain and suffering of legal entities, regarding trading companies, we state that the thesis of the legal fiction can be used to explain these processes and controversial issues such as the same pain and suffering of trading companies.

**KEYWORDS.** Pain and Suffering. Legal Entities. Criminal Liability. Trading Companies.

**SUMARIO.** **1.** Introducción. **2.** Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las sociedades comerciales. **3.** La sociedad comercial como sujeto de derechos fundamentales. **4.** El daño moral. **5.** El daño moral de la persona jurídica. 5.1. El daño moral de la persona jurídica desde la tesis amplia. 5.2. El daño moral de la persona jurídica desde la tesis restringida. 5.3. El daño moral de la persona jurídica como daño colectivo. **6.** El daño moral de la sociedad comercial. **7.** Conclusiones. **8.** Bibliografía.

# 1.

## INTRODUCCIÓN

La evolución humana en general y la de las ciencias jurídicas en particular ha hecho que el hombre ideara formas asociativas, ya no para regir su vida en sociedad o sus relaciones de poder, sino como vehículo o instrumento para actuar en sus relaciones privadas con los terceros. Como señala Manuel Obarrio:<sup>1</sup>

El esfuerzo individual, el capital aislado, no bastan de cierto para favorecer las múltiples operaciones a que la inteligencia y la actividad del hombre dan constante nacimiento. Pero el esfuerzo se agiganta y el capital acrece en sorprendentes proporciones, cuando acumulados o reunidos se identifican o confunden en la acción y en los propósitos.

Es innegable la influencia que han tenido las estructuras asociativas en la evolución de la sociedad moderna; ello desde que las personas físicas, además de poder crear un ente diferente de cada una de ellas que pudiera actuar en las relaciones políticas, sociales y comerciales en forma independiente, en este último caso también lograron limitar la responsabilidad, aislando el riesgo empresarial y preservando su patrimonio personal de malos negocios. En este sentido sostiene Messineo:<sup>2</sup>

[...] junto a los sujetos constituidos por las personas humanas, el derecho conoce otra categoría de sujetos que se llaman personas jurídicas, o también (pero con frase no apropiada para todas las figuras), sujetos colectivos o entes morales. Se opera aquí una extensión de la subjetividad de la persona física (hombre) a un “ente”, que es concebido a imitación del hombre, que se comporta

<sup>1</sup> OBARRIO, Manuel: *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires: Félix Lajouane, 1961, p. 228.

<sup>2</sup> MESSINEO, Francesco: *Manual de derecho civil y comercial*, tomo II, p. 157, citado por RODRÍGUEZ, Nuri: *Curso de Sociedades Comerciales*, tomo I, Montevideo: Editorial Universidad, 1991, p. 41.

como verdadero y propio sujeto y que, como tal, es considerado punto de referencia de derechos y obligaciones”. El ser humano y más precisamente el comerciante o empresario, crea un nuevo ente, sujeto de derecho, que puede interactuar en el comercio y que es diferente de él en cuanto individualidad, que cuenta con un patrimonio diferente, responsabilidad diferente, etc. En esta línea de pensamiento expresa Ricardo Merlinski:<sup>3</sup> “Persona y Capacidad: son conceptos que no se identifican. Persona es toda “entidad” física o jurídica, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. [...]

Con esta significación y alcance decimos que la sociedad comercial es un sujeto de derecho diferente de las personas que lo integran, con un patrimonio independiente del de sus socios, y cuyos derechos estos no pueden ejercer a título personal.

Ahora bien, la pregunta es hasta dónde es posible extender esta *ficción*.

¿Cuál es el límite que ha puesto el derecho a esas “personas” jurídicas o morales que, como vimos, no son otra cosa que una creación jurídica a la cual a través de un proceso de constitución se le otorga existencia?

Con la misma rapidez y seguridad con que sería posible contestar que una sociedad comercial será responsable de las deudas que contraiga por el incumplimiento de una factura comercial, es indudable la inseguridad que le generaría a muchos estudiosos de la cuestión el planteo de si esta misma sociedad puede ser penalmente responsable o puede ser titular de derechos fundamentales.

Pero aun evadiendo la discusión secular que se ha planteado en materia penal y que, como se observará, está lejos de poder considerarse zanjada, los límites que el derecho pone a las “personas” jurídicas siguen siendo esquivos. Admitiendo que el hecho de seguir tirando de la soga puede traer aparejadas soluciones que aparezcan como ilógicas —como suponer que una sociedad pueda ser sentenciada a una cantidad de años de cárcel—, este estudio pretende ingresar al fuero íntimo de la sociedad comercial y colocar la lupa sobre algunas cuestiones que siguen dejando dudas en la legislación uruguaya y en el derecho comparado.

Seguramente no será sencillo, desde una óptica dogmática, contestar la pregunta de si una sociedad comercial puede ejercer derechos fundamentales. Será comprensible la respuesta de alguien que conteste que una sociedad comercial no tiene derecho a la vida o a la libertad. Ello en tanto, por ejemplo, el derecho fundamental que tienen las personas a ser protegidas en el ejercicio de su derecho a la vida y el principio de la conservación de la empresa, si bien son paralelos desde el punto de vista lógico, su asimilación pura implicaría

---

<sup>3</sup> MERLINSKI, Ricardo: *Análisis exegetico de la ley 16.060, Sociedades Comerciales*, tomo I, 2.ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 13.

ampliar demasiado el precepto constitucional, hasta un límite no admisible, al menos a la luz de nuestro derecho positivo vigente.

Ahora bien, no arriesgaríamos demasiado si afirmáramos que estos últimos son derechos que derivan de atributos inherentes a la personalidad humana. Pero, por otra parte, sería al menos dudoso sostener que una sociedad comercial tiene derecho al trabajo o tiene derecho al honor.

Ante ese cuestionamiento, la respuesta ya no sería tan sencilla, por cuanto, partiendo de la base de que una sociedad es un sujeto de derecho que actúa en el mercado, podría por hipótesis ser protegida de una competencia exacerbada de agentes extranjeros que la dejen sin la posibilidad de trabajar en el sentido amplio de la palabra.

En esa hipótesis, el ejercicio de ese derecho fundamental podría sostenerse y sería dable que fuera ejercido por una sociedad comercial.

Más allá de la situación concreta, lo que sería viable es que esa sociedad comercial en tanto persona jurídica pudiera ser protegida en el goce de su derecho al trabajo.

Finalmente, cabe reflexionar sobre el aspecto en el que se centra este trabajo, y cuestionar, dando un paso más, si sería posible afirmar que una sociedad comercial puede ser defendida en el ejercicio de su derecho al honor.

Aunque parezca difícil de aceptar desde un punto de vista dogmático, también en este caso parecería que la respuesta que se impone es la afirmativa.

Este extremo, que está fuertemente vinculado al centro del análisis que se realizará, nos permite subir un escalón más y afirmar que si una sociedad comercial puede ser protegida en su honor, también podría reclamar por daños no patrimoniales o morales de los que fuera objeto.

## 2.

### **ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES**

Como venimos de observar, si pretendemos continuar incursionando en el proceso de “humanización” de la sociedad comercial, debemos analizar brevemente uno de los ángulos más interesantes desde los cuales se ha examinado la presente cuestión, tal es la responsabilidad penal de la sociedad comercial.

Si observamos la cuestión desde una perspectiva dogmática pura, no cabría arribar a una solución diferente de aquella que preconiza que la sociedad comercial no puede ser penalmente responsable. No puede haber duda alguna de que una sociedad comercial no puede incurrir en la conducta penalmente reprochable tipificada por el delito de bigamia, el de violación, de homicidio, entre otros.

El problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue planteado magníficamente por el autor norteamericano J. C. Coffee,<sup>4</sup> quien en 1981 lanzó su famosa frase “No soul to damn, no body to kick”, para significar que las personas jurídicas no pueden ser sancionadas penalmente porque no hay un alma que dañar o un cuerpo que golpear.

Sin perjuicio de ello, una sociedad comercial sí podría cometer un delito de estafa, tanto como puede endeudarse y no pagar o ser sometida a un proceso concursal.

Cabría afirmar en este estado y como una primera idea que, como observamos en la parte introductoria, también aquí, cuando exploramos la responsabilidad penal, existen límites que no se encuentran tan claros.

La situación en el derecho comparado no es uniforme; mientras países como el Uruguay (acompañado de las legislaciones latinoamericanas en general) no aceptan la responsabilidad penal de la sociedad comercial, otros países, como los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Noruega, Dinamarca, Irlanda y Holanda, sí la aceptan.

Hace algunos años Mueller<sup>5</sup> afirmó que la imposición de la responsabilidad penal a las sociedades comerciales era un tema casi exclusivo de la tradición del derecho común, ya que no se planteaba en el derecho continental.

Después del juicio de Núremberg, Alemania ha sido uno de los países que en su legislación han aceptado de manera pacífica la responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>6</sup>

Sin embargo, como en Latinoamérica parece existir un proceso revisionista de la dogmática penal que tendería a admitir, en ciertos casos, la responsabilidad penal de las corporaciones, en países como los Estados Unidos, donde esta se encuentra instalada hace décadas, hay autores que recientemente la han cuestionado.

Así, Gregory L. Diskant<sup>7</sup> sostuvo en su trabajo “Rethinking Corporate Criminal Liability” que es momento de rever todo el sistema de responsabilidad penal de las socie-

---

<sup>4</sup> COFFEE, J. C.: “‘No soul to damn: no body to kick’: An Unscandalized Enquiry into the Problem of corporate Punishment”, en *Michigan Law Review*, n.º 79, 1981, p. 386.

<sup>5</sup> MULLER, Gerhard: “Mens Rea and the Corporation”, en *University of Pittsburgh Law Review*, n.º 19, 1957, p. 21.

<sup>6</sup> SANGUINO, Jesús María: “La responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, p. 499.

<sup>7</sup> DISKANT, Gregory L.: “Rethinking Corporate Criminal Liability”, en *ABA Litigation Law Review*, 2008, p. 34.

dades comerciales, sacando de la órbita penal las sanciones a las sociedades comerciales en tanto estas serían responsables únicamente en un sentido metafórico, lo cual en cualquier caso significaría la revisión de una teoría tradicional.

La aceptación de la responsabilidad penal de las corporaciones es una posición que tiene su origen, según la doctrina norteamericana, en el famoso caso *New York Central & Hudson River v. United States*,<sup>8</sup> en el cual dicha responsabilidad fue admitida.<sup>9</sup>

La situación planteada y el hecho de que existan países que sí aceptan la responsabilidad penal de las sociedades implican un paso más hacia la definitiva ampliación de las posibilidades de esta ficción o metáfora jurídica que es la sociedad comercial.

La doctrina ha explicado la falta de aceptación de la responsabilidad de la persona jurídica con argumentos tradicionales de dogmática penal, que a través de los tiempos ha concebido el derecho penal básicamente de modo antropocéntrico, desde una óptica en que el único sujeto activo del delito es el hombre, capaz de actuar voluntariamente.

La definición clásica del delito, que lo entendía como una acción típicamente antijurídica y culpable que centraba todo en el ser humano y en su conducta voluntaria, ha sido modificada por las nuevas teorías. Ahora bien, estas teorías no han penetrado con decisión en nuestro derecho, y en la actualidad tanto la doctrina como la jurisprudencia son monolíticas en el sentido de que las personas jurídicas no son penalmente responsables.

En la doctrina uruguaya, autores referenciales en la materia, como Gonzalo Fernández, siguiendo la posición de Luis Jiménez de Asúa, se inclinan por responsabilizar a las personas físicas concretas que suelen ser los administradores de las sociedades. Así es como en la esfera penal ha ganado terreno también la teoría del *disregard of legal entity* o inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Como sostiene el profesor Sanguino, la responsabilidad penal de la persona jurídica o colectiva a través de los siglos ha venido evolucionando conforme a los cambios que han venido verificándose en la sociedad y el Estado, en sus estructuras políticas y sociales. Por su parte el profesor Vitu<sup>10</sup> expresa: “[...] la extensión de la noción de autor de la infracción no ha podido hacerse sin los acondicionamientos necesarios, que llegan a transformar esta noción”. Es decir —complementa Jiménez de Asúa— que la pretendida responsabilidad de las personas morales solo se obtiene desnaturalizando la noción de autor y desconociendo el concepto de culpabilidad, lo que es aún más grave.

<sup>8</sup> *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481 (1909)

<sup>9</sup> FERREIRA, Héctor: “Corporate Crime—Should Corporations be criminally liable”, en *EMagazine Academy of American and International Law*, [www.cailaw.org](http://www.cailaw.org), Dallas.

<sup>10</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *El criminalista*, tomo IV, Buenos Aires: Víctor P. de Zavallá, 1960, p. 211.

Como se observa, las posiciones en doctrina son variadas. En el derecho comparado hay autores y legislaciones que admiten sin dificultades la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sin antes remover de la plataforma conceptual el análisis físico de la cuestión, que de ninguna forma podría amparar la idea de que un ente artificial creado por el hombre pueda ser responsabilizado penalmente como si fuera propiamente un hombre.

Nuevamente aquí es posible plantear la pregunta de cuál es el alcance máximo que se puede dar al término *persona jurídica* o *persona moral*, ello en tanto el empleo de la palabra *persona*, asociada al hombre en su dimensión ontológica, sirve como un elemento más para vincular a la persona jurídica con aspectos propios de la persona humana, como lo es la posibilidad de ser penalmente responsable y cometer en sentido estricto delitos que tienen en su base la voluntad de ejercer una conducta catalogada como antijurídica por la ley penal.

### 3.

## LA SOCIEDAD COMERCIAL COMO SUJETO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Otro punto de análisis que corresponde explorar es si la sociedad comercial en tanto ente inmaterial, no humano, puede ser protegida y defendida en el goce de su honor.

Como se observa, en el presente análisis nos encontramos situados en un tema mayor: si una sociedad comercial, en tanto persona jurídica, puede ser sujeto de derechos fundamentales, los que por definición son inherentes a la persona humana.

Como expresa Juan ESPINOZA:

La persona jurídica también puede ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros. En efecto, se le puede lesionar estos derechos a la persona jurídica si se hacen afirmaciones inexactas sobre ella, si se hacen juicios de valor negativos o si se viola la correspondencia.<sup>11</sup>

En este mismo sentido afirma SEOANE LINARES:

[...] la persona jurídica participa activamente en el quehacer social, ejerciendo deberes y contrayendo obligaciones. Dentro de esta óptica tiene derecho a ser identificada por un nombre que

<sup>11</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima: Gazeta Jurídica, 2003, p. 211.

es exclusivo de ella y no puede ser utilizado por otra. Si a través de un medio de comunicación se profieren frases que agravan el honor y el buen nombre de una persona jurídica, esta a través de sus representantes, ejerce su derecho de acción al exigir judicialmente una indemnización por el daño causado; puede presentar una querrela contra el autor de las frases difamatorias.<sup>12</sup>

En el derecho uruguayo, el profesor CAIROLI<sup>13</sup> afirma que en nuestro medio se ha sostenido que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de estos delitos contra el honor, porque son ilícitos que atacan la personalidad moral del *hombre*, y las personas jurídicas no son hombres en sentido psicofísico. No obstante, se ha planteado una tesis intermedia que entiende que en casos excepcionales las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de estos delitos. Sus argumentos surgen de lo dispuesto por el inciso 3.º del artículo 338 del Código Penal, cuando dice:

En los casos de ofensa contra una corporación, social, política, o administrativa, solo se procederá mediante autorización de la corporación ofendida, o de su jefe jerárquico, cuando se trate de autoridad que no se halle colegialmente organizada.

Esta tesis intermedia —sigue el autor citado— parece lógica en tanto las personas jurídicas pueden ser sujeto pasivo del delito de difamación o del de injurias en su caso, toda vez que se aluda a ellas atribuyéndoles hechos o actitudes que las expongan a un procedimiento penal o disciplinario, o al odio, o al desprecio público, o que se dirijan a ellas ofensivamente para el honor, rectitud o decoro. Lo cierto es que del artículo 333 o el mismo 334 del Código Penal no surge la exigencia de que el sujeto pasivo sea individualizado en una persona física; basta que el autor del delito dirija la imputación a una “persona”.

Como se observa, estos autores, y sobre todo el profesor CAIROLI, estiman que una sociedad comercial debe ser protegida en el ejercicio de su derecho al honor como de norma debe ser protegida una persona física.

El derecho al honor, o a la reputación, como decían los autores citados, podría ser ejercido por una sociedad comercial. El artículo 7.º de la Constitución de la República establece:

Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su [...] honor [...]. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

---

<sup>12</sup> SEOANE LINARES, Mario: *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*, Cuzco: Cultural Cuzco, 2001, p. 32.

<sup>13</sup> CAIROLI, Milton: *Curso de derecho penal uruguayo*, tomo III, 2.ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 143.

El honor es el segundo de los derechos reconocidos por el artículo 7.º; según Justino Jiménez de Aréchaga:

[...] es el derecho al propio decoro, a que no se nos imponga la ejecución de actos que lo disminuyan, y además, a que se nos proteja en el caso de que injustamente se vulnere o se pretenda vulnerar la consideración que se nos tiene y a la cual tenemos derecho [...].<sup>14</sup>

Si bien el análisis del constitucionalista uruguayo no incluye la hipótesis de una eventual protección al honor de una persona jurídica, es a nuestro entender sencillo extender los comentarios que realizara, pensando en una persona física, a una persona moral y más concretamente a una sociedad comercial.

Dejando de lado entonces la idea de sociedad comercial como ente inanimado que no puede sufrir, cometer delitos ni tampoco ser agredido en su honor, para pasar definitivamente a una consideración amplia de la persona jurídica como sujeto de derechos que puede y debe ejercerlos en forma personal, podremos entonces avanzar en el análisis.

Hasta aquí es posible concluir que, más allá de las oscilaciones advertidas en doctrina en cuanto a la posibilidad de que una sociedad comercial pueda cometer delitos, no sería tan descabellado extender la ficción a un punto que, como decíamos, es casi de “humanización” de la sociedad comercial.

La pregunta que nos hacíamos al comienzo de este estudio, acerca de dónde se encontraba el límite a la personificación de la sociedad comercial, vemos cómo se extiende, en tanto cada vez que creemos encontrar el límite, este parece redefinirse y colocar sus mojones un poco más lejos.

De todas formas, en lo que aquí importa, nos resulta por demás aceptable la idea de que una sociedad comercial pueda y deba ser protegida en el ejercicio de su derecho al honor. Claro está: debemos situar adecuadamente cuál es ese honor. Ello en tanto, por motivos obvios, no parece razonable traspolar en forma automática los conceptos vertidos por la doctrina para el caso de la persona física a las sociedades comerciales.

Sin embargo, lo que corresponde hacer, como tantas otras veces en derecho, es ajustar la normativa a la situación de hecho, la que nos muestra que una sociedad comercial no solo puede sino que debe ser protegida en el ejercicio de su derecho al honor.

Pero, ¿cómo se traduce ese derecho al honor en el caso de una persona jurídica? A través de la protección del decoro, de la reputación de la sociedad comercial. Existen

---

<sup>14</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino: *La Constitución Nacional*, tomo I, Montevideo: Cámara de Senadores, 1988, p. 234.

Constituciones<sup>15</sup> que con mayor claridad que la uruguaya hacen ingresar la “buena reputación” como un derecho fundamental. Pese a que la Constitución de la República refiera a *habitante* en lugar de *persona* —como lo hace por ejemplo la Constitución del Perú— y no incluya en forma expresa la “buena reputación” como derecho fundamental, creemos que la protección del honor de esa persona jurídica, entendida como la protección de su decoro, de su buen nombre, de su imagen, de su reputación, ingresan sin dificultades, como hemos visto, dentro del concepto de *honor* del artículo 7.º.

Por ello, podría afirmarse —a riesgo de extender de manera considerable los límites de la protección de la persona jurídica— que esta en general, y la sociedad comercial en particular, debe ser protegida en el goce de derechos fundamentales. No todos, naturalmente, pero sí el derecho fundamental al honor, cuya protección se traduce en la protección de su imagen o de su buen nombre.

De lo expuesto cabe concluir, entonces, que la sociedad comercial debe en nuestro derecho ser protegida en su honor (imagen, buen nombre, etcétera) tanto como en otros países puede ser actor de un delito penal, como se ha visto.

Ahora bien, vencidos los preconceptos dogmáticos y aceptado lo que hemos dado en llamar la *humanización* de la persona jurídica (en sentido figurado y a los efectos nada más que de graficar la idea planteada), corresponde dar un paso más para examinar si, y de qué manera, una sociedad comercial puede reclamar daños y perjuicios por la agresión que pudiera sufrir su imagen y buen nombre; determinar si es posible que una sociedad comercial pueda reclamar daños morales.

Aceptando y teniendo como presupuesto la estudiada defensa del honor de la sociedad comercial, cabría preguntarse si las estructuras decimonónicas de nuestro Código Civil pueden admitir entre sus previsiones el daño moral a la persona jurídica y más precisamente a la sociedad comercial, y sobre qué presupuestos. Cabe señalar, como simple referencia introductoria a lo que se analizará, que el artículo 1319 de nuestro Código Civil expresa textualmente:

Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, impone a aquel por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo [...].

La inclusión en las estructuras de nuestras normas sobre responsabilidad aquiliana de lo que en doctrina comparada se denomina *daño a la reputación empresarial* no ha sido

<sup>15</sup> La Constitución Política del Perú establece en el inciso 7.º del artículo 2.º: “Toda persona tiene derecho: [...] 7) Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz e imagen propias [...]”.

sencilla, y continúa planteando muchos desafíos y dificultades a todo aquel que pretende entender que el término *hombre* en el Código Civil puede hacerse extensivo (a través de una interpretación de tipo evolutiva de la norma) a esa creación del hombre pero con individualidad llamada *sociedad comercial*.

## 4.

### EL DAÑO MORAL

Como es lógico, no es el objeto de este estudio analizar el *daño* en sí mismo, sino el *daño moral* y, más específicamente, si es posible asignarle a la sociedad comercial que regula nuestra ley 16060 el padecimiento de este tipo de daño.

No obstante, antes de llegar al meollo de la cuestión, cabe analizar el daño como elemento de la responsabilidad, para de ahí pasar al daño moral como una de sus variantes.

Zannoni<sup>16</sup> describe al daño, en tanto elemento de la responsabilidad civil, desde una perspectiva objetiva, “como el menoscabo que en consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”.

El daño implica, como afirma la profesora VENTURINI,<sup>17</sup> “el menoscabo de valores económicos o patrimoniales así como la lesión de valores extrapatrimoniales. Etimológicamente, la voz *daño* deriva del término latino *demere* que significa disminuir, quitar”. En la doctrina nacional, el doctor GAMARRA indica que el daño se ocasiona por la incidencia de un evento que modifica una situación preexistente, alterándola en sentido desfavorable o perjudicial.

En nuestra jurisprudencia podemos citar como ejemplo la sentencia n.º 237/88 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5.º Turno,<sup>18</sup> cuando expresa al respecto:

El daño moral es la lesión de contenido extrapatrimonial provocado en el ámbito espiritual de la víctima y por esa razón no se exterioriza fácilmente. [...] es aquel que provoca lógica conmoción, estupor, indignación y grave preocupación.

Ya CARNELUTTI sostuvo que ese detrimento o menoscabo no refiere al bien material dañado, sino al interés que el titular tiene en él.

<sup>16</sup> ZANNONI, Eduardo: *El daño en la responsabilidad civil*, p. 1, citado por VENTURINI, Beatriz: *El daño moral*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989.

<sup>17</sup> VENTURINI: o. cit., p. 15.

<sup>18</sup> *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XXI, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 260.

Como se observa, la doctrina ha definido al *daño*, elemento imprescindible de la responsabilidad civil, como un menoscabo, como una disminución que sufre una persona cuando injustamente se agreda un bien (no necesariamente *material*, como se verá) sobre el cual la persona tiene un interés.

Tradicionalmente se han contrapuesto las ideas de *daño patrimonial* y *daño moral*. El daño patrimonial se ha asociado a la disminución o el menoscabo al patrimonio de una persona, que debe ser reparado de manera integral.

Sobre la resarcibilidad del daño moral, la doctora VENTURINI, en su estudio de 1989 que hemos citado, expresaba que si su obra hubiera sido escrita en 1954, año en el que el extinto catedrático doctor PEIRANO FACIO escribiera su libro sobre el particular, la mayor parte de sus páginas habrían sido necesarias para analizar si este tipo de daño era o no reparable. La discusión doctrinal entre los que entendían que el daño moral era resarcible y los que, por el contrario, entendían que la reparación del daño moral era algo inmoral (aunque parezca un juego de palabras) al día de hoy se encuentra superada. Esta cuestión ha avanzado hacia una doctrina y una jurisprudencia absolutamente proclives a que el daño moral sea reparado.

Como ya hemos afirmado, la denominada *teoría punitiva*, a la que venimos de referir, ha caído en desuso por el propio peso de sus argumentos, en muchos casos propios de otra realidad social y concepción filosófica.

## 5.

### EL DAÑO MORAL A LA PERSONA JURÍDICA

A este respecto, en la doctrina argentina, el profesor Mariano GAGLIARDO<sup>19</sup> expresa:

No caben dudas de que, tratándose de personas físicas, la obligación de reparar el daño moral es una cuestión que en la actualidad está clarificada. Por el contrario, en materia de personas jurídicas, subsisten a nuestro juicio las divergencias, a pesar de los criterios y jurisprudencia adversa.

Es posible advertir claramente, por encima de matices, que también en materia de daño moral de personas jurídicas las dos posturas doctrinales mayoritarias en materia de daño moral (amplia y restringida) se encuentran presentes.

---

<sup>19</sup> GAGLIARDO, Mariano: *Responsabilidad de directores de las sociedades anónimas*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 1101.

Como bien afirma el doctor GAMARRA, decidir cuál de los dos criterios se adoptará, comenzará a develar los interrogantes acerca de si una persona jurídica puede o no ser víctima de daño moral. Ello por cuanto los autores que sostienen la tesis restringida del daño moral reputan como inconcebible que una persona jurídica pueda ser víctima de daño moral, dado que, básicamente, solo las personas físicas pueden sufrir. Para esta corriente, no puede haber daño moral de una persona jurídica porque, siguiendo sus presupuestos, para que haya daño moral debe existir sufrimiento y, por definición, las personas jurídicas no podrían sufrir, padecer dolor, etcétera.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1.º de la Ley de Sociedades Comerciales (16060), estas son personas jurídicas desde el acuerdo de voluntades que les da origen, todo lo cual posibilita que las sociedades denominadas de hecho, atípicas e irregulares gocen también de esta calidad.

Si bien admitimos que la sociedad comercial tiene particularidades que no son comunes al resto de las personas jurídicas, el análisis preliminar que proponemos acerca de las personas jurídicas se sustenta en el hecho constatable de que los principales desarrollos doctrinales acerca de la legitimación pasiva de la persona jurídica para reclamar daño moral provienen del derecho civil, especialidad que, desde luego, no trata a las sociedades comerciales en particular.

De todas formas y más allá de la especialidad del derecho comercial con relación al derecho civil, no cabe perder de vista que, como ya destacamos, la sociedad comercial no es otra cosa, desde el punto de vista de su existencia, que una persona jurídica, lo que le hace aplicables de manera automática los conceptos vertidos por la doctrina sobre las personas jurídicas, ideas que son trasladables de manera íntegra a las sociedades comerciales.

## 5.1. EL DAÑO MORAL DE LA PERSONA JURÍDICA DESDE LA TESIS AMPLIA

El daño moral no podrá evaluarse con la misma precisión con la que se avalúa el daño patrimonial. El profesor GAMARRA<sup>20</sup> expresa que la afirmación que insiste “en la función resarcitoria del dinero, merece otras consideraciones. En realidad este argumento, en lugar de pretender una caracterización dogmática del daño moral, se esgrimió para refutar la tesis

---

<sup>20</sup> GAMARRA, Jorge: *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XIX, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p. 262.

negativa”.<sup>21</sup> Y lo hizo de esta manera: si bien es cierto que el daño moral no puede ser, en estricto rigor, reparado, ello no significa que no deba concederse al damnificado una suma de dinero, la cual le servirá para procurarse placeres o distracciones que atenúen el dolor sufrido. La ecuación no es, entonces, *daño-reparación*, sino *daño-placer*.<sup>22</sup>

GAMARRA, que no está de acuerdo con esta última posición, mucho más cercana a la terminología y los conceptos de la tesis restringida, admite que puede existir daño moral de la persona jurídica. En este sentido expresa:

La divergencia depende de la definición de daño moral que sea adoptada. Siendo las personas jurídicas entes desprovistos de espiritualidad va de suyo que el daño moral no puede ser admitido para quien lo define como dolor o padecimiento espiritual (tesis restringida).

En cambio, cuando el daño no patrimonial es sufrido de acuerdo con una noción negativa, que no lo limita al campo de los sufrimientos físicos y morales, las personas jurídicas pueden ser sujetos víctima de daños no patrimoniales. Tanto la doctrina italiana como la francesa entienden que el daño moral puede configurarse en algunas de sus especies respecto de la persona jurídica: ofensas al honor y reputación, nombre, secreto, etcétera.

Se ha negado la existencia de un honor objetivo de la persona jurídica sosteniendo que lo deteriorado es el crédito, asunto que repercute en la posibilidad de ganancias. Pero, aunque las personas jurídicas no pueden tener sentimiento de la propia dignidad, esta es siempre capaz de reflejarse en la consideración de los terceros y se configura el bien del honor a su respecto.

Que además del daño no patrimonial pueda coexistir un daño patrimonial es fenómeno habitual, que depende de cada caso particular. La existencia de un daño no patrimonial es fácilmente perceptible en instituciones como las sociales y deportivas, que no persiguen fines de lucro. En este sentido, en los contratos publicitarios que las empresas de plaza suscriben con instituciones deportivas, es habitual encontrar sanciones contractuales cuando la institución ve afectada su imagen por episodios de violencia, corrupción, etcétera (cláusulas morales).<sup>23</sup> En estos casos, generalmente se pacta que la empresa que patrocina a la institución tiene derecho a rescindir válidamente el contrato.

---

<sup>21</sup> Cabe recordar que la “tesis negativa” es la que sostiene que el daño moral no debe ser resarcido, ya que no podría una suma de dinero reparar un sufrimiento.

<sup>22</sup> El doctor Gamarra cita, para graficar esta posición, la sentencia de la Suprema Corte de Justicia (*La Justicia Uruguaya*, caso 5017, p. 370).

<sup>23</sup> FERREIRA, Héctor: “Las cláusulas morales en la moderna contratación publicitaria”, en *Tribuna del Abogado-CAU*, n.º 171, enero-marzo de 2011, p. 24 ss.

Hay que entender que la composición de la persona jurídica asume una unidad subjetiva jurídicamente independiente de los sujetos que la componen; por tanto, la ofensa a la persona jurídica es (o puede ser) distinta de la ofensa al honor de los sujetos individuales.

## 5.2. EL DAÑO MORAL DE LA PERSONA JURÍDICA DESDE LA TESIS RESTRINGIDA

La profesora VENTURINI,<sup>24</sup> antes de tomar posición por esta tesis (aun cuando ello se desprende de sus desarrollos anteriores), ordena las dos posturas que existen dentro de la posición restringida. Respecto a la posibilidad de aceptar la legitimación activa de las personas ideales para reclamar por daño extrapatrimonial afirma que, para el caso de que esta se admita, se trata de un supuesto de daño directamente causado a esas entidades o más bien a la colectividad de individuos que ellas representan.

La doctrina ha asumido en este punto dos posturas que se enfrentan. Quienes entienden que hay perjuicio con la simple lesión a los derechos extrapatrimoniales se pronuncian a favor de la resarcibilidad de este tipo de daño a las personas jurídicas. En la posición opuesta están los que sostienen que el daño moral resulta de una alteración disvaliosa de los sentimientos o estados del espíritu.

El profesor peruano de derecho de daños Juan Espinoza Espinoza,<sup>25</sup> a cuyas ideas ya recurrimos en este estudio, sostiene una posición que, si bien encuadra dentro de la tesis restringida del daño moral (*daño moral = sufrimiento*), tiene algunos matices interesantes que parten de la no asociación propuesta por la corriente encabezada por MAZEAUD en Francia y que propugna el profesor GAMARRA, de asociar *daño moral = daño extrapatrimonial*. Ello le permite aceptar la reparación del daño extrapatrimonial pero rechazar de plano la reparación del daño moral.

El citado profesor consigna que la persona jurídica puede ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como la reputación:

En efecto, se le puede lesionar estos derechos a la persona jurídica si se hacen afirmaciones inexactas sobre ella, si se hacen juicios de valor negativos o si se viola su correspondencia. Por ello, podría solicitar una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Si bien es cierto que la persona jurídica (en estos casos) puede solicitar una indemnización por daño a la persona [...], al haberse lesionado sus derechos no patrimoniales, no podrá hacer lo mismo respecto del

---

<sup>24</sup> VENTURINI: o. cit., p. 36.

<sup>25</sup> ESPINOZA: o. cit., p. 190.

daño moral, por cuanto, por su particular naturaleza no puede encontrarse en una situación de dolor, sufrimiento o aflicción (denominado por los juristas romanos *pecunia doloris*, en el Common Law como *pain and suffering* o por los alemanes *Schmerzensgeld*) ello le corresponde solo a las personas naturales. La doctrina italiana ha sido clara en admitir que la persona jurídica puede ser sujeto pasivo del denominado daño no patrimonial, excluyéndose dentro de este al daño moral (aflicción, resentimiento, amargura, deseo, preocupación) y a los dolores físicos. Sin embargo, existe otro sector que (admitiendo una concepción más amplia del daño moral, equiparándolo al daño no patrimonial), admite que la persona jurídica puede ser resarcida por daño moral.

La misma posición es adoptada por Adriano DE CUPIS<sup>26</sup> en los siguientes términos:

[...] verdaderamente al distinguir el daño privado en patrimonial y no patrimonial, su esfera de actuación se divide en dos zonas que cubren, en su conjunto, el íntegro ámbito del daño privado; y los sufrimientos morales, las sensaciones dolorosas, no abrazan todos los daños que no son perjuicios patrimoniales, ya que, por ejemplo, la disminución del prestigio y de la reputación pública, constituye un daño no patrimonial independientemente del dolor o amargura del sujeto que sufre. Por consiguiente, si se quiere dar de los daños no patrimoniales una concepción lógica y completa, no pueden limitarse al campo de los sufrimientos físicos o morales, sin concebirllos de forma que pueden integrarse todos los daños patrimoniales, con otras palabras, que su noción no puede ser en el momento actual más que meramente negativa.

En consecuencia, sujeto pasivo del daño no patrimonial puede ser también la persona jurídica. Esto se produce cuando se compromete el beneficio que ella —independientemente por supuesto de un sentimiento de bienestar— puede experimentar en alguno de aquellos bienes no patrimoniales de los que ostenta la titularidad. Así, una sociedad mercantil, una sociedad de beneficencia, etcétera, pueden alcanzar un daño no patrimonial, valga decir a título de ejemplo, con una campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia, etc. El argumento de que la persona jurídica es incapaz de sufrimientos físicos o morales no es decisivo, dada la posibilidad de configurar también un daño no patrimonial distinto del dolor. La persona jurídica ciertamente no puede percibir el sentimiento de la propia dignidad y de aquí que no sufra por la lesión de su honor; pero sufre comúnmente, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor. De análoga forma no puede tener el sentimiento celoso de la propia reserva y, por tanto, no puede experimentar la congruente lesión; pero no menos sufre el daño derivado de la divulgación de aquello comprendido en la esfera de lo íntimo, por violación de sus secretos.

El profesor GAGLIARDO,<sup>27</sup> en esta misma línea, ha expresado que una persona jurídica no puede padecer o sufrir como una persona física. Razones obvias, naturales y estructurales, así lo indican.

<sup>26</sup> DE CUPIS, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch, 1975, p. 122.

<sup>27</sup> GAGLIARDO: o. cit., p. 1102.

También desde la perspectiva del derecho comercial, el profesor MILLER<sup>28</sup> ha expresado:

Entendemos que este tercer elemento, el daño moral, no tiene connotación particular en la materia societaria. Los mismos argumentos y prevenciones que se dan para su reconocimiento o rechazo en el campo extracontractual rigen también en el ámbito societario. Aunque esto no es unánime”.

Nuri RODRÍGUEZ,<sup>29</sup> por su parte, limita la reparación de los daños morales cuando se trate de responsabilidad extracontractual, o sea, aquella frente a terceros. Deja de lado la indemnización del posible daño moral que afecte a los accionistas o *a la propia sociedad*.

### 5.3. EL DAÑO MORAL DE LA PERSONA JURÍDICA COMO DAÑO COLECTIVO

Una atractiva teoría, que surge como una derivación de la teoría restringida en la corriente que admite el daño extrapatrimonial pero no el daño moral *stricto sensu*, es la *teoría del daño moral colectivo*.

Esta corriente, derivada, como expresamos, de la tesis que no admite el daño moral a la persona jurídica, consigna en el centro de sus presupuestos que, si bien la persona jurídica no puede ser sujeto de un reclamo de daño moral, los miembros de esa persona jurídica sí pueden sufrir daño moral como consecuencia de un ataque a los derechos extrapatrimoniales de la persona jurídica.

Si esa sociedad es víctima de una campaña publicitaria que afecta su buen nombre, en la teoría que se analiza, en realidad, los verdaderos perjudicados y que se encuentran legitimados para accionar por daño moral son los socios de esa sociedad, en razón de un daño colectivo que se les inflige con motivo de un ataque a ese ente que los vincula. En este sentido se pronuncia la doctora Beatriz VENTURINI:<sup>30</sup>

[...] teniendo presente que he tomado partido por la solución que niega el daño moral en ausencia de “sufrimiento” (subespecie de daño extrapatrimonial), parecería que la conclusión coherente implica el rechazo de plano de la legitimación activa de la persona jurídica para reclamarlo, y aun antes para padecerlo, esto es, no hay daño por lo que mal puede hablarse de su resarcimiento.

<sup>28</sup> MILLER, Alejandro: *Análisis exegetico de la Ley 16.060 Sociedades Comerciales*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993, p. 193.

<sup>29</sup> RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri: *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas*, Montevideo: Letras, 1973, p. 207.

<sup>30</sup> VENTURINI: o. cit., p. 38.

Así debe tenerse presente que la persona jurídica conforme las enseñanzas de Savigni y Windscheid es una entidad ficticia, y aun siguiendo la teoría de la realidad de este tipo de entidades (Gierke y Mestre) la misma representa un querer mancomunado. De esa forma es posible ensayar una explicación que permita fundar una suerte de “daño moral-colectivo”, pues sin llegar a atribuir sentimientos a una entequeia, es innegable la realidad grupal humana constituida por los componentes o soportes físicos de la misma. Aparece, un área social demarcada por los valores sentimentales y afectivos comunes a un grupo de hombres que se corresponde con la moderna elaboración relativa a los “intereses colectivos”.

A su criterio, estos intereses colectivos no se identifican con los “intereses difusos”, aun cuando así lo han entendido (según afirma la actora) MORILLO y STIGLITZ.

Ese daño extrapatrimonial, si bien se imputa al ente jurídico inmaterial, no puede ser otro que el daño moral que experimentan sus integrantes en calidad de tales.<sup>31</sup>

En la República Argentina, el doctor Jorge BUSTAMANTE<sup>32</sup> ha referido en su tesis al daño moral colectivo expresando lo siguiente:

En sentido amplio, daño colectivo (sufrido colectivamente) es aquel que afecta a varias personas, simultánea o sucesivamente [...]. Dentro de esta noción cabe la suma de daños individuales [...]. Se trata de daños sufridos por víctimas plurales a raíz de un mismo hecho lesivo.

Este autor hace ingresar dentro de este concepto los *intereses difusos*, expresando que son los experimentados por un conjunto de personas que sufren un perjuicio a un interés común o grupal. El bien jurídico que resulta afectado en su integridad sirve para satisfacer por igual un fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo del grupo o clase social, con lo que se altera la relación de estos con aquel bien jurídico idóneo para ese fin, imposibilitándoles la obtención del provecho necesario y esperado para el bienestar común de todos y cada uno de los integrantes en la vida comunitaria.

Como se observa, para este autor argentino el daño moral puede ser colectivo. Es decir, puede existir un daño moral que afecte a un grupo de personas determinadas o a una clase que comparte algo que es dañado. Esta inteligente posición, como expresamos, puede perfectamente ser trasladada al caso de la persona jurídica y más concretamente al caso de la sociedad comercial.

---

<sup>31</sup> La doctora Venturini cita en apoyo a esta posición a Ravazzoni, quien al analizar la admisibilidad de los delitos contra el honor de la persona jurídica entiende que la ofensa contra ella termina por ofender a las personas que de ella forman parte.

<sup>32</sup> Citado por GAGLIARDO: o. cit., p. 1034.

Si una sociedad comercial, por hipótesis, sufriera un daño a su imagen, esta teoría preconiza que el daño moral derivado de ese acto ilícito no se concreta en cabeza del ente ficticio sino en la de los socios de la sociedad.

El autor citado ejemplifica su tesis empleando para ello el caso del ambiente. Expresa que si se daña el ambiente en general o una fracción que es importante para algún grupo de personas, ese daño causado sobre el ambiente será sufrido en particular por un grupo de personas.

Veamos un primer aspecto interesante que podría hacer a esta tesis inaplicable al caso de la sociedad comercial. Podría decirse que el daño moral que sufre en cabeza propia la persona que hace parte del ente colectivo *ambiente afectado* no es equiparable al que puede sufrir un grupo de accionistas de una sociedad anónima que ve afectado su buen nombre.

Por ejemplo, el dolor real que sufre un grupo de vecinos de la ciudad de Montevideo que nacieron y crecieron junto a un monumento que es parte de su propia identidad cuando este es destruido no sería equiparable al de un grupo de accionistas que ve afectado el nombre de la sociedad comercial de la que son socios.

En este segundo caso, salvo en situaciones particulares que difícilmente se dan en una corporación, el accionista puede no ser efectivamente objeto de daño moral. Es más, tal vez ni esté interesado en lo que le suceda al nombre de la sociedad en la medida en que ello no afecte sus dividendos, como sucedería en las sociedades anónimas abiertas de muchos accionistas.

En cambio, en caso de una sociedad personal, como una sociedad colectiva, esa traslación del daño moral hacia el colectivo de los socios podría observarse con mayor claridad.

Esto es, se trata de un postulado que no permitiría dar explicación al daño moral de la sociedad comercial en todos los casos.

No se vería con la misma nitidez la existencia de daño moral colectivo en el grupo de vecinos del ejemplo que en el caso de los accionistas de una sociedad anónima abierta.

Otro aspecto a considerar de esta posición es que parecería que el daño moral colectivo contra el ambiente afectaría a todos los integrantes de ese colectivo en forma personal y directa, lo que hace sencillo trasladar el daño moral que no podría sufrir el ambiente a las personas físicas que se encuentran en su entorno y que sufren ese daño moral de manera indirecta.

Ahora bien, en el caso de la sociedad comercial, esa traslación no sería tan clara, a nuestro modo de ver, en tanto un inversionista extranjero que acaba de adquirir acciones de una sociedad dañada en su imagen no podría sufrir daño moral alguno.

## 6.

## EL DAÑO MORAL A LA SOCIEDAD COMERCIAL

Como ha podido observarse, el daño moral ha sido tratado de manera pormenorizada por la doctrina y la jurisprudencia a lo largo de los años, sin que se haya arribado a una solución unánime en torno a su naturaleza y alcances.

Con relación al daño moral, en la doctrina sobresalen esencialmente dos posiciones: las teorías *restringida* y *amplia*, que han sido analizadas en este estudio.

En el caso de la tesis restringida, el daño moral se asocia al sufrimiento, al dolor, y desde esa orientación se expresa que la persona jurídica no puede encontrarse legitimada para reclamarlo, dado que como ente ficticio no tiene la calidad humana y por ende no podría sufrir dolor, lo que la excluiría de la posibilidad de alegar un daño moral.

En la tesis amplia, en cambio, el daño moral no es circunscrito a la órbita del *daño-sufrimiento*, sino que es llevado hasta la equiparación con el daño extrapatrimonial. Al excluir la necesidad del sufrimiento para que exista daño moral, se abre la puerta para que una persona jurídica pueda encontrarse legitimada para reclamar daño moral.

Básicamente, ahí se traba la discusión doctrinal acerca de la admisibilidad o no del daño moral en el caso de las personas jurídicas.

Si bien al principio manifestamos que era un enorme desafío para la doctrina desenraizar conceptos y desde el fondo, en un planteo casi socrático, preguntarse hasta dónde podemos extender la *humanización* de la persona jurídica en general y de la sociedad comercial en particular, no es nuestro objetivo consignar que la sociedad comercial tiene atributos humanos.

Ahora bien, como expresamos una cosa, estamos también obligados a expresar la otra. No es posible aceptar que solamente puede alegar daño moral una persona física porque sufre dolor o padecimiento físico o psíquico, como tampoco podría extenderse esa posición hasta el punto de decir que un animal o una planta pueden reclamar daño moral porque la ciencia se ha encargado de demostrar que sufren como los seres humanos.

La tesis que sostendremos no llegará a confrontar la manifestación de Pablo José FORTÍN<sup>33</sup> cuando expresa textualmente:

---

<sup>33</sup> FORTÍN, Pablo José: “El daño moral y el caso de las personas jurídicas”, en *Revista Jurídica La Ley*, vol. B, Buenos Aires: La Ley, 1994, p. 451.

Congruente con ello es que ni la postura más audaz dentro del marco de las teorías elaboradas en torno a la personalidad de los entes ideales ha pretendido atribuirles rasgos humanos [...].

No queremos afirmar que una sociedad comercial o cualquier otra persona jurídica tiene rasgos humanos, sin perjuicio de constatar que a lo largo de la historia eso ha sido lo que ha hecho el derecho: ha extendido atributos humanos a los entes ficticios, a las entelequias por él creadas.

El paso que pretendemos dar no es simplemente decir que una sociedad comercial puede reclamar daño moral. Ello carecería de toda originalidad desde que ya lo afirma la tesis amplia que propugna entre otros el doctor GAMARRA y ha sido recogida por la jurisprudencia nacional.<sup>34</sup> Lo que pretendemos es demostrar que, desde el derecho comercial, no existe limitación dogmática para aceptar el daño moral a las sociedades comerciales, incluso admitiendo como correcta la tesis restringida.

Como ha quedado dicho, la sociedad comercial no es más que una creación del derecho, un ente artificial que aglomera a varias personas físicas en pos de un fin colectivo. Si manifestamos que ese ente nace a la vida desde que existe un acuerdo de voluntades entre dos o más personas o, en las palabras del doctor MERLINSKI:<sup>35</sup>

En el momento de la etapa genética vemos a los contratantes concurrir con sus consentimientos paralelos a la formación del vínculo social; del vínculo personal [...] porque al mismo tiempo *vemos nacer*<sup>36</sup> el nuevo sujeto de derecho, a la nueva persona jurídica, la sociedad [...]

¿Acaso que un autor afirme que la persona jurídica *nace* a la vida puede herir la sensibilidad de algún jurista? Parecería que la respuesta que se impone es la negativa.

Ahora bien, tampoco nos sorprende cuando vemos en los libros de doctrina expresiones tales como que una sociedad comercial incumplió un contrato, o actuó en fraude a la ley, o indujo a error a un acreedor. Tampoco es extraño en materia concursal afirmar que una sociedad comercial realizó una propuesta concordataria o no pagó determinada cuota del convenio. Es habitual, asimismo, leer en las páginas de los manuales expresiones tales como que una sociedad comercial fue víctima de un engaño o de un fraude.

---

<sup>34</sup> Véase, a modo de ejemplo: sentencia n.º 3/93, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 19.º Turno; sentencia n.º 25/96, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 5.º Turno; sentencia n.º 281/01, Suprema Corte de Justicia; sentencia n.º 249/04, Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 21.º Turno.

<sup>35</sup> MERLINSKI: o. cit., pág. 12.

<sup>36</sup> *Cursivas añadidas.*

Expresiones como estas no sacuden ninguna sensibilidad dogmática ni escandalizan a nadie.

Un cuestionamiento sobre este punto sería válido en tanto está claro que una sociedad no tiene percepción ni sentimientos que le permitan ser víctima de un engaño. No tiene albedrío como para cumplir un contrato o proponer nada. Tampoco tiene manos para librar un título valor y, sin embargo, cualquier agente del derecho expresa varias veces en su vida diaria que un título valor fue librado por una persona jurídica.

Ante tan ingenuo planteamiento, la respuesta que se escuchará será: *es una ficción*.

Es una ficción decir que la sociedad nace a la vida o que es creada por un grupo de personas físicas. Es una ficción decir que libra un título valor, en tanto quien lo hace es una persona física en su representación —representación que, dicho sea de paso, aceptamos que es otorgada por la persona jurídica—. Sucede que también esa *voluntad* de la persona jurídica no es otra cosa que un paso más en la línea de la ficción.

De todas maneras, hasta ese momento vemos que la sociedad comercial en el caso concreto se manifiesta a través de personas o de órganos que son los que la dotan de voluntad. Órganos que, también dando un paso más, pueden tener como soportes a otras personas jurídicas, lo que nuevamente pone a prueba nuestra fe, en tanto vemos que quien dota de voluntad a un ente inmaterial es otro ente inmaterial que a su turno es dotado de voluntad por sus órganos, que tienen como soportes a personas físicas, o a otra persona jurídica, o a una persona física y a otra persona jurídica, y así hasta llegar al final de la cadena, donde habrá una o más personas físicas que son las que toman las decisiones. Es todo una ficción, porque la sociedad comercial en tanto ente inanimado no tiene voluntad o albedrío.

Pero demos un paso más y cuestionemos lo que líneas más arriba aceptamos sin ninguna dificultad: que una sociedad sea engañada o sea sorprendida en su buena fe.

Que una sociedad comercial, sin sentimientos ni percepciones, pueda ser sorprendida de algún modo o engañada es impensable desde una perspectiva dogmática pura; sin embargo, no hay ninguna oposición porque todos somos contestes en que no hacemos otra cosa que aceptar la ficción sin cuestionarla. No hacemos otra cosa que ser cómplices de una ficción que todos aceptamos como real e incuestionable.

Ahora bien, ¿por qué no es posible aceptar con tanta sencillez la idea de la ficción para justificar el daño moral de la sociedad comercial o su responsabilidad penal desde esta perspectiva? ¿Cuál es la diferencia desde una perspectiva jurídica pura entre aceptar que una sociedad comercial puede ser víctima de daño moral y aceptar que una sociedad comercial puede ser sorprendida en su buena fe?

Sería lo mismo; sería pura y simplemente una manifestación de la ficción a la que refiere SAVIGNY.

Cuando un grupo de personas crea una sociedad comercial y le da vida desde el punto de vista jurídico y luego conduce sus negocios a través de esa sociedad, no está haciendo otra cosa que aceptar la ficción.

Como ya fue expresado, la tesis restringida del daño moral, que lo excluye en forma absoluta de la órbita de las personas jurídicas, arguye en defensa de su tesis que el daño moral implica necesariamente un sufrimiento, un dolor.

Pero afirmar que una sociedad comercial puede sufrir daño moral sería tan absurdo como afirmar que puede ser sorprendida en su buena fe o ser engañada. No pasa de ser otra ficción dentro de la teoría que se viene desarrollando.

Desde nuestra perspectiva, una sociedad comercial que sufre un daño a su imagen, nombre comercial, prestigio, crédito o es agredida de un modo diferente en su honor puede reclamar daño moral por derecho propio en tanto, desde la perspectiva de la ficción, no habría dificultad alguna en aceptar que la sociedad *sufra*, en el sentido propugnado por la teoría restringida del daño moral.

Desde la perspectiva que se está sosteniendo, no habría dificultad dogmática alguna en afirmar que una sociedad dañada en su imagen comercial pueda sufrir.

En nuestra opinión, la afectación o agresión que sufren la imagen, el prestigio o el nombre comercial de una sociedad son, desde esta teoría, perfectamente asimilables al padecimiento físico o psíquico que sufren las personas físicas y que es tratado por la tesis restringida.

Es la propia sociedad la que *sufre*, en sentido figurado, de un modo equiparable al que dispara la generación del daño moral en cabeza de la persona física.

Tampoco creemos que sea explicación al fenómeno decir que el daño moral se diluye en el colectivo y puede ser reclamado por los socios o accionistas, porque no son estos los que sufren una agresión a su imagen, sino la propia sociedad.

La legitimación activa, desde nuestra perspectiva, la tiene la propia sociedad, la cual (siguiendo con la ficción) será representada en el momento en que comparezca en juicio para reclamar sus derechos por aquellos representantes que ha nombrado. Se produce el mismo razonamiento que todos tenemos incorporado cuando alguien alega que libra un título valor o firma un contrato en representación de una sociedad comercial. No estamos haciendo otra cosa que aceptar que la sociedad comercial puede librar un título valor a través de su representante.

En la misma métrica conceptual, una sociedad que para nosotros sí tiene un buen nombre, que sí tiene un prestigio y que sí tiene una imagen comercial, diferente de la de sus socios, puede ver cómo esos valores son afectados por el hecho ilícito provocado por un tercero.

Tal hecho ilícito afecta la imagen de la sociedad comercial como el incumplimiento de un cocontratante afecta su patrimonio, o la mala actuación de uno de sus representantes afecta su prestigio comercial.

Ese daño moral que sufre la persona jurídica es propio y será reclamado en juicio por sus representantes, quienes deben alegar, a nuestro entender, daño moral propio de la persona jurídica.

No hay a nuestro juicio justificación jurídica o lógica para no admitir que una sociedad comercial pueda *sufrir* desde la óptica de la ficción, como no lo hay para aceptar que pueda ser *engañada*.

Así, y viendo la cuestión desde el enfoque opuesto, una sociedad comercial que incurre en alguna conducta delictiva —de las que pueda ser parte— podría ser sancionada a través de medidas de contrapublicidad que no harían otra cosa que afectar su buen nombre o imagen.

Como hemos planteado al principio de este estudio, el camino que emprendió el ser humano cuando dotó de atributos inherentes a la persona humana —como el patrimonio o el nombre— a una entealequia, a una ficción, abrió una puerta e ingresó en un camino sin retorno.

De ahí en adelante, la historia del derecho no ha mostrado más que avances hacia una cercanía cada vez mayor entre lo que puede hacer una persona moral y lo que puede hacer una persona natural.

Al aceptar que una sociedad comercial pueda encontrarse legitimada por derecho propio a reclamar daño moral no hacemos más que dar otro paso de los muchos que ya se han dado al abrigo de la teoría de la ficción.

## 7.

### CONCLUSIONES

La teoría de la ficción sirve también para explicar el daño moral de la sociedad comercial. No necesariamente debemos limitarnos a intentar definir si una sociedad comercial puede sufrir o no de modo físico, para en primer término encasillarnos en una de las dos tesis analizadas en este estudio (amplia y restringida) o en algunas de sus variantes y luego concluir en consecuencia.

Creemos que el fenómeno del daño moral, tanto de la sociedad comercial como el más amplio de la persona jurídica, puede ser analizado, como tantas otras cuestiones en derecho, como una ficción. A partir de ese presupuesto y sin anclas que nos mantengan unidos a la dogmática clásica, no vemos limitación alguna para aceptar la reparación del daño moral de una sociedad comercial.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- CAIROLI, Milton: *Curso de derecho penal uruguayo*, tomo III, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2.ª ed., Montevideo, 1995.
- COFEE, J. C.: “No soul to damn: No Body to Kick’: An Unscandalized Enquiry into the Problem of Corporate Punishment”, en *Michigan Law Review*, n.º 79, 1981.
- DE CUPIS, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch, 1975.
- DISKANT, Gregory L.: “Rethinking Corporate Criminal Liability”, en *ABA Litigation Law Review*, 2008.
- ESPINOZA, Juan: *Derecho de la responsabilidad civil*, Lima: Gazeta Jurídica, 2003.
- FERREIRA, Héctor: “Corporate Crime-Should Corporations be criminally liable”, en *EMagazine Academy of American and International Law*, [www.cailaw.org](http://www.cailaw.org), Dallas.
- FERREIRA, Héctor: “Las cláusulas morales en la moderna contratación publicitaria”, en *Tribuna del Abogado-CAU*, n.º 171, enero-marzo de 2011.
- FORTIN, Pablo José: “El daño moral y el caso de las personas jurídicas”, en *La Ley*, vol. B, Buenos Aires: La Ley, 1994.
- GAGLIARDO, Mariano: *Responsabilidad de directores de las sociedades anónimas*, Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004.
- GAMARRA, Jorge: *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XIX, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988.
- *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo XXV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino: *La Constitución Nacional*, tomo I, Montevideo: Cámara de Senadores, 1988.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *El criminalista*, tomo IV, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1960.
- MERLINSKI, Ricardo: *Análisis exegético de la Ley 16.060, Sociedades Comerciales*, tomo I, 2.ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.
- MILLER, Alejandro: *Análisis exegético de la Ley 16.060, Sociedades Comerciales*, tomo II, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1993.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: “¿Pueden las personas jurídicas sufrir daño moral?”, en *La Ley*, Buenos Aires: La Ley, 1984.
- MULLER, Gerhard: “Mens Rea and the Corporation”, en *University of Pittsburgh Law Review* n.º 19, 1957.

- OBARRIO, Manuel: *Curso de Derecho Comercial*, Buenos Aires: Félix Lajouane, 1961.
- PEIRANO FACIO, Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo: Barreiro y Ramos, 1954.
- RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri: *Curso de sociedades comerciales*, tomo I, Montevideo: Editorial Universidad, 1991.
- *Responsabilidad civil de los administradores de sociedades anónimas*, Montevideo: Letras, 1973.
- *Derecho comercial*, tomo I, Montevideo: Editorial Universidad, 1991.
- SANGUINO, Jesús María: “La responsabilidad penal de la persona jurídica”, en *Responsabilidad de administradores y socios de sociedades comerciales*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- SEOANE LINARES, Mario: *Personas jurídicas. Principios generales y su regulación en el Código Civil peruano*, Cuzco: Cultural Cuzco, 2001.
- TOBIAS, José W.: “Hacia un replanteo del concepto o del contenido del daño moral”, en *La Ley*, vol. E, Buenos Aires: La Ley, 1993.
- VENTURINI, Beatriz: *El daño moral en nuestra jurisprudencia y en el derecho comparado*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989.