

PERSONALIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO SOCIETARIO

Gastón Certad M.
Catedrático de Derecho Comercial

A la memoria de mi adorada

madre

SUMARIO:

- 1.- AUTONOMÍA PRIVADA Y DERECHO SOCIETARIO.
- 2.- LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA INDEROGABILIDAD DE LA ESTRUCTURA CORPORATIVA.
- 3.- LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA DESVIACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL POR LAS OBLIGACIONES SOCIALES.
- 4.- LA REFORMA DE NUESTRO DERECHO SOCIETARIO CON LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1964 Y LA RESPONSABILIDAD POR LAS OBLIGACIONES SOCIALES.
- 5.- PERSONALIDAD JURÍDICA Y ESTRUCTURA CORPORATIVA.
- 6.- LA ESTRUCTURA CORPORATIVA Y LA REFORMA DEL DERECHO SOCIETARIO CON EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1964 Y CON LA LEY REGULADORA DEL MERCADO DE VALORES DE 1990.
- 7.- ESTRUCTURA CORPORATIVA Y AUTONOMÍA PRIVADA.
- 8.- LA ELABORACIÓN DOCTRINAL SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.
- 9.- CONCLUSIONES.

PERSONALIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO SOCIETARIO

1.- Si en lo que corresponde al derecho privado, las ideologías iusnaturalistas antes y las liberales después, reconocieron, como expresión del hombre y de los mercaderes, la posibilidad de autodeterminarse libremente – actuando casi como legisladores autónomos– en materia societaria, el ejercicio de la autonomía privada, sobre todo en relación con la constitución de las sociedades de mayor relieve económico, ha estado siempre comprimido y encañado en áreas estrechas y bien definidas.

Acondicionar la distinta evolución de esas dos figuras contractuales fue, en realidad, la diferente influencia que el contrato de sociedad tiene sobre las relaciones jurídicas, en atención a la mayor complejidad de los intereses envueltos y a la mayor relevancia fáctica que indudablemente caracteriza la actividad respecto al acto¹, y por eso ha parecido oportuno, para la seguridad del tráfico comercial, que ciertas actividades empresariales fueran diferentemente

a los acuerdos sociales sobre las modalidades de desarrollo de la actividad de empresa: ejemplos paradigmáticos son el proceso de homologación³ y la adopción de la forma del acto público que, a su vez, conllevan el control notarial sobre el acto.

No olvidemos que la estructura de la sociedad está ulteriormente protegida por el principio de tipicidad y por una infinidad de normas imperativas o de orden público, que la jurisprudencia y la doctrina han retenido y que caracterizan al tipo societario.

Por tanto, si en el derecho privado la evolución históricamente recorrida por el concepto de autonomía privada, pasó de una concepción expansiva (y liberal), entendida como plena libertad de las partes de autodeterminarse, producto de la legislación napoleónica, a una acepción más condicionada, más atenta, es decir, a las exigencias de solidaridad y tutela de los sujetos contractualmente más débiles, del derecho contemporáneo, en el ámbito más

1 FERRO-LUZZI, Pietro. "I contratti associativi". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1971, pp. 188 ss.

No obstante nos parece importante resaltar que el concepto de actividad, al indicarnos en forma resumida la expresión de una pluralidad de actos unidos entre sí para el ejercicio de la empresa, a veces asume un relieve autónomo, siendo objeto de una normativa distinta, respecto a la específica de los actos que la componen. Véase ASCARELLI, Tullio. "Lezioni di diritto commerciale". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1955, pp. 145 ss. AULETTA, Giuseppe Giacomo, "Attività (diritto privato)", voz, en Enciclopedia del Diritto, IV, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958.

2 Como sucede en nuestro país con las actividades financieras, bancarias y bursátiles.

3 En Italia, la Ley N.º 340/2000 delegó las funciones de control sobre el acto constitutivo de las sociedades al notario autorizante de la respectiva escritura, quitándoselas al presidente del tribunal mercantil del domicilio de la sociedad, que antes las tenía.

4 En tesis de principio, se afirmaba la autonomía privada en materia societaria, pero cuando nos encontrábamos ante un caso concreto, era generalmente negada por la jurisprudencia.

autorizadas y/o controladas².

El control en nuestro medio se ha limitado, hasta ahora, a una vigilancia de la actividad. Pero en recientes reformas al derecho de las sociedades en Italia, el control se ha extendido Gastón Certad M.

Catedrático de Derecho Comercial

específicamente societario, la autonomía privada ha estado, por el contrario, siempre comprimida y seriamente limitada. Esta característica se da no solo en nuestro país, sino en el derecho de sociedades de la Europa continental⁴.

Por estos motivos, la autonomía privada encuentra un límite en las normas imperativas y en las disposiciones contrarias al orden público y a las buenas costumbres, aunque en cuanto a estas últimas, debemos reconocer que son de escasa incidencia en el fenómeno societario.

Nadie se atreve hoy a discutir que las normas que concurren a delinear los distintos tipos sociales previstos legalmente y su funcionamiento, deben considerarse imperativas⁵. Asimismo, según una opinión bastante difundida, las normas imperativas prevalecen respecto a las dispositivas, en atención a que el contrato de sociedad tiene un radio de acción más amplio, respecto a cualquier otro contrato, con la consecuencia de que la rigidez del modelo y de la organización, debe considerarse justificada

número de normas imperativas, ha sido progresivamente puesta en discusión, sobre todo por autores anglosajones. No obstante, siempre permanece abierto el inminente problema del grado de "imperatividad" que el derecho societario debe tener.

2.- Alguien ha observado que:

las normas imperativas son ciertamente normas escritas, pero no siempre es escrita la norma que califica como inderogable, o imperativa, o inválida, esta o aquella norma escrita" y que "toda la dificultad está en adivinar la norma (no escrita) calificativa⁸.

Por lo anterior se colige que, en general, la inderogabilidad de una norma se deduce, en vía interpretativa, de los principios generales

5 El jurista italiano SPADA, en un artículo publicado hace más de diez años en la Rivista di Diritto Civile, llegó a afirmar que "la sociedad por acciones es hija más de la Autoridad que de la libertad", citado por GIORDANO, Domenico. "Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2006, p. 16, n.º 23.

6 GAMBINO, Alberto María. "Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni". Giuffrè Editore, Milano, 1987. GIORDANO, óp. cit., en nota 4, p. 16. JAEGER, Pier Giusto. "L'interesse sociale". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1964. PREITE, D. "L'abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari della società per azioni". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1992.

7 DENOZZA, Francesco. "Norme efficienti". Giuffrè Editore, Milano, 2002. MARCHETTI, C. "La nexus of contract theory". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2000.

8 SACCO, R. citado por GIORDANO, óp. cit., en nota 4, p. 29.

9 Entre las principales contribuciones doctrinales a este importantísimo tema en Italia nos permitimos señalar, no sin denotar que en estos últimos cincuenta años, han sido bien pocos los autores que se han preocupado por desarrollarlo, a: CAMPOBASSO, M. "L'imputazione di conoscenza nelle società". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 2002. D'ALESSANDRO, F. "Persone giuridiche e analisi del linguaggio". En Studi in memoria di Tullio Ascarelli, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1976, pp. 241 ss. FERRARA Sr., Francesco. "Le persone giuridiche". U.T.E.T, Torino, Italia, 1956. GALGANO, Francesco. "Delle persone giuridiche". En Commentario al Codice Civile diretto da Scialoja e Branca, artt. 11-35, Bologna-Roma, Italia, 1969. LIBONATI, Berardino. "Holding e Investment trust". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1959, pp. 133 ss.. MONTALENTI, Paolo. "Riflessioni in tema di personalità giuridica". En Studi in onore di Pietro Rescigno, II, 1. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1998, p. 559. ROSSI, Giuseppe. "Personalità giuridica, proprietà e rischio d'impresa". Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1967. ZATTI, Paolo. "Persona giuridica e soggettività". CEDAM, Padova, Italia, 1975.

por la necesidad de tutelar el interés de los acreedores, de los socios minoritarios, de los terceros y del interés público en general⁶.

Recientemente, después de la afirmación, también en la doctrina italiana⁷, de las teorías norteamericanas que se centran en el análisis económico del derecho, hemos asistido a una mayor atención hacia los problemas ligados a la autonomía privada de los socios.

De esta forma, la idea de que las sociedades de capital deban ser gobernadas por un buen

y los intereses concretos que se consideran merecedores de tutela jurídica. El verdadero problema está, entonces, en individuar cuáles son esos principios generales y esos intereses que, en distintos modos, han influenciado e influncian a la jurisprudencia en materia societaria, en cuanto ellos son los verdaderos límites que la autonomía privada en materia societaria, ha encontrado siempre, y encontrará siempre, en su evolución.

Consideramos que entre estos, un puesto de primer orden corresponde al modo de

entender la personalidad jurídica⁹. Y es que la personalidad jurídica y el interés público

constituyen, sin dudarlo, algunos de los principales límites, de orden histórico, político y cultural a la autonomía privada¹⁰.

El modo de comprender esta institución ha condicionado la materia societaria, constituyendo uno de los principales límites a la autonomía privada.

Así, por ejemplo, la forma en que está redactado el artículo 17¹¹ nos parece indicativa de la necesaria tipicidad de las sociedades mercantiles. Encontramos la ratio del carácter imperativo de ese ordinal, en la circunstancia de que las personas jurídicas, precisamente en cuanto son una creación del ordenamiento, deben encontrar en él su propio reconocimiento. Por ello no sería posible, para nosotros, crear sujetos jurídicos atípicos, precisamente porque el ordenamiento jurídico reconoce la personalidad a organismos distintos de las personas físicas, precisamente en cuanto presenten determinados requisitos fácticos. Está prohibido, por ende, a los sujetos de derecho privado, sustituir al Estado en la creación de sujetos de derecho atípicos.

Como se aprecia, y no obstante por ser la interpretación de esa norma extremadamente clara, en prohibir la constitución de sociedades atípicas consideradas por el legislador muy probablemente dañinas para el ordenado desarrollo de las actividades comerciales y para la confianza que esas actividades y los sujetos que las ejecutan deben infundir, se advirtió la necesidad de justificar esa exclusión, recurriendo al concepto de personalidad jurídica y a las normas privilegiadas que la regulan.

Sin embargo, ante este “principio de tipicidad”, la doctrina es pacífica en reconocer que él no impide la inclusión, dentro del acto constitutivo de una sociedad típica, de cláusulas “atípicas”.

Esta conclusión encuentra una ulterior y directa confirmación para la s. a. en los artículos 18 y 104. Estas normas prevén que el estatuto contenga las disposiciones relativas al funcionamiento de la sociedad.

Así en el momento en que el legislador, en el artículo 19, atribuye a las sociedades mercantiles, personalidad jurídica como efecto de su inscripción en el Registro Nacional de Personas Jurídicas, así como la correlativa y total separación del patrimonio del ente de los de sus socios en las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, les impone una estructura típica, cuya integridad es preservada, a tutela de los terceros y de la colectividad, mediante la sustracción a los socios del poder de disposición o de disminuirla con actos de autonomía privada.

De esta manera, se desprende que la autonomía privada en materia societaria encontraría un límite en la estructura misma de la personalidad jurídica, lo que significa que la fórmula “estructura de la personalidad jurídica” equivale a la de “organización” de la sociedad.

Los argumentos de la doctrina y de la jurisprudencia sobre la imposibilidad de alterar la estructura organizativa de la sociedad, se han basado tradicionalmente sobre las siguientes y, aparentemente insoslayables, consideraciones:

cual puede acceder o no una limitación de la responsabilidad.

Un ejemplo muy significativo, en ese sentido, nos viene del derecho romano, cuyo pensamiento jurídico no había alcanzado un refinamiento tal de concebir una idea de grupo

10 La razón de esta mezcla fue bien evidenciada por la doctrina italiana anterior al Codice Civile del '42 de la siguiente manera: "mientras las sociedades en nombre colectivo y en comandita son de formación natural[...] la sociedad anónima es de formación artificial, en el sentido que su constitución es excitada por el Estado, para proveer, con la unión de muchas energías, al logro de aquellos objetivos comerciales o industriales que las fuerzas aisladas e individuales no podían aisladamente alcanzar". Así se concluye que "la génesis de la sociedad anónima debemos más bien encontrarla en el derecho público y no en el derecho privado". Hoy, en los modernos sistemas económicos, nadie duda de que la personalidad que caracteriza a la sociedad anónima, pertenece al derecho privado y no al derecho público. Llegados a este punto, nos parece importante acotar que en Italia, a diferencia de lo que acontece en nuestro país, las únicas sociedades dotadas de personalidad jurídica, como consecuencia de su inscripción en el Registro de Imprese son la s.a y la s.r.l. Las llamadas sociedades de personas no tienen personalidad jurídica propia, lo que nos parece sustancialmente correcto en cuanto en ellas. Es muy difícil diferenciar el patrimonio de la sociedad de los patrimonios particulares de los socios que las integran; son más bien patrimonios autónomos!

11 Cuando en este texto citemos un artículo de ley, sin indicar su procedencia, se entenderá que se trata del Código de Comercio. distinta de las personas que lo componían¹³.

- a) La personalidad jurídica es la desviación del principio general de la responsabilidad personal por las obligaciones sociales, por lo que la misma organización corporativa es la contrapartida a dicho régimen de favor.
- b) La estructura corporativa es un elemento esencial e inderogable de la personalidad jurídica.
- c) Como es la ley la que crea al ente, solo la ley puede modificar su estructura.

No es sino recientemente, con la afirmación del sistema capitalista fundado en el trabajo libre, que la separación del patrimonio solo puede alcanzarse, a través de la creación de un sujeto distinto del empresario (real), a quien darle la titularidad del patrimonio mismo.

No hay otra vía, entonces, que recurrir a la creación de una sociedad con personalidad jurídica propia.

3.- Por mucho tiempo se creyó que la limitación de la responsabilidad debía considerarse, como el *beneficium* concedido por el ordenamiento jurídico a las empresas de mayores dimensiones.

Por consiguiente, la personalidad jurídica no es más que una particular técnica jurídica, que produce una especie de desdoblamiento de la personalidad, haciendo del conjunto una persona (jurídica) distinta a las personas (físicas y jurídicas) que la componen, con una subjetividad toda suya, un patrimonio propio y una capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones, y de participar en juicios de modo independiente a cada uno de los socios.

Ante todo nos parece importante relevar que, contrario a lo que normalmente se piensa, entre límite de responsabilidad y personalidad jurídica, no se instaura una relación directa en el sentido de que la limitación de la responsabilidad, no es un elemento que caracterice a la personalidad jurídica sino, por el contrario, es un elemento mediato, instrumental y, por añadidura, también eventual: con la personalidad jurídica se realiza un "principio de separación"¹², ejecutado a través de una "abstracción", al

Así, la técnica del patrimonio separado le es imputada al ente personificado, tercero frente a terceros y a los mismos socios. La personalidad jurídica es, entonces, una técnica jurídica por medio de la cual, se realiza

el “principio de separación”, en donde la limitación de la responsabilidad se configura solo como una de las (distintas) consecuencias de la realización de semejante principio: un reflejo, por ende, y además, innecesario y eventual¹⁴.

4.- Con la promulgación del actual Código de Comercio en 1964, la personalidad jurídica y el beneficio de la limitación de la responsabilidad no son incompatibles con el ejercicio unipersonal de la actividad de empresa, siempre que se respeten las formas de publicidad y las garantías impuestas por la ley para tutelar a terceros. Hoy, quien desea emprender una actividad empresarial, puede escoger cualquiera de las formas previstas en los artículos 17 y siguientes o la de la empresa individual de responsabilidad limitada (artículos. 9 a 16) o la de la sociedad anónima unipersonal (artículo 202).

Otras figuras del derecho comercial asociativo contemporáneo, como las sociedades con responsabilidad limitada unipersonales o los

Código Civil, de que el patrimonio de la persona es prenda común de sus acreedores.

Por lo anterior, podemos enumerar algunas consideraciones importantes:

- a) El empresario individual o colectivo goza hoy –y podría gozar aún más en el futuro– de una amplia escogencia de formas de organización patrimonial de la actividad de empresa.
- b) Esa diversificación se efectúa mediante el uso de la persona jurídica, en virtud del “principio de separación” que le permite la imputación del patrimonio a un sujeto.
- c) Son compatibles con la persona jurídica, tanto la limitación de la responsabilidad cuanto la asunción de una responsabilidad ilimitada (sociedad en nombre colectivo) o formas intermedias (sociedad en comandita).
- d) El patrimonio imputado al sujeto puede ser único, pero puede también asumir una estructura separada y diferenciada. Esta última técnica se nos

12 BASILE, Massimo-FALZEA, Angelo. “Persona giuridica (diritto privato)”. Voce en Enciclopedia del Diritto, XXXIII, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1983, pp. 234 ss. SCALFI, G.C. “L’idea di persona giuridica e le formazioni sociali titolari di rapporti nel diritto privato”. Giuffrè Editore, Milano, 1968; ZATTI, óp. cit., en nota 9.

13 El derecho romano clásico y el justiniano, no conocieron a la persona jurídica. Para ellos persona era solo el hombre libre.¹⁴ GIORDANO, óp. cit. en nota 4, p. 41.

denominados “patrimonios separados”, los cuales están destinados exclusivamente a un específico negocio o bien el convenio con el que en el contrato de financiación de un determinado negocio, al reembolso total o parcial del financiamiento, se destine el producto del negocio mismo o parte de él¹⁵, no están aún contempladas en nuestro cuerpo mercantil de leyes, pero creemos que tarde o temprano las deberemos incluir.

Todas estas normas introducen una importante derogación al principio general de la responsabilidad genérica por las obligaciones, enunciado en el artículo 886 del

revela particularmente útil, para realizar formas de división de la misma actividad empresarial, creando de tal modo, ramas de empresa limitadamente responsables que, sin embargo, forman parte de la misma sociedad.

De esta manera, la personalidad jurídica es un particular y eficiente instrumento jurídico, mediante el cual se ejecuta aquel “principio de separación” para imputarle determinadas relaciones jurídicas y, entre estas, las patrimoniales.

Hoy, si observamos la sociedad anónima bajo un perfil diacrónico, caemos en cuenta de que

la responsabilidad limitada, por siglos considerada como una prerrogativa absoluta de la personalidad jurídica, tanto de ser sancionada con la responsabilidad personal, en caso de que se utilizara con fines abusivos, es, en realidad, aquella eficaz técnica jurídica por medio de la cual, el legislador, por razones de política legislativa (ligadas obviamente a las distintas necesidades económicas) puede adherir o no una responsabilidad personal limitada o ilimitada (como es hoy para la sociedad anónima unipersonal o para empresa individual de responsabilidad limitada), o escoger formas de responsabilidad “mixtas”, como sucede con la sociedad en comandita, o bien fragmentar ulteriormente el patrimonio único de la persona jurídica, mediante la creación de patrimonios separados.

5.- Se dice que otro argumento utilizado por la doctrina y por la jurisprudencia para limitar la autonomía privada en las sociedades de capital, es que la personalidad jurídica se caracteriza por la presencia de una estructura corporativa inderogable, y que el denominado “principio de las asambleas” caracteriza el procedimiento deliberativo, en especial, en

las sociedades de capital¹⁶. Este concepto fue elaborado principalmente por la doctrina

por la unificación del grupo que se daba por su medio en las relaciones externas¹⁹.

Ahora bien, la constatación más reciente de que el ordenamiento jurídico atribuye una cierta subjetividad a entidades colectivas a las que nos les reconoce expresamente la personalidad jurídicas (las llamadas “sociedades no personificadas”), ha impulsado a la doctrina a buscar los elementos que la caracterizan²⁰.

Estos elementos no se han individuado en la unificación subjetiva del grupo (presente en medida variable también en sujetos sin personalidad), sino en su estructura corporativa.

El corolario que se deriva de semejante afirmación, es que la personalidad jurídica puede ser reconocida, solo en aquellas sociedades, en donde dicha estructura está presente, pero también, para el aspecto que aquí nos interesa, la estructura corporativa es un elemento esencial e inderogable de la personalidad jurídica misma y, por lo tanto, la autonomía privada no puede modificarlo.

15 Como la incluída por el legislador italiano en el decreto legislativo 6/2003 que adicionó el Codice Civile con el artículo 2447-bis “((Patrimoni destinati ad uno specifico affare).- La società può: a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare; b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi.

Salvo quanto disposto in leggi speciali, i patrimoni destinati ai sensi della lettera a) del primo comma non possono essere costituiti per un valore complessivamente superiore al dieci per cento del patrimonio netto della società e non possono comunque essere costituiti per l'esercizio di affari attinenti ad attività riservate in base alle leggi speciali”).

mercantil de fines del siglo XIX, a través de la denominada “teoría orgánica”, cuyos principales seguidores de origen alemán, fueron von Gierke y Preuss¹⁷. Esta posición hizo de la asamblea el elemento unificador de la personalidad jurídica bajo el perfil de la manifestación de la voluntad¹⁸.

Sin embargo, la atención de los autores fue inicialmente atraída más que por la función unificadora del órgano interno (la asamblea),

6.- La idea de que la persona jurídica se caracterice (casi bajo un punto de vista “tipológico”) por la presencia de una estructura corporativa contrasta. Sin embargo, con el dato normativo en cuanto nuestra legislación civil más reciente, y el propio Código de Comercio vigente, han previsto la subsistencia de organizaciones de tipo corporativo para situaciones jurídicas de cotitularidad sobre derechos reales y para propiedades imperfectas o limitadas (artículo 265 C.C.) que, a pesar de caracterizarse por la presencia de una unificación subjetiva frente a terceros, no han sido reconocidas *expressi verbis* por el legislador como personas jurídicas.

contemplan una estructura organizativa, aunque seguramente menos articulada que la del condominio.

Un sector doctrinario ha respondido a estas observaciones que la personalidad jurídica está reconocida por el ordenamiento, solo a aquellos grupos colectivos cuya estructura corporativa, aunque tenga un cierto grado de complejidad, resulte inderogable²². Y es así, sin lugar a dudas, en la sociedad anónima²³.

7.- Otra objeción doctrinaria y jurisprudencial al pleno reconocimiento de la autonomía privada en las sociedades de capital, es que la autonomía privada puede crear (en virtud del poder recibido del Estado) –a través de la

16 Sobre la naturaleza inderogable de la disciplina dictada por el procedimiento de las asambleas en las sociedades de capital, véase COTTINO, Gastote. “Le convenzioni di voto”. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958, pp. 170 ss. GRIPPO, G. “L’assemblea nelle società per azioni”. En Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno. Vol. XVI. Impresa e lavoro, T. II, UTET, Torino, Italia, 1985, pp. 363 ss. ROSSI, S. “Il voto extrassembleare nelle società di capitali”. Giuffrè Editore, Milano, Italia.

17 Según esta teoría de la denominada “escuela orgánica” (Organismuslehre), la persona jurídica no es un ente creado por una *fictio legis*, sino un ente real, producido como tal por la colectividad. Por lo tanto, sus órganos no son externos a la colectividad de la que se compone la personalidad jurídica, sino que son sus órganos internos y, como tales, entre ellos no puede existir una relación de representación (que presupondría una separación entre representante y representado), sino una relación de organicidad (Organschaft) que fue llamada de “representación orgánica”.

18 La “organicidad” conlleva a que el acto cumplido por la persona física, en su función de órgano de un ente colectivo, sea imputable directa y unitariamente al ente, tanto bajo el perfil de la “referibilidad” de la voluntad, como bajo el de los efectos. La imputación directa al órgano permite así evitar la escisión propia de la representación voluntaria, entre el sujeto que externa la voluntad y el sujeto al que se le imputan los efectos. El órgano se convierte, de esa manera, en el instrumento técnico a través del cual, es posible efectuar la superación de la duplicidad de imputaciones propia de quien actúa por cuenta ajena.

Sin embargo debemos reconocer que la teoría orgánica ha sido objeto de ásperas críticas por representar el cruce inevitable de las diferentes interpretaciones sobre la persona jurídica, primera entre todas, la llamada “teoría de la realidad de la persona jurídica”. Por ejemplo, se ha indicado que la distinción entre órgano y representante, es en realidad ficticia, pues la persona jurídica se debe realmente valer de individuos que actúen “en nombre y por cuenta” del ente, de donde el problema de la representación orgánica, ha envuelto, de esta manera, también la capacidad de actuar del ente. Véase AURICCHIO, A. “Associazioni riconosciute”. Voz en Enciclopedia del diritto, III, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1958, p. 894. COVIELLO, Incola. “Manuale di Diritto Civile Italiano”. I, Napoli, Italia, 1924, pp. 207 ss. FERRARA Sr., óp. cit., en nota 9, p. 111, n.º 1.

19 Nuestra Sala Primera ha admitido recientemente que nuestro Código de Comercio, en materia de sociedades anónimas sigue la teoría orgánica, a través del Código de Comercio de Honduras de 1950 y la Ley de Sociedades Mercantiles de México de 1932.

20 Entre los autores que se han dedicado expresamente al análisis del concepto de subjetividad jurídica, señalamos entre otros a D’ALESSANDRO (óp. cit., en nota 9, p. 253) y SCALFI (óp. cit., en nota 12).

Las normas en materia de condominio²¹, vgr., prevén una estructura organizativa articulada y hacen expresa referencia a la asamblea de condóminos, contemplando disposiciones bastante detalladas en lo concerniente a la reglamentación de la convocatoria y de la validez de las deliberaciones en esas asambleas.

Por su parte, también la constitución y el funcionamiento de un fideicomiso,

estipulación del acto constitutivo y el registro del contrato— un ente que, por las características que se derivan de la personalidad jurídica, tiene una capacidad financiera y de inversión superior a la que pueden tener, de acuerdo con la disciplina común, las sociedades de personas. No obstante, la autonomía privada no puede ulteriormente modificar la estructura preestablecida por el ordenamiento, porque con ello sustituiría al Estado, es decir, a aquel

sujeto del cual ese poder de constitución y ese privilegio emanan.

estructura organizativa, no se ponen en relación directa con el régimen de responsabilidad.

Por tanto, lo creado o atribuido por la ley, al

21 Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio n.º 7933, del 28 de octubre de 1999 y su reforma (Ley N.º 8278 del 2 de mayo del 2002) y su Reglamento, decreto N.º 32303 MIVAH-MEIC-TUR, del 21 de marzo de 2005.

22 GALGANO, Francesco. “Il principio di maggioranza nelle società personali”. CEDAM, Padova, Italia, 1960, p. 232 para quien la diferencia deriva “en vez del mayor o menor grado de complejidad de la organización, de la naturaleza de las normas que la regulan: ellas son normas inderogables por voluntad de las partes en las personas jurídicas, derogables en la comunión. Nos damos cuenta de que la organización colegiada de la comunión difiere de la de las personas jurídicas por el hecho de que la primera, al contrario de la segunda, puede ser suprimida por voluntad de las partes”.

23 No así en las s.r.l. ni en las cooperativas (con menos de 20 socios o con un capital inferior a un millón de euros) en donde, a tenor de las últimas reformas de la CCE, se les permite aprobar el balance, distribuir utilidades o excedentes y nombrar a los administradores, a través de una consulta escrita a los socios o sobre la base del consentimiento de estos expresado por escrito, sin que sea necesario convocarlos a una asamblea. Sobre la innecesaria celebración de una asamblea de socios para acordar ciertos asuntos, véase CERTAD, Gastón. “La sociedad de responsabilidad limitada”. Editorial Juritexto, San José, Costa Rica, 2005, pp. 206 ss.

margen de los principios generales del derecho de las obligaciones, de los contratos y de las personas (por ejemplo, la total irresponsabilidad de los socios, frente a las obligaciones sociales que deroga el principio de la garantía patrimonial genérica, y las vicisitudes que afectan a los socios, no son idóneas para incidir en la sociedad; y además la capacidad jurídica y capacidad de actuar – o capacidad de goce y capacidad de ejercicio para usar la nomenclatura francesa– propia de las personas físicas, es decir, de los miembros de la comunidad, se le extienden a una entidad fruto de un proceso abstractivo y de pura creación legislativa), puede ser modificado únicamente por la ley. Así solo la ley puede autorizar a la autonomía privada a modificar la estructura de la organización creada por ella misma (aunque sea para una utilidad o una ventaja privada).

Nos parece indiscutible la aseveración de que la personalidad jurídica en el ámbito mercantil, tiene sus orígenes en el *oktroisystem*. Se observa que la personalidad jurídica ha conocido en el tiempo y como consecuencia de los buenos resultados prácticos obtenidos, una progresiva objetivación a tal punto de transmigrar de la matriz del derecho público, en la que se formó, a la del derecho privado.

Todo lo anterior nos permite reiterar, una vez más, que la personalidad jurídica y su

8.- En sus primeras elaboraciones conceptuales, en los inicios del siglo XIX, la persona

jurídica fue considerada como la técnica jurídica, mediante la cual la *universitas* adquiriría subjetividad y se le consideró persona a pesar de no serlo.

Según esa teoría (denominada “de la ficción”) el sujeto de derecho solo puede ser el hombre. Sin embargo, el ordenamiento jurídico puede reconocer la subjetividad, parafraseando a Savigny, “a cualquier otro ente, fuera del hombre, y así puede artificialmente formarse una persona jurídica”.

En el plano opuesto, se coloca la denominada “teoría de la realidad” o “de la concepción orgánica”, según la cual la personalidad jurídica es la constatación de una realidad preformativa ya existente en el plano de la realidad de los efectos. El ente colectivo es un “cuerpo orgánico” compuesto por “unidades sociales vivientes”, es decir, por hombres organizados en colectividades que expresan su voluntad a la que debe reconocérsele validez, en relación con la realidad social y no a la ficción jurídica. Así las organizaciones colectivas y los cuerpos sociales se forman naturalmente por hombres para conseguir determinados fines, tendiendo a reunirse y organizarse espontáneamente. Tales

reuniones humanas no son una ficción ni una creación del ordenamiento, sino “realidades vivientes”, al igual que el hombre, a quien el ordenamiento jurídico reconoce (pero no crea), declarando su subjetividad jurídica²⁴.

La principal objeción planteada a esa teoría por las llamadas “teorías individualistas y normativas”, es su contraste con la realidad. Se afirma que el ordenamiento reconoce como sujeto de derecho, solo al hombre, tanto que las mismas colectividades, antes de ser reconocidas, no tienen ningún valor y, aunque organizadas, se resumen en la pluralidad de sujetos que las componen.

Además, la consideración de que la voluntad es un fenómeno psíquico adscrito al hombre, así como la observación de que precisamente del hombre es el procedimiento racional que lleva a la valoración de los intereses, ha determinado más recientemente una atenta revisión de la teoría orgánica que es denominada por sus detractores “teoría del antropomorfismo”, pues en la realidad no pueden existir entidades ontológicamente distintas al hombre, pero sí caracterizadas por las mismas cualidades humanas²⁵.

Las tesis sobre la personalidad jurídica que subsiguieron en el tiempo, son muchas; pero el resultado de tanto esfuerzo interpretativo es que, de acuerdo con Serick, “la naturaleza de la persona jurídica es tan inexplorada como la naturaleza misma del hombre”²⁶.

Ya en la segunda mitad del siglo pasado, la teoría normativa de Hans Kelsen afirmó que, a través de un procedimiento especial, el ordenamiento jurídico crea los sujetos jurídicos y reglamenta su actividad. El sujeto jurídico es un grupo de normas, un ordenamiento jurídico particular. Según Kelsen, la persona física correspondiente al hombre, es la personificación, es decir, la expresión unitaria personificada de las

normas que regulan el comportamiento de un hombre. Según esta teoría, así como la persona física es la reducción a unidad de las normas que la definen (y no el hombre en sí mismo como elemento biológico), del mismo modo, la persona jurídica es el resultado de una reducción a unidad de un

conjunto de normas que se refieren a un grupo de individuos. No obstante, la tesis kelseniana ha sido duramente criticada por D'Alessandro con la “teoría de la doctrina pura”¹.

Pero a decir verdad, todas estas dos últimas teorías sobre la persona jurídica, si bien tienen puntos de partida diferentes, llegan a soluciones análogas: en la teoría de la ficción es el ordenamiento que, gracias a una fictio juris, equipara a la persona jurídica a la persona física, creando un sujeto inexistente en el plano fisiológico, pero fenomenológicamente existente en la realidad jurídica, en virtud de dicha ficción. Mientras que en la teoría normativa, la persona jurídica, igual que la persona física, existe porque existe en el ordenamiento jurídico.

Por tanto, en lo que concierne el perfil de la autonomía privada, el corolario que descende de ambas teorías, es el mismo: lo que es creado (o descrito) por el ordenamiento, solo puede ser modificado por el ordenamiento mismo.

La teoría de la realidad, por el contrario, refiriéndose a la comunidad que está a la base de las relaciones jurídicas, se nos presenta como la solución abstractamente más abierta a la autonomía privada. Por eso quienes sostienen que la constitución de la s.a., no tiene su fundamento en la teoría de la ficción, sino en la de la realidad, retienen, coherentemente, que la persona jurídica se funda en el contrato de sociedad. Además, a partir de los socios y del acuerdo contractual, la persona jurídica trae su autoridad y la legitimación del poder.

¹ Óp. cit., en nota 9, pp. 253-256.

²⁴ En nuestro país se han referido a la teoría orgánica en la sociedad anónima. CERTAD, Gastón. “El principio de competencia de los órganos sociales en las sociedades de capital. Análisis crítico de una reiterada jurisprudencia de nuestros Tribunales de Alzada”. En Revista IUSTITIA, n.º 105, pp. 4 ss. ÍDEM, “El órgano representativo de la sociedad anónima. (Apuntes sobre la –mal interpretada– representación de sociedades anónimas)”. En Revista IUSTITIA, n.º 217-218, año 19, enero-febrero 2005, pp. 20 ss. “Más pinceladas en torno a la representación orgánica (legal) y voluntaria en las sociedades anónimas”. En Revista IUSTITIA, n.º 232-233, año 20, abril-mayo 2006, pp. 22 ss. OREAMUNO, Rodrigo. “Los órganos sociales en las sociedades anónimas”. En Revista de Ciencias Jurídicas, n.º 9, pp. 117 ss.

²⁵ Véase FERRARA Sr., óp. cit., en nota 9. JAEGER, óp. cit., en nota 6, pp. 8 ss. y 119.

²⁶ Cit. por GORDANO, óp. cit., en nota 4, p. 68, nota 56.

La constitución de la sociedad y consecuentemente de la persona jurídica –dice el principal exponente de esta tesis, Visentini– dependen de la voluntad de los sujetos privados, que deciden la inversión (es decir, el aporte en propiedad) mediante el contrato, recibiendo a cambio la propiedad de las acciones representativas de su capital social².

30 ARANGIO RUIZ, G. “*Gli enti soggetti dell’ordinamento internazionale*”, I, Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1951, p. 94. D’ALESSANDRO, óp. cit., en nota 9, p. 102.

Parece más coherente aún la aislada posición de Francesco Ferrara Sr., quien, separándose de las teorías de la ficción y de la normativa, trata de conciliar el substrato prenормativo de la colectividad social con el elemento normativo del reconocimiento formal, que representaría el acto creativo, mediante el cual el ordenamiento le da vida a la persona jurídica. Según este autor, en las personas jurídicas, estarían presentes contemporáneamente, tanto el substrato social como la personalidad. El primero compone el ente, pero la segunda es un producto del ordenamiento jurídico y es una concesión exclusiva del Estado²⁹.

Asimismo, la investigación doctrinaria sobre la personalidad jurídica, estuvo condicionada durante mucho tiempo por la necesidad de explicar, mediante una coherente construcción teórica, cómo se da la imputación de las relaciones jurídicas, así como de aclarar la relación existente entre el derecho de propiedad del ente y el derecho de propiedad de cada una de las personas que lo componen.

Sucesivamente se ha aclarado que la propiedad, entendida como propiedad individual, asume una connotación distinta, cuando está referida a las personas jurídicas³⁰, y que a los entes colectivos, es imposible transferirles las mismas categorías lógicas utilizadas por la doctrina tradicional

para calificar situaciones jurídicas individuales.

Un impulso determinante para una revisión del modo de entender la personalidad jurídica,

fue presentado por los estudios filosóficos sobre el análisis del lenguaje y su extensión a las ciencias jurídicas³¹. La personalidad jurídica, afirman, es un “símbolo incompleto”.

En este caso, es un símbolo que de por sí no tiene significado, pero que puede, a través de la definición en uso, formar parte de un contexto signifiante. Así las normas que atribuyen la personalidad jurídica, no indican algo específico, sino tienen un alcance descriptivo general, cuyo elemento unificador esencial le viene de un denominado “principio de alteridad”, es decir, del elemento de la distinción de los sujetos del ente.

Con base en la conclusión de Scarpelli, según la cual el problema de las personas jurídicas, es “el problema de la determinación de las condiciones de uso de la personalidad jurídica”, Galgano se detiene preferentemente en el “abuso” de la personalidad jurídica, sugiriendo la no aplicación de la normativa de privilegio y el regreso a las reglas generales en tema de responsabilidad por las obligaciones³².

Pero lo cierto es que la doctrina que se remite al análisis del lenguaje, al haber centrado el aspecto esencial de la personalidad jurídica, se ha limitado a enunciar el denominado “principio de separación”, pero sin captar la relación práctica, utilidad que solo puede ser comprendida, relacionando tal función con el negocio jurídico³³.

Afirmar que la personalidad jurídica es un expediente lógico, no lleva di per se a ningún resultado, salvo si se pone en relación ese

² Cit. por GIORDANO, óp. cit., en nota 4, p. 73. 29
Óp. cit., en nota 9, p. 39

expediente con el ámbito del negocio, a fin de que todo asuma un significado más concreto.

del pensamiento jurídico, puesto al servicio de la empresa³⁵.

31 D'ALESSANDRO, óp. cit., en nota 9, p. 256; SCARPELLI, U. "Contributo alla semantica del linguaggio normativo". UTET, Torino, Italia, 1955; ZATTI, óp. cit., en nota 9.

32 Óp. cit., en nota 9. "La società per azioni". En Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. Vol. VII, CEDAM, Padova, 1998, p. 108.

33 GIORDANO, óp. cit., en nota 4, pp. 84 ss.

34 CARIOTA FERRARA, Luigi. "El negocio jurídico". Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid, España, 1956, pp. 43 ss. 35 GIORDANO, óp. ult. cit.

Para delinear la principal característica del negocio jurídico, en relación con el ordenamiento, se suele afirmar que el negocio jurídico es aquella declaración de voluntad, con la cual se enuncian los intentos que se pretenden perseguir, por lo que nuestro ordenamiento contempla efectos jurídicos, conformes al resultado deseado³⁴, si la finalidad del acto es merecedora de tutela y si corresponde a los requisitos fijados por la ley para cada figura.

Según Giordano, esto sucede también con la constitución de la personalidad jurídica, en donde los contratantes solicitan, del mismo modo en que lo piden en cualquier contrato, que les sean atribuidos a su declaración de voluntad, aquellos efectos de separación, bajo el ámbito de la imputación de los actos jurídicos. Una vez considerado esto como merecedor de tutela, el ordenador les ofrece protección jurídica y (de la misma manera que en cualquier otro contrato) les suministra una disciplina de default. Esta disciplina se compone de dos diferentes aspectos que actúan sobre planos distintos: uno relativo a la organización y el otro concerniente al régimen de la responsabilidad.

La estructura organizativa pertenece a los sujetos privados y, por ende, al campo de la autonomía privada (los socios pueden ulteriormente plasmar la disciplina del default para adaptarla a sus necesidades, acorde con la misma función de la personalidad jurídica, eficaz instrumento técnico de imputación, fruto de un proceso de abstracción y evolutivo

El régimen de la responsabilidad, por el contrario, se coloca fuera de la autonomía privada, incidiendo sobre el ámbito no "negocial" de la fattispecie. Los sujetos pri-

vados no tienen el poder de incidir sobre la configuración del régimen de responsabilidad, aspecto normativamente sustraído de su esfera de influencia.

Haciendo eco de las palabras de d'Alessandro,

está bien que a las partes se les permita perseguir contractualmente sus recíprocas conveniencias, porque de estas nadie puede pretender ser mejor juez que los directamente interesados. Esta libertad tiene, sin embargo, un límite cuando la actividad de las partes genere efectos externos a su relación, o sea, cuando la conveniencia de los contratantes se obtenga afectando a otros sujetos³.

9.- Por lo tanto, se barrunta que las construcciones dogmáticas que desde los albores del siglo XIX, se han ocupado de la persona jurídica y se han preocupado, sobre todo, de aclarar la "naturaleza" de la personalidad jurídica. Esta cuestión es seguramente importante en una época en donde se afirmaban, a la par de las dos formas originarias del individuo y del Estado, otras formaciones intermedias. Sin embargo, esa problemática seguramente ha perdido, con el pasar de los años, y más

³ Cit. por GIORDANO, óp. cit. en nota 4, p. 87.

especialmente, hoy, una gran parte de su significado.

Hoy nos parece mucho más útil preguntarnos no tanto ¿qué “cosa es” la personalidad jurídica? (realidad o ficción) o ¿qué “cosa quiere significar?” (símbolo completo o incompleto) sino, más pragmáticamente, “¿para qué sirve” la personalidad jurídica? ¿Cuál es su esencia bajo el ámbito funcional más que bajo el ámbito ontológico? Lo que ciertamente nos lleva a entender la personalidad jurídica en un aspecto tal vez más minimista; pero ciertamente más de consuno a la función a la que las necesidades de la empresa la reclaman.

No tenemos la más pequeña duda de que la influencia de la corriente filosófico analítica en esta problemática, nos ha suministrado al respecto nuevos inputs para la comprensión de la personalidad jurídica. Se ha comprendido así que la persona jurídica, es solo un instrumento del lenguaje jurídico útil para resumir una compleja disciplina de relaciones entre personas físicas.

Así, podemos afirmar que la personalidad jurídica es la adopción, por parte del ordenamiento, de un instrumento técnico de traducción jurídica de un elemento lógico-lingüístico, privado de consistencia prenormativa que le permite, sin embargo, a nuestra racionalidad, imputarle situaciones subjetivas a algo que, abstrayéndose, asume una propia concreción.

En palabras más sencillas, la personalidad jurídica es una particular técnica jurídica que el ordenamiento solo pone a favor de los sujetos privados, con la finalidad de permitirles la imputación separada de relaciones jurídicas.

En nuestra opinión, debe efectuarse, con respecto a la personalidad jurídica y a la correlativa estructura organizativa del ente, aquella indispensable investigación tendiente

a encontrar un punto de equilibrio entre imperatividad y tipicidad.

De esta manera, si es seguramente cierto que detrás del contrato de sociedad (y yo añadiría, detrás de la personalidad jurídica) hay muchos aspectos entre los cuales está esencialmente la autonomía patrimonial; es decir, la posibilidad de sustraer ciertos bienes, aportados a la sociedad, de la garantía de los propios acreedores personales de los socios y, simétricamente, de sustraer los propios bienes personales de la garantía de los acreedores generados por el ejercicio de la actividad en común –responsabilidad limitada–.

Debemos reconocer que el balance entre el relieve real del contrato social (y de la personalidad jurídica) y el grado de imperatividad, está distinguiendo el aspecto del negocio de la personalidad jurídica del que pertenece a la *fattispecie*. Además, el aspecto del negocio puede plasmarse con fundamento en las necesidades de los socios (por ejemplo, la estructura organizativa). Por el contrario, el aspecto allende al negocio (el régimen de la responsabilidad y los efectos externos idóneos a afectar nocivamente a terceros) está sustraído de la autonomía privada y del poder dispositivo de los socios.

Lo que aquí hemos indicado permite discernir la esencia propia del instituto de las modalidades, a través de las cuales él puede articularse, evitando de tal manera confundir, como lo han hecho hasta hoy, la doctrina y la jurisprudencia, el plano de la responsabilidad

limitada con el de la personalidad, y aclarando además que aquel *beneficium*, al que frecuentemente se hace referencia, es solo un elemento de un lejano pasado.

La autorización que el ordenamiento jurídico confiere está, por lo tanto, limitada al solo reconocimiento de la subjetividad y no se extiende a las modalidades organizativas de estas, las cuales quedan comprendidas, salvo disposición contraria, en la esfera propia de la autonomía privada.

Concluimos señalando que es forzoso reconocer que las últimas teorías sobre la personalidad jurídica, han contribuido a aclarar su aspecto principal y, en líneas más generales, el de la subjetividad. Su mérito está en haber depurado el concepto de personalidad jurídica de la idea de concesión y de creación estatal para reconducirlo al terreno del pensamiento humano³⁷.

37 Esta idea no es nueva, pues fue utilizada por los comentaristas de la Edad Media

