

PERSONALIDAD JURÍDICA Y AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO SOCIETARIO

**Prof. Dr. 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.

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, sobretudo en lo tocante a la constitución de las sociedades de mayor relieve económico, ha estado siempre comprimido y encañado en áreas estrechas y bien definidas.

A condicionar 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 **acto**¹, y por eso ha parecido oportuno, para la seguridad del tráfico comercial, que ciertas actividades empresariales fueran diferentemente autorizadas y/o controladas ².

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 a los acuerdos sociales sobre las modalidades de desarrollo de la actividad de empresa:

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

Nos parece importante resaltar que el concepto de actividad, no obstante 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 y 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.

ejemplos paradigmáticos son el proceso de homologación³ y la adopción de la forma del acto público, que a su vez conlleva 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 que caracterizan al tipo societario.

Por eso, 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 específicamente societario, la autonomía privada ha estado, por el contrario, siempre comprimida y seriamente limitada, característica ésta que se da no sólo en nuestro país sino en el derecho de sociedades de la Europa continental⁴. Tenemos entonces

que 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. Es más, 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 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.

3 En Italia, la Ley N° 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, ella era generalmente negada por la jurisprudencia.

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. 23.

6 GAMBINO, Alberto Maria, "Il principio di correttezza nell'assemblea delle società per azioni", Giuffrè Editore, Milano, 1987; GIORDANO, op. 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.

Por eso, la idea de que las sociedades de capital deban ser gobernadas por un buen número de normas imperativas ha sido progresivamente puesta en discusión, sobre todo por autores anglosajones, permaneciendo, ello no obstante, siempre abierto el inminente problema del grado de “imperatividad” que el derecho societario deba 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) calificativa”*⁸.

De lo anterior se colige que, por lo general, la inderogabilidad de una norma se deduce, en vía interpretativa, de los principios generales y a 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, y ello en cuanto ellos son los verdaderos límites que la autonomía privada en materia societaria ha siempre encontrado, y siempre encontrará, en su evolución.

A nosotros nos parece que entre estos, un puesto de primer orden corresponde al modo de entender la personalidad jurídica⁹. Y es que personalidad jurídica e interés público constituyen, a no 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.

8 SACCO, R., cit. por GIORDANO, op. 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”, UTET, 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.

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”. De aquí la conclusión de 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 delle Imprese son la SA y la SRL. 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.

Así, por ejemplo, la forma en que está redactado el artículo 17¹¹ nos parece indicativa de la necesaria tipicidad de las sociedades mercantiles. La *ratio* del carácter imperativo de ese ordinal la encontramos 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 sustituirse al Estado en la creación de sujetos de derecho atípicos.

Como se aprecia, y no obstante 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”, conclusión que encuentra una ulterior y directa confirmación para la s. a. en los artículos 18 y 104, normas que prevén que el estatuto contenga las disposiciones relativas al funcionamiento de la sociedad.

Y es que 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 lo dicho 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 tradicionalmente basado sobre las siguientes y, aparentemente insoslayables, consideraciones:

- 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; y
- c) como es la ley la que crea al ente, sólo la ley puede modificar su estructura.

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.

11 Cuando en este ensayo citemos un artículo de ley sin indicar su procedencia se entenderá que se trata del Código de Comercio.

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 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 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 distinta de las personas que lo componían¹³.

No es sino recientemente, con la afirmación del sistema capitalista fundado en el trabajo libre, que la separación del patrimonio puede alcanzarse sólo 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.

La personalidad jurídica, entonces, no es otra cosa 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. Así, la técnica del patrimonio separado le es imputada al ente personificado, tercero frente a terceros y a los mismos socios. La personalidad jurídica no es otra cosa, entonces, que una técnica jurídica por medio de la cual se realiza el “principio de separación”, en el que la limitación de la responsabilidad se configura sólo 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 quiere 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 (arts. 9 a 16) o la de la sociedad anónima unipersonal (art. 202). Otras figuras del derecho comercial asociativo contemporáneo, como las sociedades con responsabilidad limitada unipersonales o los denominados “patrimonios separados”, cada uno de los cuales está destinado exclusivamente a un específico negocio o bien el convenio con el cual en el contrato de financiación de un determinado negocio al reembolso total o

12 BASILE, Massimo-FALZEA, Angelo, “Persona giuridica (diritto privato)”, voce in 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, op. cit. en nota 9.

13 El derecho romano clásico y el justiniano no conocieron a la persona jurídica; para ellos persona era sólo el hombre libre.

14 GIORDANO, op. cit. en nota 4, p. 41.

parcial del financiamiento se destine el producto del negocio mismo, o parte de él¹⁵, no están aún contempladas en nuestro cuerpo de leyes mercantil, 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 Código Civil, de que el patrimonio de la persona es prenda común de sus acreedores.

De lo hasta aquí expuesto 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 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; técnica esta última que se nos 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.

Tenemos entonces que la personalidad jurídica no es otra cosa que un particular y eficiente instrumento jurídico mediante el cual se ejecuta aquel “principio de separación” al cual imputar determinadas relaciones jurídicas y, entre estas, las patrimoniales.

Hoy, si observamos la sociedad anónima bajo un perfil diacrónico, caemos en cuenta 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 la utilizare 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.

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”.

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, concepto elaborado principalmente por la doctrina mercantil de fines del siglo XIX al 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), 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, elementos que se han individuado no ya en la unificación subjetiva del grupo (presente en medida variable también en sujetos sin personalidad) sino en su estructura corporativa.

16 Sobre la naturaleza inderogable de la disciplina dictada por el procedimiento de las asambleas en las sociedades de capital, véase COTTINO, Gastone, “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, que 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 dicho 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, Nicola, “Manuale di Diritto Civile Italiano”, I, Napoli, Italia, 1924, pp. 207 ss; FERRARA Sr., op. cit. en nota 9, p. 111, n. 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 expresamente dedicado al análisis del concepto de subjetividad jurídica señalamos entre otros a D’ALESSANDRO (op. cit. en nota 9, p. 253) y SCALFI (op. cit. en nota 12).

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

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 co-titularidad sobre derechos reales y para propiedades imperfectas o limitadas (art. 265 CC) 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.

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

A estas observaciones, un sector doctrinario ha respondido que la personalidad jurídica está reconocida por el ordenamiento sólo a aquellos grupos colectivos cuya estructura corporativa, amén de tener 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 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 a la disciplina común, las sociedades de personas; pero la autonomía

21 Ley Reguladora de la Propiedad en Condominio N° 7933 del 28 de octubre de 1999 y su reforma (Ley n° 8278 del 2 de mayo del 2002) y su Reglamento, decreto N° 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 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.

privada no puede ulteriormente modificar la estructura preestablecida por el ordenamiento porque con ello sustituiría al Estado, esto es, a aquel sujeto del cual ese poder de constitución (y ese privilegio) emana.

Y es que lo creado o atribuido por la ley al margen de los principios generales del derecho de las obligaciones, de los contratos y de las personas (tales como la total irresponsabilidad de los socios frente a las obligaciones sociales, que deroga el principio de la garantía patrimonial genérica; que las vicisitudes que afectan a los socios no son idóneas para incidir en la sociedad; y que 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, es decir, que sólo 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 personalidad jurídica ha conocido en el tiempo y como consecuencia de los buenos resultados prácticos obtenidos, una progresiva objetivación a tal punto de trasmigrar 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 estructura organizativa no se ponen en relación directa con el régimen de responsabilidad.

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* adquiría subjetividad y se la consideró *persona* a pesar de no serlo.

Según esa teoría (denominada “de la ficción”) sujeto de derecho sólo 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”, esto es, por hombres organizados en colectividades que expresan su voluntad a la que debe reconocérsele validez en relación a la realidad social y no a la ficción jurídica. 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, que el ordenamiento jurídico reconoce (pero no crea) declarando su subjetividad jurídica²⁴.

La principal objeción hecha a esa teoría por las llamadas “teorías individualistas y normativas” es su contraste con la realidad. El ordenamiento, se afirma, reconoce como sujeto de derecho sólo 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 (denominada por sus detractores “teoría del antropomorfismo”, pues en la realidad no pueden existir entidades ontológicamente distintas al hombre pero caracterizadas por las mismas cualidades humanas²⁵).

Las tesis sobre la personalidad jurídica que se subsiguieron en el tiempo son muchas; pero el resultado de tanto esfuerzo interpretativo es que, de acuerdo a 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. De acuerdo a 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.

La tesis kelseniana ha sido duramente criticada por D'Alessandro con la “teoría de la doctrina pura”²⁷.

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 *fictione juris* equipara la persona jurídica a la persona física, creando un sujeto inexistente en el plano fisiológico pero fenomenológicamente existente en la realidad jurídica en virtud

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° 105, pp. 4 ss.; IDEM, “El órgano representativo de la sociedad anónima (Apuntes sobre la –mal interpretada- representación de sociedades anónimas)” en Revista IUSTITIA, N° 217-218, Año 19, enero-febrero 2005, pp. 20 ss.; IDEM, “Más pinceladas en torno a la representación orgánica (legal) y voluntaria en las sociedades anónimas”, en Revista IUSTITIA, n° 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° 9, pp. 117 ss.

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

26 Cit. por GIORDANO, op. cit. en nota 4, p. 68, nota 56

27 Op. cit. en nota 9, pp. 253-256

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 sólo 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. tiene su fundamento no 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. Es de los socios y del acuerdo contractual que la persona jurídica trae su autoridad y la legitimación del poder. “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 social”²⁸.

Pareciera 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

prenormativo 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 cuanto la personalidad; el primero compone el ente, pero la segunda es un producto del ordenamiento jurídico y es una concesión exclusiva del Estado ²⁹.

Y es que la investigación doctrinaria sobre la personalidad jurídica estuvo condicionada por mucho tiempo por la necesidad de explicar, mediante una coherente construcción teórica, cómo se da la imputación de las relaciones jurídicas, así como 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 jurídicas ³⁰, 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 lo dieron los estudios filosóficos sobre el análisis del lenguaje y su extensión a las ciencias jurídicas ³¹. La personalidad jurídica, afirman, es un “símbolo incompleto”, esto es, un símbolo que de por sí no tiene significado,

²⁸ Cit. por GIORDANO, op. cit. en nota 4, p. 73.

²⁹ Op. cit. en nota 9, p. 39.

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

pero que puede, a través de la definición en uso, formar parte de un contexto significante. 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”, esto es, del elemento de la distinción de los sujetos del ente.

Galgano, haciendo suya 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”, 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, no obstante 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 puede ser comprendida sólo 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 expediente con el ámbito del negocio, a fin de que las cosas asuman un significado más concreto.

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 y respecto a la cual nuestro ordenamiento –si la finalidad del acto es merecedora de tutela y si responde a los requisitos fijados por la ley para cada figura– contempla efectos jurídicos conformes al resultado querido³⁴.

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

Esto es acorde con la misma función de la personalidad jurídica, eficaz instrumento

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

32 Op. cit. en nota 9; IDEM, “La società per azioni”, en Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. VII, CEDAM, Padova, 1998, p. 108.

33 GIORDANO, op. 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.

técnico de imputación, fruto de un proceso de abstracción y evolutivo del pensamiento jurídico, puesto al servicio de la empresa ³⁵.

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 privados 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 sujetos”³⁶.

9.- De lo que hasta aquí hemos visto se barrunta que las construcciones dogmáticas que desde los albores del siglo XIX se han ocupado de la persona jurídica se han preocupado, sobretudo, de aclarar la “naturaleza” de la personalidad jurídica, cuestión seguramente importante en una época en que se afirmaban, a la par de las dos formas originarias del individuo y del Estado, otras formaciones intermedias. Sin embargo, esa problemática ha seguramente perdido, con el pasar de los años, y más especialmente, hoy, una gran parte de su significado.

Hoy nos parece mucha más útil preguntarnos no tanto qué “cosa sea” la personalidad jurídica (realidad o ficción) o qué “cosa quiera significar” (símbolo completo o incompleto) sino, más pragmáticamente, a “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 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 sólo 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 prenortativa, 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 pone a favor de los sujetos privados sólo con la finalidad de permitirles la imputación separada de relaciones jurídicas.

³⁵ GIORDANO, op. ult. cit.

³⁶ Cit. por GIORDANO, op. cit. en nota 4, p. 87.

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.

Por lo tanto, si es seguramente cierto que detrás del contrato de sociedad (y yo añadiría, detrás de la personalidad jurídica) hay muchas cosas entre las cuales está esencialmente la autonomía patrimonial (o sea, 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*. 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 el negocio (el régimen de la responsabilidad y los efectos externos idóneos a afectar nocivamente a

terceros) están sustraídos de la autonomía privada y del poder dispositivo de los socios.

Lo que aquí hemos dicho permite discernir la esencia propia del instituto de las modalidades al través de las cuales él puede articularse, evitando de tal manera confundir, como lo ha 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 sólo 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 ésta que quedan comprendidas, salvo disposición con contrario, en la esfera propia de la autonomía privada.

Concluimos diciendo 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 Idea ésta que no es nueva pues fue utilizada por los comentaristas de la Edad Media.