LA PERSONA JURÍDICA

Jesús Alfaro Águila-Real

No me parece exagerado decir que persona jurídica y representación son las dos maravillosas técnicas jurídicas que han permitido el desarrollo económico del capitalismo

Luis Diez-Picazo

Parte General

Prefacio

¿Por qué escribir un libro sobre la persona jurídica en 2022? Porque al examinar cuestiones concretas de Derecho de Sociedades, las respuestas de una parte de la dogmática no me parecían satisfactorias. Me refiero, por ejemplo, a la naturaleza de la disolución o a la de la nulidad de la sociedad; a las explicaciones sobre las diferencias entre las sociedades personalistas y las sociedades de estructura corporativa; a la doctrina sobre los órganos y los acuerdos sociales; a la explicación de la responsabilidad limitada o el sentido de los 'atributos' (nacionalidad, domicilio, nombre) de la persona jurídica.

Una concepción patrimonialista de la persona jurídica (las personas jurídicas son patrimonios dotados de agencia o capacidad de obrar) empezó a resultarme cada vez más convincente para explicar de una forma sistemáticamente coherente las cuestiones enunciadas y algunas más. Y más convincente aun, cuando me di cuenta de que, en realidad, era la doctrina que podríamos considerar 'mayoritaria' si la mirada hacia el pasado se realizaba con suficiente amplitud. No es una 'ocurrencia'. Savigny estaba equivocado en algunas cosas sobre las personas jurídicas, pero no en su concepción de éstas como patrimonios con capacidad de obrar.

Y es preferible, porque completa la concepción más extendida del Derecho de Sociedades. La tendencia de la doctrina ha sido la de explicar todas las instituciones del Derecho de Sociedades desde una perspectiva contractual, esto es, utilizando instituciones del Derecho de Contratos. Y esa es una perspectiva incompleta que ofrece una visión distorsionada de muchas de las instituciones societarias. El Derecho de Sociedades está formado por una pieza de Derecho de Obligaciones y Contratos -

el contrato de sociedad - y por otra procedente del Derecho de Cosas en sentido amplio - la personalidad jurídica -. Las sociedades con personalidad jurídica son patrimonios dotados de capacidad de obrar cuyo origen está en un contrato entre los que deciden cooperar para perseguir un fin común. De manera que no es posible explicar todas las instituciones del Derecho de Sociedades sin recurrir al Derecho de Cosas, a los derechos reales.

El problema es que el recurso a las reglas sobre los Derechos Reales también puede llevar al error. El Derecho de la Persona Jurídica es Derecho de los Patrimonios. Y las reglas aplicables a los patrimonios son distintas de las reglas aplicables a los bienes singularmente considerados. Jurídicamente, ser titular de un patrimonio no es lo mismo que ser propietario de un bien o titular de un derecho real. Y las reglas sobre adquisición – originaria y derivativa – de un derecho real; las reglas sobre transmisión de un derecho real y las reglas sobre extinción de un derecho real no se aplican a los patrimonios. Los patrimonios no individuales se forman por aportación o por dotación fundacional. Los patrimonios se transmiten mediante sustitución de la persona jurídica titular, esto es, a través de las llamadas modificaciones estructurales; y los patrimonios se extinguen por liquidación. Un patrimonio no se puede ocupar, ni se puede comprar ni vender, ni se puede entregar, ni se puede abandonar, destruir o perderse.

Para completar, pues, la doctrina tradicional, el punto de partida debe ser comparar a las personas jurídicas con los seres humanos contemplados como titulares de patrimonios. No hay grandes – aunque sí algunas – diferencias entre un patrimonio individual (el de Juan o Manuela) y un patrimonio personificado (una persona jurídica). La analogía, aquí sí, es de gran utilidad porque algunos aspectos de los patrimonios individuales han sido muy estudiados por la doctrina desde los tiempos de los romanistas del siglo XIX. Me refiero a instituciones como la herencia yacente, la sucesión universal, el trust, la subrogación real, la responsabilidad universal. El estudio dogmático-jurídico de los patrimonios ha sido escaso, al menos en la doctrina en lengua española.

La concepción patrimonialista de la persona jurídica permite explicar coherentemente las instituciones del Derecho de las Organizaciones sociales, esto es, las que tienen una base personal – sociedades en sentido amplio – y las que tienen un carácter fundacional – fundación, trust, sociedad de un solo socio – y sostener una concepción unitaria de la personalidad jurídica.

A partir de una concepción patrimonialista es posible también valorar las innumerables 'teorías' sobre la personalidad jurídica que se han ofrecido a lo largo de dos siglos. Estas se han ordenado en tres grupos: la teoría de la persona ficta; las teorías analíticas (la persona jurídica como 'paréntesis' y mecanismo provisional de imputación de normas) y las teorías que ven a la persona jurídica como una persona colectiva o compuesta. Se intentará demostrar que una concepción patrimonialista

da cuenta mejor que las otras de la función económico-social de la personalidad jurídica.

En alguna ocasión he dicho que la personalidad jurídica es la innovación no tecnológica más importante de la historia de la humanidad: formar patrimonios mediante la contribución de muchos y a los que se les dota de un 'gobierno' que les permite actuar en el tráfico (adquirir bienes y derechos, enajenarlos o cederlos, contraer obligaciones y entablar relaciones con otros patrimonios). Es una innovación universal. Todas las civilizaciones, desde la aparición de las ciudades, conocen formas de personificación. En forma de personas jurídicas corporativas, esto es, dotadas de órganos que les permiten persistir con independencia de la suerte que soportan los individuos que participan en la corporación. Dotadas, pues, de 'vida eterna'. Lo que es específico de Europa Occidental no es la personificación de los patrimonios, sino la utilización de la persona jurídica para fines empresariales-comerciales. La sociedad anónima, la *corporation,* la *joint-stock company,* la *compagnie* o la *Aktiengesellschaft* es un 'invento' europeo que contribuyó grandemente al desarrollo del capitalismo al permitir acumular capital de forma permanente (lo que las personas jurídicas de China o de la cultura islámica no lograron).

Este es el contenido del libro. En la Parte General se estudia la función social de la personalidad jurídica y se lleva a cabo un estudio de los patrimonios en comparación con los bienes singulares; se ensaya una explicación eficientista de la personificación como mecanismo para reducir los costes de delimitar los derechos sobre un conjunto heterogéneo de bienes; se 'cuenta' la 'historia' de las corporaciones, cuya importancia en la Historia de Europa no puede exagerarse y se analizan con algún detalle las distintas 'teorías' de la personalidad jurídica. En la Parte Especial se estudia la relación entre el contrato de sociedad y la formación de personas jurídicas; se examinan casos dudosos de personificación, la polémica sobre la naturaleza de la 'responsabilidad limitada' y los atributos de la personalidad jurídica. Los siguientes capítulos se ocupan de la formación de la persona jurídica y sus vicisitudes; la estructura, esto es, los órganos y la adopción de acuerdos; la disolución de la sociedad y la liquidación del patrimonio para terminar con las modificaciones estructurales. Al final se echa un vistazo a la doctrina del levantamiento del velo.

Buena parte del contenido de este libro se publicó como entradas en el blog Derecho Mercantil y, sobre todo, en el Almacén de Derecho. Pero prácticamente todo es de nueva redacción. En algunos casos, además, he cambiado de opinión o, las más de las veces, he reformulado las tesis que se mantenían en las entradas correspondientes. La información bibliográfica es, en alguna medida, arbitraria y se echarán de menos muchos trabajos que algún lector puede considerar fundamentales. No se ha pretendido, en todo caso, hacer de menos a nadie. Echésele la culpa a la vagancia del autor.

En el capítulo de agradecimientos debo incluir a Cándido Paz-Ares, maestro de mi aventura intelectual y cuyos trabajos de Derecho de Sociedades han sido la base y el acicate para los míos. A Fernando Pantaleón, que me ha ahorrado muchas meteduras de pata y ha sido el más potente y generoso conversador. A Francisco Garcimartín y Pedro del Olmo por haberme escuchado pacientemente perorar sobre casi todos los capítulos del libro y haberme hecho valiosísimas observaciones y a Aurora Campins, Nuria Bermejo, Javier Juste y Juan Antonio Lascuraín por las mismas razones. También a los demás compañeros del área de Derecho Mercantil de la UAM. A Lidia Zommer y a Ana del Arco, por su estímulo para publicarlo.

Cooperación, Derecho y personas jurídicas

Qué son las personas jurídicas y por qué se inventaron

A todos los seres humanos se les pueden imputar o atribuir derechos y obligaciones patrimoniales (capacidad jurídica), incluso a un loco o a un niño; todos los seres humanos pueden adquirir bienes y créditos, enajenarlos o cederlos; todos pueden contraer obligaciones y deudas y todos pueden entablar relaciones jurídicas con otros directamente o a través de otros (capacidad de obrar). Gracias a este doble reconocimiento, los seres humanos pueden cooperar para 'mejorar su condición' o, como se recoge en el art. 10 CE, para vivir su vida como deseen poniendo al servicio de sus aspiraciones cosas valiosas, útiles.

En este contexto, personificar o atribuir personalidad jurídica a un fenómeno significa equipararlo con los seres humanos en su aspecto patrimonial. Patrimonio es todo lo valioso económicamente que tiene un individuo. Podemos concebir patrimonios cuyo titular no sea un individuo sino un sujeto inventado, sólo hace falta identificar un fin que se pretende lograr poniendo a su servicio ese conjunto de bienes, derechos, créditos, deudas y vinculaciones contractuales que es el patrimonio. Esto significa atribuir capacidad jurídica. Luego, sólo es necesario dotar al patrimonio de capacidad de obrar.

El reconocimiento de que hay sujetos de derecho distintos de los seres humanos amplifica extraordinariamente las posibilidades de cooperación. Los patrimonios individuales son insuficientes para potenciar la cooperación a gran escala. Los proyectos ambiciosos requieren de muchos más bienes de los que un individuo puede acumular (economías de escala) y los individuos no pueden obtener las ventajas de la especialización y división del trabajo. Ni siquiera pueden diversificar, la estrategia más obvia para reducir el riesgo de inanición en los grupos humanos. De manera que, para que una Sociedad de cierto tamaño prospere gracias a la acción colectiva de sus miembros es imprescindible inventar sujetos no humanos a los que considerar titulares de patrimonios.

La personificación de los patrimonios es antiquísima y está ligada a la Revolución Neolítica

"Las teorías del Estado y las de la corporación deben estar íntimamente relacionadas. El individualismo que disuelve la compañía en los accionistas que la integran no se detendrá en esa hazaña… que el Estado posea verdadera voluntad no ofrece seguridad si ningún otro grupo puede tenerla. De ahí el valor de una teoría que se esfuerza por abarcar todo el terreno"

F.W. Maitland

Es intuitivo decir que la fuente de la plaza pertenece a la ciudad de Tebas porque la fuente, como bien, forma parte del patrimonio que es la ciudad de Tebas, patrimonio que está al servicio de las necesidades de los vecinos de la ciudad. Los vecinos de Tebas no son propietarios de la fuente. Es intuitivo y adecuado decir que Argentina debe 30.000 millones de dólares al FMI. Los individuos que tienen la nacionalidad o la residencia argentina no son deudores. El deudor es el patrimonio personificado que es Argentina.

En otras palabras, los bienes singulares pueden ser objeto de derechos subjetivos, pero no pueden personificarse. Los patrimonios, simétricamente, no pueden ser objeto de derechos subjetivos, pero pueden personificarse. Personificarse significa que los patrimonios son idóneos para que les imputemos derechos u obligaciones (capacidad jurídica) y lo son porque los bienes singulares (salvo que sean *nullius*), los créditos pueden (y deben) pertenecer a 'un patrimonio' entendido como conjunto unificado de bienes que pertenecen a un mismo sujeto. Aunque cronológicamente fue al revés, si llamamos patrimonio de Ticio o de Cornelia al conjunto de todas las cosas valiosas de las que se sirven Ticio o Cornelia en su devenir como seres humanos, es fácil extender ese nombre al conjunto de cosas que sirven a un grupo para realizar un objetivo colectivo (proporcionar agua potable a los vecinos de una villa o proveer al enterramiento de los miembros de la asociación). Todos los bienes que sirven para prestar servicios a los vecinos de Tebas forman el patrimonio de Tebas.

Y nada más natural que, una vez que decimos que un 'bien' pertenece a Tebas o que Tebas tiene derecho a que un vecino entregue una cantidad de trigo o una docena de corderos, digamos también que Tebas 'debe' una cantidad de semillas a un vecino o que Tebas 'ha contratado' el suministro de trigo para sus vecinos con un comerciante siciliano. No es extraño que los primeros titulares de esos patrimonios colectivos fueran las familias extensas (*gens,* clanes) y los templos o los (proto) Estados (*res publica*); que las ciudades fueran consideradas las primeras personas jurídicas y que innovaciones como la escritura estuvieran estrechamente relacionadas con la contabilidad, esto es, con el registro de las transacciones entre los individuos y la comunidad representada por el 'templo'.

1. ¿Qué son las personas jurídicas? a. Una forma de identificar a los seres humanos en su aspecto patrimonial b. Sujetos inventados para amplificar las posibilidades

de cooperación c. Una forma de personificar patrimonios d. Una forma de atribuir derechos subjetivos a los bienes singulares

2. ¿Por qué son necesarias las personas jurídicas? a. Para que los patrimonios individuales puedan potenciar la cooperación a gran escala b. Para permitir que los individuos obtengan las ventajas de la especialización y división del trabajo c. Para que los grupos humanos puedan reducir el riesgo de inanición d. Todas las anteriores
3. ¿Qué relación existe entre las teorías del Estado y las teorías de la corporación? a. No existe relación entre ellas b. Las teorías del Estado deben ser íntimamente relacionadas con las teorías de la corporación c. Las teorías de la corporación deben ser independientes de las teorías del Estado d. Las teorías de la corporación deben ser opuestas a las teorías del Estado

4. ¿Qué significa personificar un patrimonio? a. Atribuir derechos subjetivos a los bienes singulares b. Dar capacidad jurídica y capacidad de obrar a un patrimonio c. Hacer que los patrimonios sean objeto de derechos subjetivos d. Ninguna de las anteriores.

Dice Denise Schmandt-Besserat, Tokens and Writing: The Cognitive Development, 2013, resumido aquí que "*no puede ser una coincidencia que la escritura se desarrollara en el mismo tiempo y lugar (finales del cuarto milenio Sumer) que los primeros estados, por lo que la asociación entre la escritura y gobernar tampoco debe ignorarse*". La primera escritura tenía la forma de "*fichas en sobres, un sistema desarrollado con fines contables. … para la llevanza de libros y la contabilidad*". A lo que se añadió la representación de las personas. La escritura se utiliza para "*hacer un seguimiento de los nombres de las personas… entre 2900 y 2700 a C en Mesopotamia, fue posible escribir no solo '8 burro', sino 'Kushim 8 burro'*" para contabilizar la deuda o el crédito correspondiente de Kushim; v., también, Aaron Koller, The Alphabetic Revolution, Writing Systems, And Scribal Training In Ancient Israel en New Perspectives in Biblical and Rabbinic Hebrew Aaron D. Hornkohl y Khan Geoffrey (dir.), 2021. "*las primeras fichas contables se crearon para indicar que un individuo había pagado el impuesto*".

En otro orden de cosas, la idea de la personalidad jurídica aprovecha la intuición psicológica acerca de la propiedad privada de los bienes, tan antigua como el *homo sapiens*. Una vez personificada la ciudad, los individuos pueden saber a bajo coste quién es el dueño de esos bienes que sirven a la cobertura de las necesidades de los vecinos y entender que no son *nullius* y que no pueden apropiarse de ellos.

Pascal Boyer, How Natural Selection Shapes Conceptual Structure: Human Intuitions and Concepts of Ownership, 2015; Mukesh Eswaran and Hugh M. Neary, An Economic Theory of the Evolutionary Emergence of Property Rights, American Economic Journal: Microeconomics 2014, 6(3): 203–226 y un resumen aquí; Herb Gintis' "*The Evolution of Private Property*", Journal of Economic Behavior and Organization, 2007, un resumen aquí; y su evolución desde una concepción procesal – quién vence en un pleito que tiene por objeto la

propiedad de un bien – a una concepción sustantiva (el Derecho proclama quién es el propietario de una cosa *urbi et orbe*), Max Kaser, El concepto romano de la propiedad AAMN, 1963.

Pero la personificación de patrimonios no solo es antiquísima sino también variadísima. Todas las civilizaciones conocen formas de personificación de patrimonios, pero, en lo que hace a Europa Occidental, la figura jurídica no es la de patrimonio, sino la de corporación. Se utilizarán corporaciones para cualquier objetivo supraindividual.

V., Kartick Maheshwari y Vishnu Vardhan Shankar, Stone Gods and Earthly Interests: The Jural Relations and Consequence of Attributing Legal Personality to Hindu Idols" *Student Bar Rev.* 16(2004) pp 46 ss, quienes cuentan que los ídolos hindúes son, en realidad, personas jurídicas; más adelante me referiré a China y al Islam. V., también, Maitland, (F.W. Maitland, Introducción a Otto v. Gierke, Teorías Políticas de la Edad Media, trad. esp., Madrid, 1995, p 26) compila los distintos tipos de personas jurídicas que un hipotético jurista inglés incluiría en un Tratado sobre el Derecho de las Corporaciones (*English Fellowship Law*). Además de "*trusts* y *sociedades anónimas*" habría que incluir "*iglesias – incluso la Iglesia Medieval, una y católica -, monasterios, órdenes mendicantes, grupos inconformistas, un sistema presbiteriano, viejas y nuevas universidades, las comunidades rurales… el señorío… el municipio, las ciudades de Nueva Inglaterra, los condados y distritos, los burgos… el gremio en sus múltiples manifestaciones, los inns of Court, los comerciantes que van a su propio riesgo (adventurers), las belicosas compañías de condottieri ingleses (quienes al volver a su país contribuyeron a popularizar la palabra 'company' entre nosotros), las compañías mercantiles, las compañías que se convirtieron en colonias, las compañías que guerreaban, las sociedades de amigos, los sindicatos, los clubs, el grupo que se reúne en el café Lloyd's, el grupo que se transformó en la Bolsa, y así sucesivamente hasta la sociedad de un solo socio, el Standard Oil Trust y la normativa sudaustraliana para las villas comunales*".

En estas páginas se sostiene, sin embargo, que la personalidad jurídica puede explicarse recurriendo a categorías jurídicas muy simples porque, como dice Maitland del contrato, los conceptos jurídicos fundamentales son 'voraces' en el sentido de que tratan de explicar el máximo de fenómenos sociales. Y si el contrato puede explicar el Estado (contrato social), ¿cómo no va a poder explicar la sociedad anónima? Pero no basta con el contrato. Las piezas jurídicas que permiten explicar la persona jurídica son dos: el 'acto de constitución' de la persona jurídica que, en lo que hace a las personas jurídicas de Derecho Privado, es un contrato de sociedad o un negocio jurídico unilateral (el negocio fundacional) y la pieza del patrimonio como un conjunto de bienes, derechos, créditos y deudas y relaciones jurídicas unificadas por el fin al que sirven, concretado por la voluntad del que o los que constituyen la persona jurídica. El contrato es necesario para formar el patrimonio y dotarlo de capacidad de obrar. El patrimonio es necesario para alcanzar el objetivo supraindividual perseguido por los que lo forman. Lo más específico de la personalidad jurídica es explicar por qué y cómo adquieren los patrimonios capacidad de obrar.

La capacidad de obrar de los patrimonios

"… (el) pobre empleado de la corporación que ha actuado en interés y beneficio de su principal, un empleado que, como dijo Maitland es el <<criado de un desconocido Loquesea>> Porque si ese Loquesea carece de voluntad, ¿cómo puede haber contratado y designado al empleado para que actúe por su cuenta y nombre en primer lugar si seleccionar implica ponderar cualidades humanas y ponderar es propio y característico de una mente humana?".

Harold Laski

Una corporación es propietaria, suscribe contratos y aparece ante un tribunal, en su propio nombre. Es decir, una corporación tiene derechos de propiedad y de contratación (lo que… se llama, en un sentido demasiado sugerente, personalidad jurídica)… y recibe una competencia dentro de la cual puede dictar y hacer cumplir normas que van más allá del derecho positivo siempre y cuando no sean incompatibles con éste. Los monasterios, por ejemplo, siguen la regla de San Benito. Los municipios tienen y aplican ordenanzas. Las universidades aplican sus estatutos. Y las corporaciones comerciales sus estatutos y reglamentos internos. En en otras palabras, la corporación tiene derecho a autogobernarse. Sin patrimonio separado y derecho a suscribir contratos, la corporación sería un mero contrato de sociedad (partnership). Sin autogobierno, sería un trust. Estas características son las que hacen de la corporación una corporación. Corresponden a la corporación como entidad jurídica distinta, separada, de las personas físicas relacionadas con ella. Por supuesto, dado que carece de capacidad de obrar, los derechos de una corporación han de ser ejercidos por personas físicas que actúan en su nombre. Pero las consecuencias de tal actuación recaen sobre la corporación y no sobre los actuantes.

David A. Ciepley

Para lograr que un patrimonio no individual sirva efectivamente a la finalidad para la que se formó es necesario que pueda insertarse en el tráfico y entrar en relación con otros patrimonios o, lo que es lo mismo, adquirir y enajenar bienes; generar créditos y contraer deudas y, en general, contratar los servicios de otros individuos. Dado que los patrimonios no tienen voluntad, la inserción en el tráfico de un patrimonio requiere que se designen individuos que tomen decisiones y actúen con efectos sobre él, es decir, hay que dotar al patrimonio de capacidad de obrar.

La personificación de un patrimonio es, pues, una técnica jurídica para dotar de 'sujeto' a un patrimonio, técnica que opera equiparando al titular ficticio de un patrimonio con un individuo. Puede haber bienes que no sean de nadie (*nullius*) pero no puede haber patrimonios sin titular. Y el titular del patrimonio, a semejanza de los titulares de patrimonios por excelencia que son los seres humanos ha de tener agencia; y agencia o capacidad de obrar solo tienen los humanos, de manera que ésta se proporciona al patrimonio designando a individuos o estableciendo reglas para designar a individuos para que decidan y actúen con efectos sobre él.

Sobre el concepto de agencia en Filosofía, v., Agency, Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2015-2019. La técnica jurídica de la personificación de un patrimonio es, como se verá en su momento, distinta a la técnica de la representación voluntaria. La personificación sirve para poner conjuntos de bienes al servicio de fines supraindividuales; la representación sirve para

extender la capacidad de obrar de un individuo. La personificación genera capacidad de obrar donde antes no la había. La representación extiende una capacidad de obrar preexistente.

Volviendo al ejemplo de Tebas y comparando a la ciudad con un individuo, es correcto decir que al patrimonio de Ticio (de Tebas) pertenece un inmueble que (Tebas) Ticio construyó y que ha alquilado a Cornelia o que un conejo que (Tebas) Ticio cazó o un tesoro que (Tebas) Ticio halló pertenecen a ese patrimonio. El patrimonio de Ticio (de Tebas) tiene capacidad jurídica porque le podemos imputar derechos de propiedad en el sentido de decir que el inmueble construido por Ticio 'pertenece a Ticio' (Tebas) u obligaciones en el sentido de decir que Ticio (Tebas) responde de los daños que sufra un viandante sobre el que cae la cornisa del inmueble o en el de decir que responde de la obligación de entregar el 10 % del valor del tesoro al Estado: ambas deudas – responsabilidad extracontractual y deuda de origen legal – pesan o forman parte del 'patrimonio de Ticio' (Tebas). De igual modo podemos decir que a Ticio (Tebas) pertenece - como un crédito – la renta o merced arrendaticia correspondiente al alquiler de ese inmueble, renta que forma parte – como una obligación o deuda – del patrimonio de Cornelia, la arrendataria.

Sin embargo, para encontrar o hallar el tesoro; construir el edificio; cazar el conejo o alquilar el inmueble necesitamos de una conducta voluntaria por parte de un individuo; necesitamos a alguien que sea capaz de desplegar conductas voluntarias (actos o negocios jurídicos) dirigidas a conseguir objetivos, capacidad que sólo tienen los seres humanos. En particular, para que se haya generado el crédito a la renta del arrendamiento en el patrimonio de Ticio y la deuda correspondiente en el patrimonio de Cornelia, es necesario que Ticio haya celebrado un contrato de arrendamiento con Cornelia y ese contrato sólo puede existir si Ticio y Cornelia o un hombre o mujer representando a cada uno de ellos emiten las correspondientes declaraciones de voluntad. El patrimonio de Ticio (Tebas) no puede provocar cambios en su composición sin que concurra una voluntad que solo poseen los seres humanos, los únicos que tienen agencia.

1. What was the purpose of the first writing system in Mesopotamia? a) To keep track of names of people b) For artistic expression c) For keeping track of livestock d) To record religious beliefs

2. Why did writing develop at the same time as the first states in Mesopotamia? a) By coincidence b) It was not related to states c) The relationship between writing and governing should not be ignored d) Writing developed before the states

3. What was the purpose of the creation of the first accounting tokens? a) To keep track of livestock b) To indicate that a person had paid taxes c) To write religious texts d) To record trade transactions

4. How did the concept of legal personality evolve in Western Europe? a) Through the figure of patrimony b) Through the figure of corporations c) Through the figure of individuals d) Through the figure of trusts and anonymous societies

5. What was the purpose of corporations in Western Europe? a) To achieve individual goals b) To achieve supraindividual goals c) To achieve religious goals d) To achieve political goals

6. ¿Qué es necesario para que haya un crédito a la renta en el patrimonio de Ticio y una deuda correspondiente en el patrimonio de Cornelia? a. Un acto o negocio jurídico por parte de una entidad no humana b. Una conducta voluntaria por parte de Ticio y Cornelia c. Una conducta involuntaria por parte de Ticio y Cornelia d. La existencia de un tesoro

7. ¿Qué hace posible que un patrimonio tenga capacidad jurídica? a. Un acto o negocio jurídico por parte de una entidad no humana b. Una conducta voluntaria por parte de Ticio c. Una conducta involuntaria por parte de Ticio d. La existencia de un tesoro

8. ¿Qué tipo de conducta es necesaria para conseguir objetivos relacionados con el patrimonio de Ticio? a. Una conducta involuntaria b. Una conducta no humana c. Una conducta voluntaria d. Una conducta no dirigida

Las máquinas no tienen esa capacidad. Que las máquinas puedan 'imitar' la toma de decisiones propia de los humanos no convierte en decisiones humanas – declaraciones de voluntad – tales fenómenos. Porque, por definición, una decisión humana es única y exclusivamente la decisión tomada por un ser humano. Científicamente, sin embargo, las decisiones de una máquina y las de nuestro cerebro pueden ser indistinguibles. Un ejemplo espectacular de 'coordinación genética' de las plantas de un fynbo como si quisieran 'impedir' la invasión de su territorio por parte de las plantas de un colindante bosque puede verse en Mingzhen Lu et al, Biome boundary maintained by intense below ground resource competition in world's thinnest-rooted plant community, 2022, resumido aquí. Sobre qué animales tienen 'conciencia' v., Simona Ginsburg y Eva Jablonka, How Did Consciousness Evolve? An Illustrated Guide, MIT Press Reader, 2022, resumido aquí. Mi opinión ha cambiado en alguna medida respecto a la que expresé en Jesús Alfaro, Gustavo Bonelli sobre la personalidad jurídica, Almacén de Derecho, 2019.

La identificación de los individuos a los que sirve el patrimonio personificado

Las personas jurídicas más primitivas eran coextensas con el grupo social a cuyos fines servía el conjunto de bienes personificado. El 'sujeto' colectivo era la *gens* o

familia extensa (el clan o la tribu) o el '*populus*' o los 'vecinos de Tebas', esto es, los habitantes de la ciudad. Se trata de patrimonios que sirven a grupos humanos de composición variable y cuyos componentes están definidos por referencia al patrimonio que servía al grupo (la *res publica,* la *commonwealth*)

Para poner ese conjunto de bienes al servicio de las necesidades de un grupo, no era imprescindible identificar a los individuos que podían beneficiarse de la explotación del patrimonio. Por ejemplo, si el patrimonio de la ciudad de Tebas sirve a los vecinos de la ciudad (les proporciona agua potable, caminos de acceso a su casa y a sus tierras, seguridad física, higiene - alcantarillado, baños públicos -) no necesitamos determinar quiénes son los beneficiarios de ese patrimonio para personificarlo (los que, en cada momento, sean vecinos de la ciudad de Tebas). Basta con saber cuál es el fin a cuya - mejor - consecución sirve ese patrimonio y quiénes toman las decisiones sobre él (en el caso de una ciudad como era Tebas, los magistrados).

> V., Riccardo Orestano, Il problema delle fondazioni in Diritto Romano: Appunti dalle lezioni tenute nell'Università di Genova, Volume 1, 1959, resumido aquí y aquí, y Maitland, *Introducción,* pp 36-37: "*Por no haber sido siempre puntual pagadora, no siempre gozaba de buen crédito, y por eso nos enseñó nuestro código de leyes (Statute Book) a decir que no era la Corona la obligada frente a la deuda nacional, sino 'the Publick'; y este 'Público' se parece mucho a una Respublica que ha dejado caer su primera sílaba para no herir los sentimientos de 'cierto gran personaje'".*

Con el paso del tiempo, y el aumento del tamaño de las Sociedades humanas, se multiplicará la formación de estos patrimonios destinados a fines colectivos pero particulares de un grupo de personas determinado o indeterminado e inferior al grupo social total. En todo caso, en el mundo antiguo, el protagonismo de las ciudades como 'personas jurídicas' prototípicas es indisputado.

> Rostovtzeff, The Social and Economic History of the Roman Empire, vol I, revisado por P. M. Fraser, 1957, p 138 Roma, en el siglo II, era de facto una monarquía absoluta limitada "*por algunos privilegios otorgados a las clases altas de ciudadanos romanos… y la autonomía o autogobierno de las ciudades. En la práctica, el autogobierno de las ciudades era casi completo. La burocracia imperial sólo interfería en los asuntos locales muy rara vez y se ocupaba casi exclusivamente de recaudar los impuestos – normalmente a través de la propia ciudad -; de la administración de las fincas que pertenecían al dominio público imperial y de la administración de la justicia parcialmente… el imperio romano del siglo II era, pues, una curiosa mezcla de una federación de ciudades autónomas y una monarquía casi aboluta impuesta sobre esa federación en la que el monarca era, jurídicamente hablando, el magistrado máximo de la ciudad gobernante, Roma*". Esta organización del Imperio era, seguramente, 'natural' en el Mediterráneo ya que se correspondía con la del Imperio griego, v., Robin Lane Fox, The Classical World, 2005, p 88 ss.

No obstante, cuando se trata de financiar la explotación de una mina o de armar una flota de barcos para viajar al Extremo Oriente y traer pimienta en 1602, actividades que requerían grandes inversiones en maquinaria, barcos y su armamento, factorías etc., inducir a los comerciantes a invertir su dinero en esa aventura exigía reconocerles derechos sobre ese patrimonio, para lo que había que identificarlos y

determinar con precisión qué proporción del patrimonio y las ganancias habría de entregarse a cada uno y las condiciones y preferencias de esos 'partícipes' en relación con cualquier otro sujeto que pudiera tener cualquier pretensión sobre el patrimonio social. En definitiva, había que crear un tipo de persona jurídica, la corporación, y hacerlo a partir de un contrato de compañía.

1. ¿Qué son las personas jurídicas más primitivas? a) Grupos sociales b) Empresas c) Individuos

2. ¿A qué grupos humanos servía el patrimonio personificado en las sociedades antiguas? a) A grupos de composición variable b) A individuos específicos c) A la gens o familia extensa

3. ¿Era necesario identificar a los individuos que podían beneficiarse de la explotación del patrimonio en las sociedades antiguas? a) Sí b) No

4. ¿Quiénes tomaban decisiones sobre el patrimonio en la ciudad de Tebas? a) Los habitantes de la ciudad b) Los magistrados c) La Corona

5. ¿Qué era Roma en el siglo II? a) Una monarquía absoluta limitada b) Una federación de ciudades autónomas c) Una empresa privada

Así pues, entre las ciudades, que aparecen con la Revolución Neolítica y las corporaciones comerciales como la sociedad anónima que sólo lo harán en el siglo XVII transcurrió mucho tiempo. Y es llamativo porque, aparentemente, nada impedía que la técnica de la personificación se extendiera a los patrimonios formados voluntariamente por un grupo de individuos (dentro de la *polis*) mediante un acuerdo que tuviera por objeto perseguir un fin común. Eso indica que la cooperación voluntaria entre extraños en aventuras de gran envergadura y larga duración no se logra fácilmente. Por ejemplo, tuvieron que funcionar durante siglos las cofradías, gremios y consulados – corporaciones medievales de artesanos y comerciantes – para que en su seno pudieran nacer las compañías comerciales que hoy conocemos como sociedades anónimas..

Ahora bien, los pioneros en utilizar esta 'innovación' institucional obtuvieron grandes ventajas de hacerlo: "*Cuando la demanda de acumulación de capital y diversificación de riesgos entre extraños creció exponencialmente como consecuencia del comercio oceánico de larga distancia, los holandeses y los británicos tenían la capacidad institucional para desarrollar mercados de capitales anónimos y a gran escala*". China, donde la cooperación se articulaba a través de los clanes, no pudo desarrollar mercados de capitales profundos. V., V., William R. Scott, *The Constitution and Finance of English, Scottish and Irish Joint-Stock Companies to 1720*, vol I, Cambridge 1912, resumido aquí; Greif, Avner and Tabellini, Guido, The Clan and the Corporation: Sustaining Cooperation in China and Europe, 2017. Resumido aquí. Avner Greif,

Family Structure, Institutions, and Growth: The Origin and Implications of Western Corporatism, 2005, resumido, aquí. Jonathan Schulz, Kin Networks and Institutional Development, 2022 (los débiles lazos clanísticos y la política de la Iglesia de prohibición de los matrimonios consanguíneos favoreció el Desarrollo institucional en Europa); Zhiwu Chen, Chicheng Ma and Andrew J. Sinclair, Banking on the Confucian Clan: Why China Developed Financial Markets So Late, 2021, resumido aquí. España, por su parte, tuvo que organizar el comercio con sus colonias americanas a través de las corporaciones medievales y del Estado. El volumen de uno y otro comercio (de una envergadura muy superior el de las Compañías de Indias holandesa e inglesa respecto del volumen del Consulado de Sevilla y luego Cádiz) prueba lo que se está afirmando: sólo desatando la cooperación entre particulares y permitiéndoles formar patrimonios para perseguir un fin común pueden aprovecharse las oportunidades de creación de riqueza a gran escala. V., al respecto, Jesús Alfaro, Una breve historia de la sociedad anónima y el comercio trasatlántico, Almacén de Derecho 2016, y, con más indicaciones, Jesús Alfaro, El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades, Indret, Nº. 1, 2016.

En resumen, la personalidad jurídica permitió 'escalar' la cooperación: primero, de forma coextensa con el grupo, personificando los patrimonios que sirven a los objetivos de todo el grupo lo que permitía que se entablaran relaciones entre el grupo y cada uno de sus miembros y, posteriormente, haciendo posible a los individuos asociarse voluntariamente con otros individuos formar patrimonios con sus aportaciones al servicio de un objetivo común. Este patrimonio será personificado al dotársele de capacidad de obrar mediante la designación de individuos que actuarán con efectos sobre él. Este es el concepto de personalidad jurídica que describe el artículo 38 del Código civil cuando dice que las personas jurídicas pueden 'adquirir' bienes, 'contraer' obligaciones y 'ejercitar' acciones. Se produce así un larguísimo viaje de ida y vuelta de la personificación de los patrimonios, desde la ciudad y la corporación (Estado, ciudad) a la *societas/compagnia* y desde éstas a la corporación (sociedades anónimas).

Una primera conclusión de lo expuesto hasta aquí es que, una vez que se asentaron las sociedades cerealísticas en el Neolítico, la 'invención' de las personas jurídicas era un '*low hanging fruit*'. Lo sabemos porque, como ya se ha adelantado, todas las civilizaciones conocen formas de personificación.

A esta facilidad contribuye el hecho de que la personificación ni siquiera requería de la celebración de un acuerdo entre extraños y de largo plazo. También los individuos podían dedicar conjuntos de bienes a un fin específico y dotarlo de capacidad de obrar. Por ejemplo, cuando un propietario quería ganarse el cielo, era frecuente en la Edad Media que dedicase una parte de sus bienes a obras de caridad o al culto a través del santo de su devoción, financiando la construcción de una capilla o iglesia. Hasta ahí, tenemos, simplemente, una donación. Pero la capilla o iglesia, para ser consagrada, requería del dueño prometer que pondría el dinero o los bienes necesarios para el sostenimiento del culto – del cura – en esa iglesia. De este modo, la propia capilla acababa convirtiéndose en propietaria de esos bienes y, más importante, acreedora de los beneficios prometidos por el patrón. Se entiende ahora que en la Edad Media proliferaran las donaciones a edificios religiosos o santos. No

era más que una forma de constituir un patrimonio y destinarlo a un fin. La fórmula consistía en mencionar al santo al que estuviera dedicada la iglesia. "*A ti San Andrés y a tu iglesia en Rochester, donde preside Justo el Obispo, te doy una porción de mi tierra*". De esta manera, parece que el santo es el dueño y la indicación del lugar era una necesidad obvia dado que había muchas dedicadas al mismo santo. Pero lo que ocurría es que la Iglesia de San Andrés de Rochester adquiría personalidad jurídica. La promesa del patrón de sostener el culto en esa iglesia significaba que se le imputaba un derecho de crédito contra el patrón. Además, una vez fundada y consagrada, podía recibir en donación terrenos situados en otras zonas más o menos lejanas de la iglesia y limosnas de los feligreses. Con la propiedad de bienes, viene la cualificación como demandado. Se demanda a la iglesia de San Andrés de Rochester por inmisiones o por construir en terreno ajeno. La capilla adquiría la capacidad de obrar con la designación por el Obispo de un cura para que se encargara del culto en esa parroquia, esto es, un "rector" que actuaría por cuenta de la capilla correspondiente.

Concluye Maitland diciendo que "*conforme el santo se retira, la iglesia… se convierte en una persona, ideal, jurídica… las iglesias en lugar del santo se consideran como titulares de las tierras y de los bienes*" Frederick Pollock, Frederic W. Maitland, The History of English Law Before the Time of Edward I, volume I, 1898, reimpresión de la 2ª edición, 2010 pp 512 ss; V., también, Paolo Grossi, Unanimitas: A le origine del concetto de persona giuridica nel Diritto Canonico, en Annali di Storia del Diritto II, 1958, pp 229-331, recogido en Quaderni Fiorentini, nº 100, 2013, p 7 ss: en los primeros siglos del cristianismo, "*la propiedad de los bienes de una iglesia se atribuye al santo patrón, o incluso al edificio sagrado*".

1. ¿Cuándo aparecen las ciudades con la Revolución Neolítica y las corporaciones comerciales como la sociedad anónima? a. siglo XV b. siglo XVII c. siglo XVI

2. ¿Por qué la cooperación voluntaria entre extraños en aventuras de gran envergadura y larga duración no se logra fácilmente? a. Por la falta de capacidad institucional b. Por la falta de técnica de la personificación c. Por la falta de acuerdos entre el grupo y cada uno de sus miembros

Contrato de sociedad y persona jurídica: de la contabilidad al sujeto de derecho

Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur

(Pues cuando hay negociación, la sociedad queda formada y el socio dispone de acción, mientras que, sin negociación sobre la cosa y el negocio, parece que se trata de una gestión común)

Ulpiano

El contrato de sociedad es idóneo para generar personas jurídicas. Para entender por qué, es necesario partir de la función económico-social que distingue a la sociedad de los demás contratos. Todos los contratos que conoce nuestro Derecho pueden clasificarse en tres tipos: de intercambio; de gestión de los asuntos de otro y de sociedad o fin común.

> Contratos de intercambio de bienes son, por ejemplo, los siguientes: Antonio entrega a Beatriz unos zapatos y Beatriz entrega una cantidad de dinero a Antonio (compraventa). Antonio entrega a Beatriz unos zapatos y Beatriz entrega a Antonio una corbata (permuta). Antonio cede el uso de una casa en Garrucha (Almería, España) a Beatriz durante un tiempo y Beatriz entrega a Antonio una cantidad de dinero – renta – mensualmente (mutuo o arrendamiento). Contratos a través de los cuales se gestionan los asuntos de otro son, por ejemplo, los siguientes: Antonio encarga a Beatriz que le compre unos zapatos y paga a Beatriz una cantidad de dinero por realizar el encargo, además de proveerle de los fondos necesarios para pagar el precio de los zapatos (mandato o comisión). Antonio promete a Carlota que si Beatriz no le paga – a Carlota – él la pagará (fianza). Antonio promete a Beatriz que gestionará diligente y lealmente el negocio de Beatriz (contrato de administración, contrato de factor). Antonio le pide a Beatriz que le lleve los zapatos de su fábrica desde ésta hasta el domicilio de sus clientes (transporte). Antonio encarga a Beatriz que se ocupe de su finca (contrato de trabajo). Antonio encarga a Beatriz que encuentre compradores para los zapatos que Antonio fabrica (agencia o, si se los vende a Beatriz para que ésta los revenda, distribución). Antonio encarga a Beatriz que le guarde una determinada mercancía hasta que Carlota, que ha comprado esa mercancía a Antonio, pase a recogerla (depósito).

Hay sociedad, por ejemplo, cuando Antonio y Beatriz deciden irse a hacer un viaje por el Karakorum o cuando deciden fabricar conjuntamente los zapatos que Carlota revenderá en su tienda o cuando deciden abrir una cafetería. También es de sociedad el contrato que está en la base de Google, Amazon, Telefonica o El Corte Inglés. Y aún más, también es de sociedad el contrato entre todos los trabajadores de Eroski o el que existe entre los asegurados por la Mutua Madrileña. Y también es de sociedad el contrato que vincula entre sí a los socios del Real Madrid club de fútbol.

Así, se aprecia de inmediato que los elementos del concepto de (contrato de) sociedad son solo tres. (i) El contrato de sociedad es un acuerdo voluntario entre varios individuos, como cualquier contrato, (ii) para la consecución de un fin común y (iii) mediante la contribución de todos los miembros del grupo.

> Aunque *tres faciunt collegium*, el número mínimo de tres se refería probablemente a la constitución de una corporación. Sólo hacen falta dos para formar una sociedad. La sociedad unipersonal no es realmente una sociedad.

La definición del futuro § 705 del Código Civil alemán es técnicamente perfecta: " *(1) La sociedad se constituirá mediante la celebración del contrato de sociedad a través del cual los socios se obligan a promover la consecución de un fin común en la forma determinada en el contrato.(2) La sociedad puede, bien adquirir por sí misma derechos y contraer obligaciones si es la voluntad común de los socios participar en el tráfico jurídico (sociedad con capacidad jurídica), o bien tener por objeto regular las relaciones jurídicas entre los socios (sociedad sin personalidad jurídica).*

La relación de la personalidad jurídica con la sociedad aparece cuando a los que deciden cooperar entre sí en la persecución de un fin común les resulta intuitivo que el fin perseguido puede lograrse con mayor eficacia si los socios forman un fondo con sus aportaciones al que se imputen los derechos y las obligaciones que se contraigan en el curso de los negocios necesarios para conseguir el fin común. En otros términos, si forman un patrimonio distinto de su patrimonio individual que destinan al fin común. Si dotan a ese patrimonio de agencia, habrán constituido una persona jurídica. Porque un patrimonio es un conjunto de bienes unificados por el fin al que sirven y el contrato de sociedad es un contrato de fin común. De manera que, ambos, el patrimonio dotado de agencia y el contrato de sociedad comparten el objetivo: promover el fin común elegido por los miembros del grupo que celebran el contrato de sociedad – socios – y que crean la persona jurídica – miembros -. De esta forma, no es extraño que, del contrato obligatorio de sociedad se pasara fácilmente al sujeto de derecho trámite la formación de un patrimonio con las aportaciones de los socios para perseguir el fin común.

Al formar el fondo con las aportaciones, los socios someten éstas a una contabilidad separada porque las ganancias y las pérdidas que se obtengan de su explotación habrán de repartirse entre los socios al final de la sociedad en la forma pactada en el contrato. Esto significa que la separación patrimonial, como una abstracción, no simplemente como la separación física entre dos conjuntos de bienes, es posible gracias a la contabilidad. Pues bien, si las cuentas de lo que aumenta o disminuye el valor de esas aportaciones (de las transacciones referidas a ese patrimonio) se llevan por separado de los patrimonios individuales de los socios, es inevitable que se considere ese conjunto de bienes como 'algo' dotado de capacidad jurídico-patrimonial porque se le están 'imputando' rendimientos y pérdidas. La contabilidad separada 'visualiza' la separación entre lo común y lo que es titularidad de cada socio y sugiere la conversión de lo común en un 'sujeto' semejante patrimonialmente a los socios. La contabilidad supone apuntar en la cuenta de un sujeto lo que tiene, lo que debe y lo que le deben, lo que implica registrar unificadamente todos los bienes, créditos y deudas imputables a un patrimonio destinado a un fin y, en esa medida, contribuye a crear un 'sujeto de imputación' recogiendo todas las transacciones cuyos efectos se producen sobre un patrimonio determinado de lo cual resulta su 'imagen fiel'. La contabilidad pues, presupone el sujeto de derecho, tanto en su capacidad jurídica – se le pueden imputar créditos y deudas – como en su capacidad de obrar – alguien puede actuar con efectos sobre ese patrimonio -. La contabilidad delimita los confines de la persona jurídica estableciendo qué bienes, créditos o deudas 'pertenecen' a ese patrimonio y cuáles no.

> Los seres vivos individuales en la Naturaleza se caracterizan porque pueden distinguirse del entorno de forma estable. Esta 'separación' estable del entorno es lo que lo hace un individuo. Ginsburg/Jablonka, How Did Consciousness Evolve?, MIT Press Reader, 2022

Y, como dicen Mullins et al: la contabilidad permite también registrar transacciones de forma "*permanente o duradera*" lo que es esencial para la aparición de las

personas jurídicas. Tiene sentido llevar contabilidad si la relación entre los que han aportado sus bienes para formar ese patrimonio se planifica como duradera porque la contabilidad permite controlar lo hecho por los gestores y el justo reparto de los beneficios. De manera que la contabilidad se desarrollaría, en general, junto con el comercio, pero especialmente en relación con las *societates* con un objeto comercial.

> El registro de las transacciones, frecuentemente por un tercero o con la intervención de un tercero a las partes, facilita la prueba de los extremos pactados y evita pleitos cuando los intercambios adquieren carácter obligatorio (cumplimiento aplazado). Pasar del registro de las transacciones a la contabilidad es una transición semejante a la que ocurre entre transacciones bilaterales y la constitución de un sujeto de derecho o persona jurídica: si tenemos transacciones y tenemos un patrimonio al que se imputan aquéllas, tenemos una persona jurídica porque, por definición, los efectos de esas transacciones se imputan a ese patrimonio porque hay individuos concretos designados para llevarlas a cabo. Si la típica societas – y luego commenda –, como sostiene Guarino, sólo tenía dos partes, y uno era gestor y el otro inversor, la llevanza de contabilidad, era imprescindible para controlar los – hoy diríamos – 'costes de agencia'. En ese estadío, sin embargo, la personificación de la societas era innecesaria porque sólo hay transacciones que afectan a los dos patrimonios implicados (por ejemplo en la societas, los de los dos socios; en la commenda, el del stans – el comerciante capitalista – y el tractator – el que realizaba el viaje comercial.

La contabilidad es, pues, la memoria de las transacciones, pero es, sobre todo, la memoria de las personas jurídicas.

> Waymire/Basu, Accounting; Basu, Sudipta and Waymire, Gregory B., Recordkeeping and Human Evolution (November 8, 2005). Sudipta Basu, Markus Kirk, Greg Waymire, Memory, transaction records, and The Wealth of Nations, Accounting, Organizations and Society 34 (2009) 895–917; Mullins, D.A., et al., The role of writing and recordkeeping in the cultural evolution of human cooperation. J. Econ. Behav. Organ. (2012), http://dx.doi.org/10.1016/j.jebo.2012.12.017

1. ¿Cuáles son los tres tipos de contratos que conoce el derecho? A. Contratos de intercambio, contratos de gestión de los asuntos de otro, y contratos de sociedad o fin común B. Contratos de intercambio, contratos de gestión propia, y contratos de sociedad C. Contratos de intercambio, contratos de gestión de asuntos propios, y contratos de fin común D. Contratos de intercambio, contratos de gestión de los asuntos de terceros, y contratos de fin común

2. ¿Qué caracteriza a un contrato de sociedad? A. Es un acuerdo voluntario entre varios individuos para la consecución de un fin común mediante la contribución de todos los miembros del grupo B. Es un acuerdo entre dos individuos para la consecución de un fin común mediante la contribución de un miembro del grupo C. Es un acuerdo voluntario entre varios individuos para la consecución de un fin propio mediante la contribución de un miembro del grupo D. Es un acuerdo entre dos individuos para la consecución de un fin propio mediante la contribución de todos los miembros del grupo

3. ¿Qué es una sociedad unipersonal? A. Una sociedad formada por varios individuos B. Una sociedad formada por dos individuos C. Una sociedad formada por un solo individuo D. No es una sociedad realmente

4. ¿Cuántos individuos son necesarios para formar una sociedad? A. Tres B. Dos C. Uno D. Más de tres

El resultado es que el contrato de sociedad generará típicamente un patrimonio – con las aportaciones de los socios –; que ese patrimonio tiene capacidad jurídica (se le imputan ganancias y pérdidas, esto es, derechos y obligaciones) y que a ese patrimonio se le puede dotar de capacidad de obrar a través de un esclavo o de la actuación de los propios socios. De ahí a concluir que el efecto típico del contrato de sociedad es la generación de una persona jurídica no hay más que un corto paso.

Lamentablemente, es muy sencillo perder de vista que la *societas,* - el acto de constitución de la persona jurídica - sigue siendo un contrato. Que el contrato no desaparece con la creación del sujeto de derecho y que la creación de un patrimonio común, separado y dotado de capacidad de obrar no es la inevitable consecuencia de la celebración del contrato (aunque sí lo sea la contabilidad separada de los beneficios y las pérdidas) si los bienes continúan siendo propiedad de los socios individualmente o en copropiedad.

Por tanto, la estrecha relación entre sociedad y persona jurídica no debería eliminar la separación entre ambas instituciones. Hay sociedad sin persona jurídica (sociedades internas) y hay personalidad jurídica sin sociedad (fundaciones). La sociedad es un contrato y la persona jurídica es un patrimonio dotado de capacidad de obrar. Porque la persona jurídica no es más que eso, se pueden crear, transmitir y extinguir personas jurídicas por la autonomía privada a través del contrato de sociedad. Si no se comprenden bien estos extremos, podemos repetir la desgraciada experiencia de nuestra doctrina y jurisprudencia sobre la relación entre sociedad y comunidad de bienes.

V., por todos, José Mª Miquel, Comunidad y Sociedad, Anales de la Academia Matritense del Notariado, 53(2013), págs. 351-382.

Sociedades y fundaciones

Todas las personas jurídicas privadas son sociedades (incluidas las asociaciones, las cooperativas o las mutuas) o son fundaciones. Las personas jurídicas societarias (*universitates personarum*) son patrimonios gobernados, generalmente, por sus miembros. Las personas jurídicas fundacionales (*universitates rerum* o *bonorum*) implican que un fundador pone un patrimonio al servicio de un fin de su elección y lo dota de capacidad de obrar estableciendo las reglas de gobierno y designando a los

individuos que tomarán las decisiones sobre dicho patrimonio (estatutos de la fundación).

> Sobre el origen de las *universitates bonorum* en el Derecho Canónico medieval, v., Berman, Harold J. Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition, Cambridge, Mass, 1986, pp 238 ss, extractado aquí.

En ambos casos, las personas jurídicas son patrimonios dotados de capacidad de obrar. La diferencia entre una persona jurídica asociativa y una fundacional no está en el plano patrimonial, sino en la existencia de miembros.

> El ánimo de lucro no es un criterio clasificatorio igual de fundamental. Hay personas jurídicas asociativas que no tienen ánimo de lucro para sus miembros y hay Derechos que admiten que las fundaciones actúen con ánimo de lucro objetivo – obtener ganancias – y subjetivo – repartirlas entre los beneficiarios de la fundación (fundaciones familiares, *trusts*).

El negocio jurídico que da lugar a la formación del patrimonio que se personifica es un contrato de sociedad en el caso de las asociaciones-sociedades (art. 1665 CC) y un negocio jurídico unilateral – el negocio fundacional – en el caso de las fundaciones (art. 9 LF). De manera que el fin u objetivo al que se destinará el patrimonio será determinado por los socios al formar la sociedad o asociación y escogido por el fundador al celebrar el negocio jurídico fundacional (promover el aprendizaje del latín en España, por ejemplo - art. 3 LF -).

En el contrato de sociedad las partes – los individuos – no desaparecen una vez que se ha producido la constitución del patrimonio separado. En la fundación, por el contrario, el fundador desaparece tras constituir el patrimonio separado y establecer las reglas conforme a las cuales se tomarán las decisiones sobre él (art. 2 LF). Las decisiones sobre el patrimonio las adopta el órgano creado por el fundador con tal objetivo: el patronato (art. 14 ss LF). La fundación carece de titular residual porque el que fue dueño de los bienes con los que se formó el fondo fundacional así lo decidió de forma que, cuando se extinga, sus bienes pasan a otra fundación o al Estado (art. 39 CC). En España, la posibilidad de constituir fundaciones está limitada a la persecución de fines de interés general (ej., la lucha contra el cáncer, art. 3 LF) que constituyen el ejercicio del derecho de fundación recogido en la Constitución (art. 41 CE). Pero el reconocimiento de la autonomía privada (art. 10 CE) legitima la licitud de la constitución de fundaciones para fines de interés particular como las fundaciones familiares muy frecuentes en el norte de Europa. Dada la falta de regulación de la 'fundación de interés particular' y la posibilidad de constituir sociedades unipersonales, el problema ha perdido relevancia práctica.

Personas jurídicas personalistas y corporaciones

Históricamente, el concepto de persona jurídica no se construye – como aquí – en torno al de patrimonio, sino al de corporación. Eran corporaciones en la antigüedad, las ciudades, las fundaciones que se ocupaban de los pobres o los monasterios

cristianos. Sólo en el siglo XIX, y por obra de la codificación francesa, se extiende explícitamente la personalidad jurídica a las compañías de comercio tradicionales. Con ello se concentra el concepto de personalidad jurídica en la formación de un patrimonio no individual dotado de capacidad de obrar por oposición a la copropiedad. Las corporaciones constituirán, a partir de entonces, un tipo de persona jurídica cuyo 'gobierno' se asigna a reglas que determinan cómo se adoptan decisiones sobre el patrimonio corporativo y qué individuos podrán actuar en el tráfico con efectos sobre él. En el caso de las personas jurídicas personalistas, por el contrario, el gobierno del patrimonio está asignado directamente a los individuos-socios. De ahí que sea correcto afirmar que la diferencia entre unas y otras personas jurídicas se encuentra en que sólo las corporaciones tienen órganos. Una corporación es un patrimonio gobernado por reglas y una sociedad personalista es un patrimonio gobernado por sus socios.

> Sobre cómo se elaboró este concepto de corporación, la idea de la ley – las reglas – como 'alma' que gobierna el 'corpus' (corpus significa patrimonio) v., Walter Ullmann, The Individual and Society in the Middle Ages, 1966, pp 47-49: *"…La ley regía la entidad corporativa, como el alma regía el cuerpo, ya fuera la Iglesia o un reino o un imperio… en las Leyes visigodas del siglo VII (se lee) que Lex est anima totius corporis popularis… el alma se consideraba el órgano vivificador del individuo… la ley, insuflaba vida o animaba el cuerpo político… El Derecho era el Gobernante invisible de la sociedad…".*

Sustituidos por reglas en el gobierno del patrimonio, los individuos se vuelven 'fungibles' - son meros miembros o gestores de la corporación - y, por consiguiente, las vicisitudes que les afecten (entre otras, su muerte) no se proyectan sobre la consecución del fin supraindividual que justificó la formación de la persona jurídica. Estas pueden alcanzar, como luego se verá, 'vida eterna'.

> La personalidad jurídica – el patrimonio – persiste, aunque en la corporación correspondiente sólo quede un individuo porque siempre es posible que vuelva a tener más. «*el derecho de todos se concentró en él y subsiste el nombre de la corporación*" Johannes Platschek, Das «nomen universitatis» in D. 3.4.7.2 (Ulp. 10 ed.), Quaderni camerti di studi romanistici International Survey of Roman Law, 40(2012). V., también, en sentido parecido Emmanuelle Chevreau, Quelques remarques sur la continuité des « personnes juridiques » en droit romain classique, Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre-Teillard, Paris 2009, p 217 ss

Sustituir a los individuos por reglas requiere que la confianza que surge naturalmente en grupos humanos pequeños entre los que comparten genes – parientes – o interactúan cotidianamente se extienda a cualquier miembro del grupo más amplio. Sin confianza hacia los 'extraños' no es posible la formación voluntaria de corporaciones. Como se explicará más adelante, hay que pasar de las relaciones interpersonales a las relaciones impersonales. Se entiende así que, históricamente, las corporaciones no surjan de un contrato de sociedad entre los miembros originales, sino que su 'fundación' se pierda en las brumas del pasado o se remita a un acto de la autoridad pública. Lo específico de Europa es, a menudo, su carácter voluntario. Esta situación se mantendrá hasta el siglo XIX cuando se reconocerá a los

particulares el derecho a constituir corporaciones, (sociedades anónimas) mediante la celebración de un contrato de sociedad.

> La explicación de lo tardío del reconocimiento del derecho a formar corporaciones hunde sus raíces en la Edad Media. En ella, los súbditos carecen de derechos. El Rey lo es por la gracia de Dios. De modo que "*cualquier derecho que pueda tener un súbdito, lo tiene como expresión de la benevolencia del Rey, es resultado de la gracia real, es un favor…. Nadie tiene derecho a exigir que el rey haga nada…*". Naturalmente, el reconocimiento de una corporación como tal no podía ser más que una concesión graciosa del rey – o de la autoridad eclesiástica equivalente -. Ullmann, Individual and Society, p 20. Las teorías políticas basadas en un 'contrato social' hipotético (Rousseau, Rawls) recuerdan a la fundación de una corporación. Por ejemplo, Maitland en su Introducción a la traducción de la obra de Gierke, dice que "*antes del fin de la Edad Media la palabra romana equivalente a partnership*" – societas – fue asumiendo un "*vastísimo significado y que al amparo de las comparaciones de Cicerón*" entró "*en el terreno de la política*". Así, se empezó a hablar en la Edad Moderna de la "*sociedad humana*" para referirse a los lazos entre todos los humanos; de "sociedad civil" para referirse a los lazos entre los ciudadanos y se construyó la teoría del "contrato social" para explicar "el origen de la sociedad civil"… "*Si el mismo Estado se había convertido en una mera unidad colectiva… ningún otro grupo*" podría resistir ese análisis.

1. ¿Qué es típicamente el resultado de un contrato de sociedad? a) La generación de un patrimonio b) La creación de una persona jurídica c) La generación de una fundación
2. ¿Qué capacidad jurídica tiene el patrimonio generado por un contrato de sociedad? a) Imputación de ganancias y pérdidas b) Capacidad de obrar c) Ambas opciones
3. ¿Es la creación de un patrimonio común la consecuencia inevitable de un contrato de sociedad? a) Sí b) No
4. ¿Cuál es la diferencia entre una persona jurídica asociativa y una fundacional? a) La existencia de miembros b) La clasificación patrimonial c) El ánimo de lucro
5. ¿Es el ánimo de lucro un criterio clasificatorio igual de fundamental entre personas jurídicas asociativas y fundacionales? a) Sí b) No

La propiedad y el patrimonio

Bienes, créditos y patrimonios

Los patrimonios están formados por bienes, pero es fundamental distinguir el régimen jurídico aplicable a los patrimonios del que se aplica a los bienes singularmente considerados. El señorío o control que un individuo puede ejercer sobre una cosa u otro individuo y el que puede ejercer sobre un patrimonio son bien diferentes.

Para lo que sigue, v., Wolfgang Wiegand: Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht, AcP 190 (1990), p 112 ss, resumido aquí. Karl Larenz, Derecho Civil, Parte General, trad. esp. Madrid 1978; Harry Westermann et al. Derechos Reales, 7ª edición 1998, trad. Esp. Madrid 2005; Alejandro Guzmán-Brito, Breve relacion historica sobre la formacion y el desarrollo de la nocion de derecho definido como facultad o potestad (≪derecho subjetivo≫) Ars Iuris Salmanticensis Vol. 1, Junio 2013, pp 69-91; Hans Josef Wieling, Sachenrecht, tomo 1, 2006 (de quien son las citas literales a continuación); Federico de Castro, Temas de Derecho Civil, 1972, pp 35 ss. resumido aquí; José Mª Miquel González, Derecho real, EJB, Madrid 1995, II 2366-2369; Giovanni Pugliese, Dalle <<res incorporales>> del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni, Riv. trim. dir. proc. civ., 1982, p 1137-1198, resumido aquí. George L. Gretton, *Ownership and its Objects*, RabelsZ 71(2007) pp 802-851, resumido aquí; V., Ana Cañizares, Condición potestativa, cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes y derechos potestativos, InDret 2017, resumido aquí; Bruno Rodríguez-Rosado, La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles, ADC 2020, pp 491-558, resumido aquí y con algunas indicaciones, aquí; José María Miquel, La reserva de dominio, en AA.VV. Historia de la propiedad, crédito y garantía, Salamanca 2007, p 523 ss; José María Miquel, La transmisión de la propiedad y la autonomía privada, LA LEY, 2011; Lionel Smith, Lionel, Droit et pouvoir (Rights and Powers) (December 8, 2016), resumido aquí. Sobre el concepto de derecho subjetivo, Marietta Auer, Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds, AcP 208(2008), p 584 ss.

Los derechos reales y los derechos de crédito tienen en común que son derechos subjetivos, esto es, facultades que se otorgan por el Derecho a los individuos para que actúen en su propio interés. *"El derecho subjetivo se define como el poder de la voluntad de una persona"* (el efecto jurídico – la adquisición de la propiedad de un bien, por ejemplo - se produce porque 'quiero' adquirirla).

Este poder de la voluntad humana se aplica a las cosas – a la naturaleza – o a otros seres humanos. Al poder de la voluntad sobre cosas lo llamamos derecho real (propiedad, usufructo, servidumbre, prenda…) y puede ser absoluto y excluyente. Con una cosa, su propietario puede hacer lo que le dé la gana: destruirla, abandonarla, transformarla, usarla y transmitirla y puede impedir que cualquiera haga nada con la cosa que es de su propiedad. La existencia de un obligado distingue el derecho subjetivo del poder o de las libertades.

… La teoría de la voluntad… proporciona… la justificación necesaria para considerar el derecho subjetivo como esfera de libertad del individuo, es decir, como un poder de disposición libre jurídicamente protegido sobre los bienes… Según Jhering, los derechos son "intereses jurídicamente protegidos"… es decir, (protegidos)… *mediante los deberes correspondientes. Según Joseph Raz, un derecho existe precisamente cuando los intereses de una persona constituyen una razón suficiente para imponer deberes a otras personas: ",X tiene un derecho* si y sólo si… un aspecto del bienestar de X (su interés) es una razón suficiente para considerar que alguna(s) otra(s) persona(s) está(n) sujeta(s) a un deber… Bajo el término paraguas de los derechos subjetivos, se suelen distinguir varias subcategorías, que suelen incluir tres elementos básicos: pretensiones, libertades y competencias*, Auer, AcP, 208(2008), p 594 ss.

El Derecho de Cosas regula las relaciones de los individuos con las cosas. El objeto del derecho de propiedad (y otros derechos reales) es la cosa. Cosa es "*toda entidad natural o artificial que se distingue de las personas*" (el § 285 del Código civil austriaco

dice que "*Cosa es todo lo que es distinto de las personas y sirve a éstas*") y es susceptible de apropiación (apropiación indica exclusividad). "*Una cosa se convierte en un bien cuando, dada su escasez, es posible y útil apropiárselo*". No puede considerarse un bien, pues, el aire, la lluvia, el calor del sol.

Los derechos a imponer, por nuestra voluntad, una determinada conducta a otros (derechos de crédito u obligatorios e incluyen los derechos potestativos o facultades de configuración jurídica) sólo pueden tener un contenido específico (realizar determinados actos, entregar cosas determinadas, desplegar o no una determinada conducta), y sólo pueden pesar sobre individuos concretos que se hayan obligado voluntariamente o soporten una obligación legal. Por eso se dice que los derechos obligatorios no tienen propiamente un objeto. Simplemente atribuyen al acreedor el derecho a exigir una determinada conducta por parte del obligado (A tiene derecho a que D haga, no haga o entregue algo). Para equiparar el 'señorío' sobre una cosa con el poder sobre otra persona - derechos de crédito - habríamos de reconocer la legitimidad de la esclavitud.

De ahí que no puedan considerarse bienes, en principio, los créditos porque su objeto no es una cosa sino la conducta de otra persona. Sí que son verdaderos derechos reales los derechos reales en una cosa ajena. Son, sin duda, 'cosas' o bienes, aunque sean incorporales.

> Algunos Derechos – como el alemán – sólo consideran cosas las cosas corporales porque hay consecuencias jurídicas que sólo son aplicables a bienes tangibles. Por ejemplo, "*el riesgo de pérdida de la cosa sólo existe en el caso de cosas corporales, no en el de derechos, y lo mismo ocurre con la posesión física*" (Wieling). Cuando un Derecho separa claramente el ámbito de los Derechos reales respecto de los derechos de crédito u obligatorios, separa también el contrato y la transmisión de la propiedad. En Derecho español, la propiedad – y los demás derechos reales – se transmiten como consecuencia de ciertos contratos seguidos de la entrega de la cosa (art. 609 CC). En Alemania, como consecuencia de un 'acuerdo abstracto' entre el titular del derecho real y el adquirente del mismo independiente del contrato que da causa a la transmisión, a la manera romana de la *stipulatio*. En otros Derechos como el francés, la propiedad se transmite con la simple celebración del contrato. Dice Miquel (EJB) que, aunque "*otros derechos también tienen (la función atributiva que tienen los derechos reales) como los derechos sobre bienes inmateriales…* (los derechos reales) *… propiamente dichos recaen sobre cosas*". Y en cuanto a los créditos, su "cosificación" deriva de que cumplen (Pugliese) "*una función atributiva del bien en cierta medida lo hacen frente a todos y alcanzan una eficacia absoluta de la atribución semejante a los derechos sobre cosas. Así… si es embargado un crédito para satisfacer deudas de persona distinta del acreedor, éste puede ejercitar una tercería de dominio para levantar el embargo*".

La distinción entre derechos reales y de crédito tiene consecuencias relevantes. Entre éstas, destaca Miquel las reglas aplicables a los modos de adquisición de unos y otros (los derechos reales se adquieren por tradición y usucapión, arts. 609 y 1930 CC) mientras que los créditos se 'adquieren' por cesión – consentimiento - y la extinción por pérdida o destrucción de la cosa. Los problemas que plantean figuras obligatorias similares en su contenido a un derecho real (prohibiciones de disponer, reserva de

dominio…) pueden resolverse satisfactoriamente sin renunciar a la tipicidad de los derechos reales.

La protección de los acreedores frente a los daños que para su crédito o derecho real puedan derivarse de la libertad de actuación del deudor con su patrimonio la proporcionan normas específicas de protección de los derechos reales, del Derecho de Obligaciones (acción pauliana, rescisorias, subrogatoria) y, sobre todo, del Derecho Concursal y, en el caso de los deudores personas jurídicas, de la denominada doctrina del levantamiento del velo de la que me ocuparé al final de estas páginas.

1. ¿Qué es un patrimonio? a) Un grupo de bienes considerados como propiedad de una persona o empresa b) Una facultad otorgada por el derecho a un individuo para actuar en su propio interés c) Un derecho subjetivo que se aplica a otros seres humanos

2. ¿Cuál es la diferencia entre el régimen jurídico aplicable a los patrimonios y el que se aplica a los bienes individuales? a) No hay diferencia b) El señorío o control ejercido sobre una cosa o sobre un patrimonio son diferentes c) Los patrimonios no están formados por bienes
3. ¿Qué se entiende por derecho subjetivo? a) El poder de la voluntad sobre otros seres humanos b) La adquisición de propiedad de un bien c) El poder de la voluntad de una persona sobre cosas o sobre otros seres humanos
4. ¿Qué se entiende por derecho real? a) Un derecho subjetivo que se aplica a otros seres humanos b) El poder de la voluntad de una persona sobre cosas c) La adquisición de propiedad de un bien

5. ¿Qué se puede hacer con una cosa en propiedad? a) Nada b) Hacer lo que le dé la gana, destruirla, abandonarla, transformarla, usarla y transmitirla c) Hacer lo que le permita el derecho subjetivo.

Los caracteres del derecho real

Un derecho real se caracteriza, en comparación con un derecho de crédito u obligatorio, por dos rasgos. Por un lado, por el carácter absoluto de su protección y, por otro, por el carácter inmediato de la relación entre el titular del derecho y la cosa. Su sentido lo explicaba Demolombe: "*¿En qué sentido es correcto decir que el derecho real es absoluto y el derecho personal relativo? […] Para saberlo has de preguntarte ¿es tu derecho tal que nunca tienes intermediario entre tú y la cosa que es el objeto del derecho, y que éste existe independientemente de cualquier obligación especial de una persona hacia ti? 'Este derecho es real'. Por el contrario, ¿es tu derecho tal que no puedes*

actuar directamente, sobre la cosa misma, y que tienes que dirigirte a una persona especialmente obligada contigo a hacerlo? Tu derecho es personal".

Ambas características (las de ser absoluto y la de ser inmediato) derivan de la función atributiva del derecho real. El Derecho de Cosas tiene como función atribuir bienes a personas, sus titulares. El titular del derecho real – y nadie contra su voluntad – es el único que tiene el poder de actuar sobre la cosa, utilizarla, modificarla o transmitirla. En términos abstractos, la función atributiva del derecho real consiste en asignar cada bien a un patrimonio.

El carácter absoluto de la protección jurídica de la atribución significa que el derecho real puede ser defendido mediante pretensiones de restitución (acción reivindicatoria), negatoria o confesoria dirigida contra quien lo lesione o desconozca, sea quien sea. El dueño puede pedir que le restituyan lo que es suyo o que se declare que un bien es suyo cuando alguien afirma o se comporta de forma contradictoria con su dominio. Por eso se dice que los derechos reales no tienen sujeto pasivo: "*El deber de respeto de la esfera jurídica ajena es un deber general que se refiere a todos los derechos*" y no sólo a los derechos reales (Miquel). Ahora bien, las pretensiones reales que nacen de los derechos reales sí que lo tienen. Cuando alguien desconoce el derecho real se dirigen contra el que ha desconocido o lesionado la atribución del bien al demandante. Eso significa que, en principio, se pueden dirigir contra cualquiera. El derecho de crédito, por el contrario, sólo ofrece la posibilidad de accionar contra el deudor.

Esto es lo que significa que los derechos reales tienen eficacia *erga omnes,* frente a todos. La importancia del carácter absoluto se observa especialmente en los derechos reales de garantía como la prenda y la hipoteca. Con independencia de que la cosa pignorada o el inmueble hipotecado se transmitan a terceros y de que el comprador supiera o hubiera podido saber de la existencia de la prenda o la hipoteca, el derecho real sigue a la cosa y su titular podrá ejecutarla.

El límite más señalado a la absolutividad del derecho real es que el legislador haya previsto que el comprador de un bien adquiera su propiedad, aunque el transmitente fuera un 'no-dueño', es decir, prescindiendo del requisito exigido normalmente para transmitir el dominio que es que el transmitente esté legitimado para disponer (porque sea verdadero dueño o porque éste le haya autorizado para transmitir). Entonces se habla de que el adquirente lo hace *a non domino* (art. 85 C de c por ejemplo de acuerdo con el cual, el que adquiere una cosa en un establecimiento comercial adquiere la propiedad, aunque el tendero no fuera propietario)

> Como dice Miquel, la regla correspondiente –'nadie puede transmitir la propiedad de algo que no es suyo' (*nemo dat*) expresa un principio constitucional básico de la propiedad privada (arts. 33 CE, 348 CC) y de la autonomía privada. Si la autonomía privada es la posibilidad de regular con eficacia jurídica los propios intereses, no puede ser conforme con un ordenamiento basado en la autonomía privada legitimar la injerencia en el patrimonio ajeno,

que es lo que ocurre cuando permitimos que alguien se convierta en propietario de una cosa que no ha adquirido de su verdadero dueño, sino de un ladrón o de alguien que se la encontró o de alguien que la recibió en depósito, por ejemplo.

Acceso a la cosa (derecho real) y acceso al patrimonio del deudor (derecho de crédito)

El derecho real permite al titular del derecho real el acceso a la cosa mientras que el derecho de crédito permite al acreedor el acceso a la persona del deudor o, en los términos que aquí interesan, al patrimonio del deudor. Es decir, los derechos de crédito generan responsabilidad.

V., Fernando Pantaleón, La responsabilidad civil de los auditores: extensión, limitación, prescripción, Civitas, Madrid 1996, extractado en lo que interesa, aquí.

El acceso al patrimonio del deudor por parte del acreedor de un derecho de crédito puede explicarse con el siguiente ejemplo: Si Ticio (titular de un derecho real) tiene la propiedad del bien inmueble Villa B, entonces Villa B pertenece al patrimonio de Ticio. Por el contrario, si Ticio (Acreedor) compra el inmueble Villa B a Cornelia, propietaria del inmueble, entonces, lo que pertenece al patrimonio de Ticio es el derecho a exigir a Cornelia la entrega del inmueble, pero no adquirirá la propiedad – el derecho real – hasta que se lo entreguen (art. 609 CC). Ticio tendrá acceso, para reclamar la entrega del inmueble, al patrimonio de Cornelia, por lo que sólo podrá acceder al bien (solicitando judicialmente la entrega si Cornelia no lo hace voluntariamente) si la cosa sigue formando parte del patrimonio de Cornelia. Si Cornelia vende Villa B a Sempronio, además de a Ticio, (doble venta) y se la entrega a Sempronio, Villa B dejará de formar parte del patrimonio de Cornelia; Ticio ya no podrá obtener el bien porque ya no está entre los bienes de su deudor. Tendrá derecho a resolver el contrato, exigir la restitución del precio si lo había pagado y la indemnización de daños. Si Cornelia se vuelve insolvente, el derecho de Ticio a acceder a su patrimonio se mantiene, pero compite con el derecho de acceso de todos los demás acreedores de Cornelia. Por lo tanto, no puede reclamar el bien comprado para sí mismo, solo obtiene una compensación en dinero (dividendo concursal). En general, si varios acreedores concurren para cobrarse su crédito frente al deudor insolvente, rige la igualdad de trato (*par conditio creditorum*). Si, fuera de la situación de insolvencia, un acreedor de Cornelia embarga Villa B, Ticio no puede hacer nada al respecto. El acreedor tiene tanto derecho de acceso a los bienes como el propio Ticio: ambos son, al fin y al cabo, acreedores.

La situación es bastante diferente cuando Ticio es propietario. El propietario tiene derecho de acceso al bien en sí. Si el bien está en manos de Cornelia o Sempronio – poseedores no propietarios – porque Cornelia se lo ha vendido a Sempronio, Ticio, como propietario puede ejercer su derecho de propiedad (acción reivindicatoria) contra el que resulte estar en posesión del bien: contra el vendedor - si todavía no la ha entregado – o contra el comprador en caso contrario. Además, la insolvencia del

poseedor no afecta al propietario, ya que tiene un derecho de acceso específico al bien (derecho de separación o tercería de dominio); y el bien no forma parte del patrimonio del poseedor que deviene insolvente. Incluso un embargo por parte de un acreedor del poseedor no afecta al propietario que podrá ejercer la correspondiente tercería de dominio.

El principio de determinación o especialidad de los derechos reales

Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregisti significare debuisti, dummodo scias omina bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse

L. 1 cod. 8, 33 (34)

Huschke dice que que el emperador estaría diciendo: "*Debes saber que, si te han sido pignorados los bienes, con esto has conseguido solo un derecho de prenda sobre cada uno de los bienes singulares (omnia bona) que, por tanto, puedes vender o exigir la adjudicación a tu elección, pero no has conseguido un derecho de prenda sobre todos los bienes considerados como una universalidad (ut universa)*"

Bonfante

En conexión con la función atributiva del derecho real se encuentra el principio de determinación o especialidad. Este es fundamental para entender el Derecho de los Patrimonios. Según este principio, los derechos reales recaen sobre un objeto (bien, cosa) singular. Si un derecho real es un derecho de 'señorío' sobre una cosa, es decir, un poder factual, el "*poder de hecho sobre una cosa sólo es concebible sobre una cosa determinada*" singular, concreta. De Castro recurre al ejemplo de la biblioteca: "*No hay derecho de propiedad en una biblioteca, sino en cada libro de la misma; la venta de la biblioteca tiene por finalidad la puesta en poder y posesión (dominio) de cada libro de la biblioteca*". El 'señorío' del dueño de la biblioteca se ejerce sobre cada uno de los libros.

De Castro, *Temas*, p 44 ss. El principio de especialidad expresa "*la exigencia de que sobre cada cosa recaiga un derecho de propiedad separado y que la propiedad sólo puede referirse a una cosa singular y no a un conjunto de cosas*" (Miquel). Juan Miquel, Curso de Derecho Romano, 1988 pp 211-212: los romanos distinguían tres tipos de bienes corporales (corpora): los que son unidades singulares, "*como un esclavo, una viga, etc*"; los compuestos de "*varias cosas coherentes entre sí… como un edificio, una nave, un armario*"; y los que constan "*de cosas sueltas como varios objetos independientes, pero aglutinados por un mismo nombre, como el pueblo, una legión o el rebaño (corpora ex distantibus)*", v., Giuseppe Grosso, Corso di diritto romano: Le cose, Torino, 1941 p 81 ss, resumido aquí. Tampoco se puede ser propietario ni se puede transmitir un derecho real sobre una parte de una cosa. Como dice Wieling, "*uno no puede ser propietario de la parte trasera o delantera de un coche". Se venden bienes singulares y 'completos' porque sólo así es posible que el nuevo propietario acceda directamente a la cosa. Lo que sucede es que los seres humanos tienen una enorme imaginación para inventar cosas.* Wieling, Sachenrecht, p 22

Así, lo que es objeto de ocupación y lo que es objeto de transmisión o adquisición derivativa – art. 609 CC – son los bienes singulares (la propiedad) o derechos reales sobre bienes singulares; son "*los bienes (singulares) los que pueden ser dañados y exigirse por ello indemnización*" (el derecho subjetivo del dueño subsiste y con la misma naturaleza, después de incendiada la casa); "*Los bienes constituyen también materia de embargo y ejecución*" (De Castro). Igualmente, lo que se usucape son bienes singulares.

Del mismo modo, las garantías reales (derechos reales de garantía) se ostentan sobre un bien singular y, en caso de concurso del deudor, tiene una preferencia – el contenido de su derecho real – sobre el bien pignorado o hipotecado, pero como es acreedor concurre junto con los acreedores no garantizados para cobrar su crédito contra el patrimonio del deudor. De ahí que se hable, en Derecho Concursal, de 'privilegio especial'. En contraposición, los acreedores que carecen de garantía real "*tienen una garantía flotante*" porque su garantía recae sobre el patrimonio tal como esté en cada momento.

> Francisco Garcimartín, Los créditos con garantía real en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, Almacén de Derecho, 2021.

Y, en fin, el art. 392 CC dice con gran precisión que hay comunidad "*cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece pro indiviso a varias personas*". Lo que significa que, si varias personas son copropietarias de varias cosas o de varios derechos, habrá tantas comunidades de bienes cuantas cosas o derechos. O sea, no se puede ser copropietario de un patrimonio. Solo sería aceptable hablar de comunidad sobre un patrimonio en el caso de que éste esté formado por bienes – sólo por bienes – homogéneos y como una forma abreviada de referirse a la copropiedad sobre todos y cada uno de los bienes que forman el patrimonio: "*mientras dure la indivisión, a cada comunero le corresponde una cuota ideal y abstracta sobre todos y cada uno de los bienes, objeto del condominio [….] y que, al ponerse fin a la indivisión, tiene derecho a que su cuota ideal o abstracta se concrete o materialice en una parte real y física de cada uno de los bienes de los que es condueño, si los mismos son divisibles" (SSTS 16 de febrero de 1991 y 19 de octubre de 2012*)»

> Ana Mª Pérez Vallejo, Notas sobre la comunidad de bienes: reglas básicas y algunas cuestiones litigiosas, Derecho PUCP, 2018. V., los varios trabajos que ha dedicado a desentrañar las relaciones entre sociedad, copropiedad y personalidad jurídica José Mª Miquel. De todos ellos, destaca, Miquel, Comunidad y Sociedad; v., también, José María Miquel, Comentario al art. 400 CC en Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales, Madrid 1985, tomo V-2º, pp 438-467 y los que se citarán cuando se explique la doctrina del patrimonio más abajo. De ahí que no sea aceptable (y es posiblemente inconstitucional) una concepción de la comunidad de bienes como la que aparece en el artículo 551-1 del Código Civil de Cataluña (*«[e]xiste comunidad cuando dos o más personas comparten de forma conjunta y concurrente la titularidad de la propiedad o de otro derecho real sobre un mismo bien o un mismo patrimonio*". Las reglas de los artículos 392 ss CC tampoco son aplicables a la cotitularidad de derechos (varias personas son coacreedores) o lo son en en muy escasa medida. «La cotitularidad de un derecho de crédito se rige por las normas que el Código Civil dedica a las

obligaciones mancomunadas y solidarias en sus artículos 1137 y siguientes, que son los preceptos específicos que la regulan, "*no por las normas sobre la copropiedad*". (Miquel) "*entre los sujetos a los que se les atribuyen las cosas en virtud de distintos derechos reales (por ejemplo, propiedad y usufructo, propiedad y servidumbres) o varios del mismo tipo (copropiedad, cousufructo) surge además una relación que se funda directamente en la concurrencia de los derechos sobre la misma cosa y que desemboca en derechos y deberes que dan lugar a pretensiones de carácter jurídico-real*". O sea que un copropietario que pretende la condena de otro copropietario a que reconozca su cuota de propiedad está ejerciendo una acción de carácter jurídico-real.

El principio de especialidad es aplicable también a los créditos y al negocio jurídico de su transmisión (cesión de créditos) pero con un significado mucho menor que cuando se trata de cosas. También en la cesión de un crédito ha de determinarse qué crédito es objeto de cesión, lo que es importante, sobre todo, si se trata de créditos futuros. Si, por ejemplo, se transmiten las mercancías depositadas en un almacén y las mercancías singulares pueden variar, es necesario, para determinar el objeto de la transmisión, indicar el local donde se encuentran.

Significa lo mismo decir que cada elemento patrimonial debe seguir "*el régimen establecido en la ley para su transmisión. Es decir, que para los créditos transmitidos habría que notificar a los deudores (art. 1527 CC), para las deudas obtener el consentimiento de los acreedores (Art. 1205 Cc), y para los contratos el de los contratantes (art. 1257 CC), y desaparecerían todas las relaciones jurídicas que se extinguen cuando se extingue una sociedad (posiciones procesales, derechos de usufructos, etc…)*".

Segismundo Álvarez Royo-Villanueva, La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital, Tesis doctoral, Granada 2016.

Así pues, el principio de especialidad significa que no se puede ser propietario de un patrimonio, ni copropietario de un patrimonio, ni usufructuario, ni acreedor prendario o hipotecario de un patrimonio, ni se puede usucapir un patrimonio, ni se puede 'ocupar' un patrimonio, ni se puede 'adquirir' o 'transmitir' un patrimonio, ni hay contratos traslativos del dominio de un patrimonio, ni un patrimonio puede devenir *nullius*. En definitiva, el régimen de los Derechos Reales no se aplica a los patrimonios. Dice Larenz que no hay tal "*derecho unitario sobre el patrimonio como totalidad… el patrimonio en el código civil es sólo una denominación sintética del conjunto de derechos patrimoniales que corresponden a una persona*".

Larenz, Parte General, p 409; V., Dominik Schmid, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung, Zurich 2013, p 36. Aunque el art. 506 CC se refiere al usufructo "sobre la totalidad de un patrimonio", la doctrina ha entendido "*que el usufructo de un patrimonio se descompone y resuelve en el usufructo de cada uno de los elementos del mismo*" (Francisco Rivero, Teoría General del Patrimonio, en Garrido/Fugardo (coords), El Patrimonio Familiar, Profesional y Empresarial. Sus Protocolos., Tomo I 2005, pp 45 ss). En el *common law* hay instituciones jurídicas que cumplen las mismas funciones que el principio de especialidad. V., George L. Gretton, Trusts without Equity, The International and Comparative Law Quarterly Vol. 49, No. 3 (Jul., 2000), pp. 599-620.

El principio de universalidad de los patrimonios

Si el objeto de las normas que regulan un derecho real es el bien o la cosa singular, el objeto de las normas que regulan las personas jurídicas son los patrimonios concebidos como *universitates.* El principio de especialidad en relación con los derechos reales se corresponde con el principio de universalidad o totalidad en relación con los derechos sobre los patrimonios. Los patrimonios son *universitates rerum* o *bonorum*.

Los patrimonios se forman cuando se dota de unidad a un conjunto de bienes, unidad que se logra por el fin al que el patrimonio sirve que es el propio ser humano en el caso de los patrimonios individuales; cada patrimonio tiene un solo titular, que le proporciona unidad y estabilidad, de ahí que nazcan las personas jurídicas cuando se dota a un patrimonio de capacidad de obrar; los patrimonios se transmiten por vía de sucesión universal – sustitución del titular – y se extinguen cuando dejan de ser una *universitas* porque se liquidan. Los ordenamientos fundados en la libertad de propiedad y la autonomía privada permiten a los particulares crear o formar patrimonios y personificarlos a través del contrato de sociedad; modificar y transmitir patrimonios mediante los negocios jurídicos denominados modificaciones estructurales, singularmente la fusión y la escisión y extinguirlos a través de la disolución y liquidación.

> En consecuencia, sería adecuado, en contra de la doctrina mayoritaria, concluir que las cláusulas estatutarias que limitan la transmisión de acciones o participaciones no se aplican, prima facie, a los casos de fusión o escisión, esto es, cuando el socio persona jurídica de una SA o SL se fusiona con otra sociedad. Y no son aplicables porque no hay transmisión de las acciones o participaciones. Naturalmente, salvo en el caso de fraude, esto es, que el objetivo principal de la fusión o escisión haya sido evitar la aplicación del derecho de adquisición preferente o la necesidad de obtener la autorización de la sociedad. De esta cuestión me ocuparé en la Parte Especial.

En fin, la oposición entre el principio de especialidad y el principio de universalidad sugiere igualmente que no hay una categoría intermedia entre bien y patrimonio.

> Para la discusión en el siglo XIX en Alemania sobre la existencia de formas de propiedad colectiva distintas e intermedias entre la comunidad por cuotas y la personificación jurídica v., Jan Schröder, Zur Älteren Genossenschaftstheorie, *Quaderni Fiorentini,* 11/12 (1982/83, p 399 ss. pp 405 ss Los autores de la primera mitad del siglo XIX afirmaban que, gracias a la '*Genossenschaft'* germánica, en Alemania había muchas formas de propiedad colectiva entre los dos extremos que conocía el Derecho Romano: la *communio* (y la societas como contrato que da lugar a la communio) y la *universitas*, o sea, la copropiedad y la personificación jurídica.

El régimen jurídico de los patrimonios

Teoría del patrimonio y la invención de la persona jurídica

La literatura española sobre el patrimonio está resumida en Patricia Escribano, El patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad: análisis sistemático, Tesis Doctoral Castellón 2009, capítulo I. Los trabajos fundamentales, a mi juicio, son los de Federico de Castro, Temas de Derecho Civil, Madrid 1972, p 35 ss, resumido en Jesús Alfaro, Patrimonio y persona jurídica en Federico de Castro, Almacén de Derecho 2019, y el de Rivero, *Teoría general del patrimonio*; v., también, Esther Arroyo, Los patrimonios financieros y el trust. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 693 (2006) pp 11-61; Esther Arroyo, Dos principios básicos para la incorporación del trust en España: el patrimonio de destino y la limitación de la responsabilidad en El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Vol. 3, 2005, pp. 601-65; José Javier de los Mozos, La unidad del patrimonio y el trust, de la fiducia, el fideicomiso y el trust. Tesis Doctoral, Valladolid 2015, p 306 ss; v., también, Zenati-Castaing Frédéric. Entre trust et fiducie, le malentendu québécois. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 67 N°1, 2015. pp. 23-43. Zenati-Castaing, Frédéric La propriété, mécanisme fondamental du droit p. 243-249 en Tomasin (dir), Qu'en est-itl de la propriété?, Toulouse, 2006 y la exposición del concepto de patrimonio de Rau y Aubry que se encuentra en su Cours De Droit Civil Français: D'après La Méthode De Zachariae, 4ª ed. 1869, pp 229 y ss. Sobre el Cours y su influencia en el Derecho francés v., Kasirer, N. (2008). Translating Part of France's Legal Heritage: Aubry and Rau on the Patrimoine. Revue générale de droit, 38 (2), 453–493. Estos trabajos los he resumido en Jesús Alfaro, El concepto subjetivo de patrimonio de Rau y Aubry, Derecho Mercantil, 2021; Mario Stella Richter jr Persona giuridica e società en "Gustavo Bonelli, un giurista in Banca d'Italia", 2017; Gustavo Bonelli, Di una nuova teoria della personalità giuridica, Rivista italiana di scienze giuridiche, 1890, pp. 325-360 Gustavo Bonelli, La teoría della persona giuridica, Rivista di Diritto Civile, 1910, pp. 445-508; 592-673., ambos resumidos aquí. V., ampliamente, sobre el concepto de patrimonio, Schmid, Vermögen; Larenz, Parte General, p 404 ss. Y en el *common law*, Joshua Getzler, Plural Ownership, Wills and the Aggregation of Wills, Theoretical Inquiries in Law, 10(2009), resumido aquí; Francisco J. Andrés Santos, Introducción histórico-dogmática a la idea de subrogación real, ADC 51(1998), p 691.

Es sorprendente que la definición de la persona jurídica como patrimonio dotado de capacidad de obrar no gozara de más predicamento desde los primeros momentos de formulación de la doctrina de las *personae fictae*. Pero la sorpresa desaparece si se tiene en cuenta lo que se ha dicho acerca de la formación del concepto de persona jurídica a partir del de corporación y que la teoría del patrimonio se formula mucho más tarde que la doctrina de la personalidad jurídica. Parece que por primera vez a comienzos del siglo XIX por Rau y Aubry quienes, como ha señalado Zenati-Castaing, se limitan a trasladar la concepción patrimonialista de la persona jurídica a los seres humanos, esto es, a los patrimonios individuales. Hasta entonces, hay que remitirse a los Glosadores quienes elaborarán la distinción, apuntada más arriba entre *universitates facti o corporis* – para referirse a los bienes singulares pero compuestos – y las *universitates iuris* para referirse a los patrimonios, esto es, conjuntos de bienes o derechos dedicados a un fin. A los primeros se les aplica el principio de especialidad y a los segundos el de subrogación real.

Así, se nos dice que los bienes son objeto de acciones singulares mientras que los patrimonios son objetos de acciones o pretensiones universales (*res o iudicium singulare vs. res o iudicium universale)*. La acción típica para reclamar un patrimonio es la acción de petición de una herencia por parte del que se cree heredero contra el que está en posesión del patrimonio hereditario. Andrés, ADC 1998, p 691 que cita a Bartolo.

Rau y Aubry definen patrimonio como "*el conjunto de los bienes de una persona*". Lo que une a esos bienes es que están sometidos a la misma voluntad, por tanto, la "*idea de patrimonio se deduce directamente de la de personalidad*". Solo las personas tienen voluntad y una sola voluntad, de manera que sólo una persona puede tener un patrimonio; "*sólo un patrimonio*" y todas tienen uno. Rau y Aubry dicen, por ejemplo, que "*la persona no adquiere su patrimonio*" sino que se trata de un "*bien… inherente a su personalidad que no requiere para existir de que la persona posea bienes… los indigentes tienen patrimonio*" aunque no tengan bienes; el *patrimonio es inalienable* porque no puede concebirse separado del individuo (o la persona jurídica) titular del mismo: la persona sólo "*pierde su patrimonio cuando pierde su vida y con ello la personalidad misma*"; y es indivisible.

También Savigny se sumará a esta concepción subjetiva del patrimonio que conecta inseparablemente al patrimonio con el sujeto. "*Un sujeto, un patrimonio*" dirá Von Tuhr. Junto a este concepto subjetivo, se construyó uno objetivo a partir de la consideración del patrimonio como un 'bien incorporal'. Para lo que sigue, Giovanni Pugliese, Dalle <<res incorporales>> del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni, Riv. trim. dir. proc. civ., 1982, p 1137-1198, resumido aquí. Esta categoría es muy confusa porque incluye los llamados *corpora ex distantibus* que no son propiamente patrimonios y que, sin embargo, se utilizó – la categoría – también para explicar las personas jurídicas v., Jesús Alfaro, Corpora ex distantibus: lo que se puede aprender del rebaño, Derecho Mercantil, 2019. La idea del patrimonio como un derecho incorporal es una mala idea porque conduce a prescindir del principio de especialidad o determinación.

Esta concepción del patrimonio ayuda a construir el concepto de persona jurídica porque liga a individuos y patrimonios de manera que si un patrimonio no pertenece a un individuo, ha de ser personificado; no hay más titulares de patrimonios (sujetos de derecho) que los individuos y las personas jurídicas; no pueden existir patrimonios sin titular ni puede existir un sujeto de derecho que carezca de patrimonio.

V., más referencias en Schmid, Vermögen, pp 34-35 y 36 y sobre lo que sigue, p 41 ss. Como dice Zenati-Castaing, la tesis de Rau y Aubry es "*una extensión de la teoría medieval de las personas jurídicas a las personas físicas*".

Pero la descripción de Rau y Aubry es errónea en el sentido de que lo que une a los bienes que forman un patrimonio no es "*una voluntad*", sino que están destinados a servir a un fin. Este es, bien la cobertura de las necesidades de un individuo - y su desarrollo como ser humano -, bien un objetivo determinado por uno o varios individuos. Este error lleva a Rau y Aubry a considerar que el individuo es 'propietario' de su patrimonio, esto es, que la relación entre el titular de un patrimonio y éste es semejante a la relación entre el propietario de una cosa y ésta, lo que supone eliminar

la diferencia entre bien y patrimonio y privar de cualquier utilidad dogmática a esta segunda categoría.

> Las referencias a la herencia debilitan su argumento porque no tiene sentido hablar del derecho de propiedad sobre una herencia ni de que, a través del testamento, alguien enajene su propio patrimonio. En definitiva, Rau y Aubry no son capaces de formular un régimen jurídico para el patrimonio que no sea justificadamente diferente de la aplicación de las normas de Derechos Reales.

La equiparación entre los individuos y las personas jurídicas en su condición de titulares de un patrimonio es posible porque el patrimonio de los individuos está formado por "*todas las cosas, corporales e incorporales que pertenecen a alguien*" (como dice el § 353 del Código civil austriaco). Esto convierte al patrimonio en la pieza común a individuos y personas jurídicas. Pero la equiparación entre individuos y personas jurídicas es limitada porque los bienes que no pueden separarse del individuo porque no son 'cosas', los llamados bienes de la personalidad, no forman parte de su patrimonio, de donde se sigue que una persona jurídica, no siendo más que un patrimonio dotado de capacidad de obrar, carece de bienes de la personalidad como se explicará en la Parte Especial.

Y la equiparación tampoco es absoluta porque mientras todo individuo nace con un patrimonio, la persona jurídica 'nace' cuando se forma el patrimonio separado y se le dota de capacidad de obrar. Es decir, mientras que el individuo precede al patrimonio lógica y causalmente, el patrimonio precede a la persona jurídica lógica y causalmente lo que permite que la formación del patrimonio y el 'nacimiento' de la persona jurídica coincidan.

> Algunos autores afirman que como el patrimonio es un atributo del sujeto de derecho, el sujeto debe preexistir al patrimonio Así Lehmann, AcP 2007: "*… el patrimonio es un atributo del sujeto jurídico. Por lo tanto, este debe existir antes de que pueda tener un patrimonio, y no al revés. … Hacer que la subjetividad jurídica dependa de la existencia de un patrimonio propio significa poner las cosas al revés*". Eso es verdad en términos lógicos, pero el Derecho puede establecer la conexión entre sujeto y patrimonio como simultánea. Así ocurre cuando se constituye una sociedad de capital o una fundación. El fondo (formado por las aportaciones de los socios o por la dotación fundacional realizada por el fundador) es un patrimonio al que se dota de capacidad de obrar o agencia en el mismo acto de constitución. Hay simultaneidad entre la formación del patrimonio y su personificación. Es más, la constitución de un sujeto jurídico se 'programa' precisamente para poder explotar un patrimonio, de manera que la precedencia temporal no es relevante. Lo importante es la relación funcional entre un sujeto jurídico y un patrimonio cuando el fin para el que se forma el patrimonio es distinto del de subvenir a las necesidades de un ser humano.

Con el patrimonio se responde

> "*Ciertamente, es natural imaginar todos los derechos y obligaciones de una persona como un todo complejo, independiente de los objetos particulares que lo componen, y sujeto a un régimen homogéneo que responda a la idea de universalidad jurídica. Se trata de la noción elemental de patrimonio… en virtud de la cual los acreedores pueden embargar cualquier bien*

de su deudor (art. 2092-2093 C. civ. francés.), así como la transmisión universal después de la muerte, incluyendo, con los bienes del difunto, todas las deudas de su fortuna".

François Geny

El patrimonio individual es lo que se hereda de un individuo cuando éste muere y es con lo que un individuo responde. El concepto de patrimonio está, pues, ligado especialmente a los de sucesión y responsabilidad. Y esta conexión explica igualmente la correspondiente entre patrimonio y sujeto de derecho. Se sucede en la titularidad de un patrimonio porque los patrimonios no se transmiten como los bienes singulares y se responde con el propio patrimonio porque se responde con todos los bienes que uno posee, no se responde de cada deuda con un bien determinado. De ahí que el término 'universal' acompañe a los de sucesión y responsabilidad (arts. 661 y 1911 CC).

François Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique, T. 1, LGDJ, 1919; Lorenz Claussen, Gesamtnachfolge und Teilnachfolge, Baden Baden 1995, p 32 ss; Larenz, Parte General, p 411.

En un ordenamiento fundado en el respeto por la dignidad humana, la responsabilidad es patrimonial. El deudor responde sólo con su patrimonio ("*con todos sus bienes*", art. 1911 CC); en la antigüedad, los deudores respondían con su cuerpo, con su persona.

Es más, es probable que en el Derecho antiguo no hubiera responsabilidad patrimonial: "*… en los casos de deuda, la facultad del acreedor se dirigía únicamente contra la persona del deudor y no contra su patrimonio Contra su persona como sujeto jurídico (venta del deudor al extranjero como esclavo) o contra su personalidad física*" (Ihering) V., Jesús Alfaro, Responsabilidad personal y responsabilidad patrimonial. Almacén de Derecho, 2019-2022

De modo que hoy, responsabilidad patrimonial, personal y universal son sinónimos. Los patrimonios están para satisfacer los intereses de su titular y, como garantía de los acreedores, deben liquidarse hasta lograr la plena satisfacción de éstos que, en sentido contrario, habrán de sufrir la insuficiencia del patrimonio, en igualdad (*par conditio creditorum*). Asímismo, los titulares del patrimonio responsable no deben recibir nada hasta que los acreedores estén satisfechos con el límite – en el caso de los patrimonios individuales – de los bienes inembargables.

Si un individuo es, a efectos de responsabilidad, su patrimonio, tenemos una base para equiparar a la persona con su patrimonio y, con ello, para construir el concepto de persona jurídica desligado del ser humano dotado de entendimiento y voluntad: en tanto nos mantengamos en el ámbito de las relaciones jurídico-patrimoniales, el individuo es perfectamente sustituible por un patrimonio y sólo necesitamos armarlo con los atributos de la personalidad y dotarlo de capacidad de obrar. La capacidad de los patrimonios para ser destinatarios de efectos hace que el paso para convertirlos

en sujetos de derecho sea corto, sólo se necesita dotar al patrimonio de capacidad de obrar.

En sentido simétrico, un sujeto de derecho que carecía de patrimonio significativo (i.e., tierras) devenía históricamente 'incapaz' para participar en la vida económica. No puede responder y si no puede responder, ¿cómo va a poder obligarse? ¿Quién le dará crédito? Su participación en la vida social se ve reducida a las relaciones familiares o 'de favor'. En su significado original, el patrimonio denota la capacidad jurídica de una persona; que es 'capaz'.

> Caer irremisiblemente en la pobreza hace perder la propia condición de 'humano' en ciertas culturas v., Balboni, Clare and Bandiera, Oriana and Burgess, Robin and Ghatak, Maitreesh and Heil, Anton, Why Do People Stay Poor? (March 2020), resumido aquí. En el Derecho Romano, la capacidad y la propiedad iban unidas y, desde entonces, no se han separado hasta la Edad Contemporánea. A.H.J. Greenidge, (Gai Institutions with a *Historical Introduction,* pp XXXVI-XXXVII): "*no podemos señalar una época en la que un plebeyo no pudiera celebrar un contrato o entablar una acción… Pero es probable que en los primeros tiempos tuviera una capacidad muy limitada para controlar la tierra; que poseyera el suelo que trabajaba meramente a título de precario y no en virtud de su condición de ciudadano…. originalmente no estaba obligado a prestar servicio militar… una carga impuesta a los propietarios de tierras…(el) ascenso de los plebeyos* (vino de la mano) *del reconocimiento de sus derechos como propietarios… porque se requerían sus servicios como soldados*". V., para lo que sigue, Matthias Lehmann, Der Begriff der Rechtsfahigkeit, AcP 207 (2007) pp 225-255.

Deudas y patrimonio

Son muchos los autores que excluyen las deudas del patrimonio ya que, visto como 'depósito de valor' del que los acreedores pueden hacer extracción y, a efectos de responsabilidad, lo que cuenta es la existencia de bienes, esto es, el patrimonio 'bruto', no el 'neto'.

> Según Larenz, Parte General – p 407 "*… en tanto exista patrimonio bruto, los acreedores pueden esperar ser satisfechos… aun cuando el patrimonio neto sea igual a cero*".

Que el art. 1911 CC se refiera correctamente a que el deudor responde con sus bienes no es, sin embargo, un argumento de peso: se responde con los bienes, pero con todos los bienes. Y la existencia de una deuda en un patrimonio refleja que hay bienes o derechos cuyo valor ha de ser asignado a otro patrimonio. La deuda, pues, 'pesa' sobre los bienes que forman parte en cada momento del patrimonio. Concebido así, el derecho del titular del patrimonio recae sobre el remanente. Este significado de las deudas se aprecia claramente en el caso de la venta de una finca (De Castro) en la que se distinga entre que haya sido o no entregada al comprador. En el primer caso, conforme al Derecho español, "*la finca entra y está en el patrimonio del comprador*". En el segundo "*el comprador tiene el derecho de crédito a que le sea entregada la finca; pero la finca sigue estando en el patrimonio del vendedor*". En términos de valor, sin embargo, la finca está, en ambos casos en el patrimonio del comprador. En un caso en forma de derecho real de propiedad y en otro en forma de derecho de crédito a

su entrega. Esto es evidente si se piensa en que la finca aumente su valor (porque se produzca una recalificación urbanística, por ejemplo) después de que se haya celebrado el contrato de compraventa y se haya determinado el precio. El patrimonio del comprador incluye, pues, el valor de la finca, aunque entre los bienes del comprador no se encuentre la finca.

Es evidente también que, al que suceda al vendedor y al comprador como titular de los respectivos patrimonios, le importa mucho si el patrimonio en el que va a suceder está libre o cargado de deudas. De modo que la cuestión de si las deudas forman parte del patrimonio es divisible. Un concepto 'bruto' de patrimonio es preferible a efectos de la responsabilidad, pero a efectos de la sucesión, es claramente preferible considerar que las deudas forman parte del patrimonio (un concepto 'neto').

La persistencia de los patrimonios

La persistencia de los patrimonios más allá de la muerte del individuo titular permite que las relaciones jurídicas sobrevivan a la muerte de las partes extendiendo así la capacidad de obrar de los mortales. Imaginemos que Cornelia es propietaria de un edificio de viviendas arrendadas y que fallece. Los contratos de arrendamiento no se extinguen. La relación de arrendamiento persiste a pesar de que el arrendador ha dejado de existir. Esto es posible porque su patrimonio 'representa' a Cornelia cuando Cornelia ya no está. Los patrimonios persisten a la desaparición de su titular hasta que se liquidan o alguien 'sucede' al fallecido.

La persistencia de los patrimonios reduce notabilísimamente los costes de intercambiar. Si las características personales de las partes no son esenciales para mantener la relación tal como se planeó, los que contratan pueden dejar de preocuparse del posible fallecimiento del otro y pueden planificar su actividad con mayor certidumbre. Hoy, ésta es una ventaja menor, pero en un mundo como el de la Antigüedad donde la muerte (o la pérdida de capacidad, o la expropiación) era un riesgo próximo y cotidiano, no puede minusvalorarse. Y estos beneficios pueden aumentarse personificando patrimonios porque, como *universitas non moritur,* la relación contractual no se verá afectada *ab initio* por la suerte que corran Cornelia o Ticio; quiénes sean los que han formado el patrimonio o quiénes tienen derechos residuales respecto del mismo. Y estos beneficios serán tanto más elevados cuanto mayor sea el '*going concern value*' del patrimonio en relación con su valor en liquidación.

> Cuando muere Cornelia (o se disuelve una sociedad), persiste el patrimonio, pero no la personalidad jurídica porque el destino del patrimonio cambia: ya no es permitir la consecución del fin que llevó a su formación sino proceder a su liquidación y confusión con otros patrimonios (los de los herederos o los de los socios). De esto me ocuparé en detalle en la Parte Especial.

Hay una conexión indisoluble entre patrimonio y titular. Afirmar que hay patrimonios sin titular solo es posible incurriendo en una contradicción. Si los patrimonios existen para servir a su titular; si es el titular el que da unidad a los elementos que componen un patrimonio, un patrimonio que carezca de titular es un absurdo práctico. ¿Para qué queremos un patrimonio que no 'sirve' a nadie? Estaríamos describiendo un 'montón de cosas'. No es una buena respuesta a esta objeción decir que el patrimonio puede servir a una finalidad, no a un titular, porque un fin y un titular, a efectos de la personificación son intercambiables. Para que el patrimonio pueda servir al fin para el que se formó es necesario personificar ese fin u objetivo, esto es, dotarlo de capacidad de obrar. En otro caso el patrimonio no podría insertarse en el tráfico jurídico.

¿Patrimonios sin titular?

Los ordenamientos sienten *horror vacui* a dejar patrimonios sin titular. No pasa nada porque los bienes devengan *nullius.* Alguien se los apropiará si tienen valor. Pero sí pasa si los patrimonios quedan sin titular porque eso significa que no hay deudor al que reclamar el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre dicho patrimonio.

De manera que todos los patrimonios o son individuales o son personificados. Las figuras aparentemente intermedias son formas de copropiedad (392 CC) o son pretendidas formas atípicas de derechos reales que recaen sobre un bien o sobre varios bienes singularmente considerados, pero de carácter homogéneo (*corpora ex distantibus*).

> Los que contradicen esta tesis alegan el art. 6.1 LEC que extiende la capacidad para ser parte a "entidades sin personalidad". V., Antoni Bosch, La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust y los fideicomisos, 2005 Antoni Bosch, La gestión de los patrimonios fiduciarios, 2007 resumidos y comentados aquí). Pero es un argumento débil. La LEC reconoce capacidad para ser parte en un proceso a los individuos y a las personas jurídicas y a los que 'serán' individuos o 'serán' personas jurídicas. Pero el legislador de la LEC no puede imponer su criterio sobre el legislador posterior, de modo que extiende la capacidad procesal mediante una norma de remisión a "*las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte".* El legislador está así admitiendo que 'entes' sin personalidad jurídica – porque una ley diga que no la tienen, como los fondos de inversión – puedan ser parte procesal. Y lo hace por razones parecidas a las que explican que la mayoría de los comuneros pueda actuar por cuenta de 'la comunidad'. Esta 'representación' no exige afirmar que el fondo de inversión o la comunidad de bienes están personificados, del mismo modo que dar legitimación activa a la herencia yacente para reclamar el pago de las rentas de un inmueble que pertenece a la misma no exige calificar a la herencia yacente de persona jurídica. Semejantes a estos son los casos de las sociedades o fundaciones disueltas y, por tanto, en proceso de liquidación.

La idea de un patrimonio sin titular sólo se admite como explicación para situaciones de falta de determinación transitoria del titular o estados de liquidación. Ahí encajan fenómenos como la herencia yacente, la sociedad disuelta, o la escisión parcial.

Ni siquiera los encargos de aplicación de fondos a un determinado fin son supuestos de patrimonios sin titular. Saleilles pone el caso de una colecta para levantar una estatua. ¿De quién son los fondos recaudados? ¿De los que los recolectan como *trustees*? Zenati-Castaing dice que no hay ningún problema para considerar a los que recolectan el dinero para la estatua como propietarios de confianza del dinero, esto es, fiduciarios. Pero – añade Saleilles – no hay ninguna necesidad de convertir al gestor en propietario de los fondos si la estatua no tendrá propietario. A mi juicio, el recurso a las reglas del mandato es suficiente.

> V., *infra* lo que se dirá sobre los fondos de inversión. Sobre Saleilles, Jesús Alfaro, Leyendo las lecciones de Saleilles sobre la personalidad jurídica, Almacén de Derecho 2019 y Jesús Alfaro, Patrimonio y persona jurídica en Federico de Castro, Almacén de Derecho 2019. V., también, Rubio, Fundamentos, p 535: "*por ejemplo, un legado de rentas perpetuas para dotar a doncellas pobres, dar becas a estudiantes pobres o fines análogos*"

En fin, no existen patrimonios «de afectación» que no sean personas jurídicas pero sí puede afectarse un bien singular a una finalidad (¿para eso se inventó el usufructo?).

> En este caso (artículo 2645 ter Codice Civile italiano) no se crea un patrimonio de afectación porque este exige "*reservar una masa de bienes a determinados acreedores*" (responsabilidad, art. 1911 CC). Si se hace esto, se está constituyendo una persona jurídica. V., al respecto, Jesús Alfaro, El trust, la persona jurídica y el patrimonio de afectación, Almacén de Derecho 2021 y Jesús Alfaro, ¿Hay patrimonios sin titular? Derecho Mercantil, 2020. V., también, Arroyo, Dos principios básicos; Elena Lauroba, La protecció patrimonial de les persones discapacitades o dependents en el codi civil de Catalunya: el patrimonio protegit; Josep Ferrer, Els fons especials en les fundacions privades, Revista Catalana de Dret Privat, 1, 2002, págs. 81-118; Esther Arroyo, ¿Por qué el trust en Cataluña? en Los patrimonios fiduciarios y el trust : III Congreso de derecho civil catalán / coord. por Garrido/Nasarre, 2006, págs. 525-594.

Y es que en los derechos que no incluyen el *trust* en sus legislaciones, no hay más regímenes jurídicos disponibles. Sin personificación, es imposible que un patrimonio adquiera derechos y contraiga deudas de las que responda (art. 38 Cc).

La unidad y estabilidad de los patrimonios: relación de pertenencia y subrogación real

"Como un jardín pertenece a una casa, como un tapón pertenece a una botella, no como una casa y una botella pertenecen a un hombre, así el terreno pertenece a la parroquia"

Maitland

Une fiction juridque en vertu de laquelle une chose, nouvellement entrée dans le patrimoine d'une personne, répresent, à certains égards, celle qui, en place, en est sortie, la chose nouvelle revêtant une ou plusieurs des qualités de la ancienne"

Un solo caso en la historia del Derecho en que se ha visto constantemente la utilización amplia y significativa de un principio de subrogación real: se trata del campo de las unidades o masas patrimoniales (universitas iuris) y, en particular, los patrimonios especiales, separados o autónomos… Los patrimonios especiales son, de hecho, el campo propio de la subrogación real"

Francisco J. Andrés Santos

La relación entre los bienes singulares, créditos y deudas y el patrimonio es la de pertenencia. La relación de pertenencia es una relación estructural. Permite, por ejemplo, establecer la frontera entre patrimonios, delimitar lo que pertenece al patrimonio «propio» y al «ajeno» (De Castro) lo que es necesario para que los patrimonios expliquen la sucesión en la titularidad (tenemos que decir en qué bienes se sucede) y la responsabilidad (hay que decidir con qué bienes responde el deudor) o, en otros términos, para relacionar patrimonio y sujeto de derecho.

De Castro, *Temas*, resumido aquí.

La relación de pertenencia explica las modificaciones reales que sufren los patrimonios en virtud del principio de subrogación real. Es éste "*una ficción como consecuencia de la cual, un objeto reemplaza a otro*" (Rau y Aubry): lo adquirido con cargo a los bienes o dinero de un patrimonio pasa a formar parte de él (*in iudiciis universalibus, pretium succedit loco rei, et res loco pretii*). Los elementos que pertenecen al patrimonio se vuelven fungibles porque la única característica relevante es que son 'valiosos'. Se atacan los bienes del deudor porque son valiosos, no porque tengan una determinada naturaleza. Si ésta es relevante, el acreedor pedirá la constitución de una garantía real.

Los romanos aplicaron la idea de la subrogación real a la herencia y los glosadores y postglosadores la extenderán a todos los patrimonios. Y en la Edad Moderna se completa para añadir que no solo el precio sucede a la cosa, sino que la cosa sucede al precio.

Andrés, ADC (1998), p 696-697, p 705 ss. Los pandectistas dirigieron un ataque feroz contra la distinción entre bienes compuestos y patrimonios (*universitates facti* y *universitates iuris*) y el concepto de patrimonio como extraño a los juristas romanos (Savigny). Fueron los franceses los que elaboraron la doctrina de la subrogación real: "*siempre que el legislador autoriza la atribución de un patrimonio a una determinada finalidad… está admitiendo implícitamente el juego de la subrogación real, que se representa como la realización de la voluntad negocial*" (Saleilles). En todo caso, mientras en las relaciones jurídicas singulares, la subrogación real es un efecto que se ordena por el legislador por razones prácticas (p. ej., *commodum representationis*), en el caso de los patrimonios, la subrogación real es un principio que forma parte de su régimen jurídico por la propia naturaleza de los patrimonios, aunque lo relevante parece ser que "*se adquiera a través de un negocio jurídico que se refiera al patrimonio*" y no tanto "*que se adquiere con medios procedentes del mismo*" (Andrés, ADC 1998, p 722 ss). Esto refuerza la relación entre subrogación real y patrimonios personificados, porque sólo en los patrimonios personificados, esto es, dotados de capacidad de obrar, es

posible realizar negocios jurídicos que se refieren al patrimonio. Sobre el commodum raepresentationis y el art. 1533 CC v., Antonio Ruiz Arranz, Commodum representationis y commodum ex negotiatione o de qué hablamos cuando hablamos de subrogados, en Morales/Blanco, Estudios de Derecho de Contratos, tomo II, 2022, p 1055 ss., p 1064-1065 y p 1127. El art. 1533 CC dice que '*si el vendedor hubiese aprovechado de algunos frutos o hubiese percibido alguna cosa de la herencia que vendiere, deberá abonarlos al comprador (de la herencia) si no se hubiese pactado lo contrario'….* Y señala Ruiz Arranz "*El heredero que vende la herencia actúa (a partir de ese momento y en relación con la herencia) como administrador de un negocio ajeno… Siendo la herencia un patrimonio con activos y deudas, la venta de una de sus cosas bien puede deberse a la necesidad de abonar alguna deuda vencida. Por eso, el precio que se obtenga regresa a la herencia, y por eso corresponde al comprador*".

La subrogación real se produce con independencia de la voluntad de las partes. Económicamente, permite a los individuos 'endeudados' gestionar libremente su patrimonio y permite a los acreedores de un sujeto liberarse de la carga de vigilar lo que hace con sus bienes su deudor. Estos efectos se producen porque la subrogación real atribuye a los acreedores sobre el objeto de reemplazo el mismo derecho que tenían sobre el objeto original: la posibilidad de atacarlo para cobrarse su deuda (art. 1911 CC) y el deudor tiene incentivos – en tanto no sea insolvente – para maximizar el valor total de su patrimonio ya que el patrimonio sirve a sus necesidades. Sólo cuando le acecha la insolvencia puede tener incentivos para realizar jugadas arriesgadas que, si le salen bien, le permitan recuperarse pero que, si salen mal, pesarán sobre sus acreedores. Los incentivos del deudor, en circunstancias normales, son suficientes para proteger a los acreedores siempre que se establezca el principio de subrogación real porque, si rige, los acreedores pueden confiar en que su deudor no se colocará voluntariamente en situación de insolvencia. Para atacar los bienes que 'aparentemente' no pertenecen al patrimonio de su deudor, les bastará a los acreedores aducir indicios de extracción fraudulenta de valor de su patrimonio por el deudor en contra del principio de subrogación real. Por ejemplo, si un deudor paga con cargo a su patrimonio el precio de un inmueble cuya propiedad se atribuye a un tercero puede presumirse que la adquisición – que excluye la subrogación real – ha sido realizada en fraude de acreedores. Así pues, (Ranouil) la subrogación real beneficia a los acreedores "*que no han sido partes en la operación de reemplazo de bienes*".

Ron Harris, *Going the Distance,* p 165; v., en general sobre los incentivos de los que gestionan patrimonios al borde de la insolvencia, Jesús Alfaro, Administradores frente a accionistas y acreedores «Deberes de lealtad para los accionistas y obligaciones pactadas o legales para los acreedores, en Las reestructuraciones de las sociedades de capital en crisis / coord. por Bermejo/Martínez Flórez/Recalde, 2019, resumido aquí. Ranouil citada por Andrés, ADC 1998 p 708 ss. Andrés, ADC 1998, p 735, p 738: "*los acreedores deben poder confiar en que las adquisiciones de sus deudores pertenecen a su patrimonio, de manera que sean susceptibles de… ejecución*", p 743 ss: "*la subrogación real desempeña un papel decisivo a la hora de conservar la masa patrimonial afectada en su integridad para cumplir los fines legalmente establecidos… sin… la subrogación real, existiría el peligro de que los actos de administración y disposición socavaran y finalmente eliminaran… el patrimonio especial como unidad patrimonial*"… "*no cabe pensar en la subsistencia de una unidad patrimonial que tenga cortadas sus vías de adquisición de derechos. Y lo mismo respecto de la reintegración "del daño o la*

pérdida de derechos". p 712 donde resume a Capitant: el papel 'técnico' de la subrogación real es "*asegurar la conservación de una masa particular de bienes, permitiendo la libre circulación de sus componentes,*" o bien, "*impedir la confusión de dos patrimonios que se encuentran momentáneamente en manos de una misma persona*".

Como la subrogación real es un 'efecto', no requiere para su aplicación que el patrimonio esté personificado.

Dentro del patrimonio, "*los bienes figuran como tales sin que jueguen como derechos subjetivos entre ellos*". Por ejemplo, no hay derechos reales sobre cosa ajena entre dos bienes que pertenecen al mismo patrimonio ni relaciones obligatorias "consigo mismo" (extinción por confusión de las obligaciones y por consolidación de los gravámenes) y "*los cambios… realizados por el titular en sus bienes podrán tener eficacia ad extra… pero no interna, pudiendo (el titular)… deshacer o cambiar lo hecho*" a su arbitrio.

De Castro, Temas, pp 39-40.

La unidad del patrimonio bajo un titular permite a éste obtener las ventajas de las sinergias entre los distintos bienes: economías de escala, de producción conjunta, obtener crédito para mejorar alguno de los bienes dando como garantía otro u otros de los bienes que forman su patrimonio; dar crédito cuando tiene excedentes que no puede consumir…

Eldar, Ofer and Verstein, Andrew, The Enduring Distinction Between Business Entities and Security Interests (August 28, 2018). Southern California Law Review, Vol. 92, No. 2., resumido aquí.

Patrimonios y grupos de sociedades

En un grupo de sociedades, la sociedad dominante controla económicamente los patrimonios de sus filiales, pero no puede prescindir de la personificación de dichos patrimonios lo que se traduce en que las ventajas de la subrogación real y la unidad de los patrimonios no se logran con la misma eficacia. Si un empresario individual decide cambiar el uso de uno de sus inmuebles de residencial a comercial, le basta tomar la decisión y ejecutarla. Si la cabecera de un grupo de sociedades quiere hacer lo propio con un inmueble que pertenece al patrimonio de una sociedad filial, deberá instruir a los administradores de la filial que deberán adoptar la decisión correspondiente de acuerdo con las reglas organizativas de la filial y, en su caso, celebrar un contrato con la filial cuando el cambio de dedicación haga conveniente, por ejemplo, traspasar el inmueble a la filial que, dentro del grupo, se dedica a la explotación comercial de inmuebles. La división del patrimonio – en sentido económico – que es la empresa en distintas personas jurídicas (cada una de las sociedades que forman parte del grupo) eleva los costes de realizar transacciones internas ya que hay que aplicarles las reglas del derecho de obligaciones y contratos y de los derechos reales aplicables generalmente a las transacciones entre individuos

(patrimonios) distintos. De ahí que se flexibilicen las reglas sobre transacciones vinculadas cuando son intragrupo a la vez que se refuerza la protección de los accionistas externos del grupo mediante una estricta exigencia del cumplimiento de los deberes fiduciarios de los administradores de la filial designados por la sociedad dominante.

> V., Andreas Engert, The corporate group as an organizational form – Separating control from value appropriation, 2016. Triantis, George G., The Personification and Property of Legal Entities, 2009 y Pablo Marina, Cash Pooling y grupos de sociedades, tesis doctoral 2022. Y, sobre todo, Cándido Paz-Ares, ¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión, 2019. Sobre las ventajas de la estructura empresarial de grupo v., por todos, Cándido Paz-Ares, Uniones de empresas y grupos de sociedades, apartado 8.

La transmisión de los patrimonios

Un patrimonio puede sufrir modificaciones singulares en su composición (subrogación real) como consecuencia de la enajenación y adquisición de bienes y derechos, generación de créditos o contracción de deudas y celebración de contratos o generación de vínculos jurídicos de cualquier clase por su titular. En tales modificaciones, lo que es objeto de transmisión 'particular' o adquisición derivativa – art. 609 CC – son los bienes (la propiedad) singulares o los derechos reales sobre bienes singulares o derechos incorporales: se generan créditos y se contraen deudas; se celebran contratos y se entablan relaciones jurídicas singulares. A estas transmisiones se les aplica *in totum* el principio de especialidad o determinación.

Los patrimonios pueden ser objeto de transmisión en la medida en que puedan separarse del ser humano lo que nos deja con tres mecanismos: (i) la sucesión mortis causa; (ii) la transmisión de las acciones o participaciones de una sociedad anónima o limitada (o de las partes de socio de una sociedad colectiva o civil) y (iii) las modificaciones estructurales (fusión y escisión).

> Las normas aplicables a la transmisión de patrimonios mediante modificaciones estructurales se encuentran en la Ley de Modificaciones Estructurales (LME) y, primitivamente en el Derecho de Sucesiones *mortis causa.*

La sucesión *mortis causa*, obviamente sólo está disponible para los patrimonios individuales. La transmisión de acciones como vía para transmitir un patrimonio está disponible sólo para las sociedades en sentido estricto con personalidad jurídica porque la condición de miembro de una asociación no es transmisible (aunque el asociado tenga, en su caso, ciertos derechos patrimoniales a la liquidación) y porque las fundaciones carecen de miembros. Las modificaciones estructurales, en fin, son posibles en todas las personas jurídicas.

Se observa, pues, que las posibilidades de transmitir un patrimonio se amplían para las personas jurídicas societarias. La razón es que los socios ostentan derechos sobre el patrimonio social (en forma de derecho a la cuota de liquidación), de manera que

hay un interés económico potentísimo en poder realizar intercambios de patrimonios semejantes a los intercambios de bienes. Y es lógico que el Derecho reduzca los costes de intercambiar patrimonios como reduce los de intercambiar bienes.

La reducción de costes se logra, en primer lugar, a través de la 'cosificación' de las posiciones o partes de socio. La parte de socio de una sociedad con personalidad jurídica (especialmente en el caso de las sociedades anónimas) se convierte en una 'cosa' que puede transmitirse con arreglo a las reglas de la transmisión de bienes singulares o la cesión de créditos (o a través de las reglas de los títulos-valor) incluido el principio de especialidad o determinación. A través de la transmisión de estas 'cosas', llámense acciones, participaciones o cuotas, se transmite indirectamente el patrimonio de la persona jurídica societaria sin afectar a ésta.

> La cosificación por antonomasia se ha producido en el ámbito de los títulos-valor. Se habla, en este contexto, de 'incorporación' del derecho al documento de forma que la suerte del derecho de crédito normalmente sigue a la suerte del documento en el que se 'registra' o 'inscribe' el derecho. Por ejemplo, una promesa de pago de una cantidad de dinero al que resulte portador del documento cuando el crédito haya vencido. V., Jesús Alfaro, Los títulos-valores y el pasado como futuro, Almacén de Derecho, 2019

Fuera de este supuesto, la regla general es que para transmitir un patrimonio hay que proceder a sustituir a su titular y esto ocurre a través de las llamadas modificaciones estructurales. Así, cuando dos patrimonios personificados se fusionan (fusión de sociedades, asociaciones o fundaciones), la persona jurídica resultante (la absorbente o la de nueva creación) se coloca en todas las posiciones jurídicas en las que estaba la absorbida. Por ejemplo, si la absorbida era arrendataria de Ticio, la absorbente será ahora la arrendataria; si la absorbida debía 1000 al Banco Cornelia, la absorbente será ahora la deudora; si Julia era mandataria de la absorbida, seguirá siéndolo de la absorbente. Las reglas de transmisión de la propiedad de los bienes y de la cesión de créditos o de derechos inmateriales, así como las de la asunción de deudas o las de la cesión de contratos, todas basadas en el principio de especialidad, no se aplican. Lo que procede es aplicar las normas sobre la sucesión en la titularidad del patrimonio, o sucesión universal porque el patrimonio que se transmite persiste bajo el nuevo titular.

La aplicación del principio de especialidad a la transmisión de patrimonios, por el contrario, llevaría a que los bienes muebles e inmuebles que formen parte del patrimonio debieran transmitirse según las normas del código civil sobre transmisión de la propiedad (art. 609 ss CC) y los créditos, de acuerdo con las reglas de la cesión (1525 ss CC). La transferencia del pasivo requeriría la asunción privada de la deuda, que, según el artículo 1205 CC del CC, sólo es posible con el consentimiento del acreedor afectado. Por último, la transferencia de cada relación jurídica individual (de cada contrato celebrado que se refiera al ámbito de actividad que desarrolla la empresa o la fábrica) requeriría el consentimiento de la contraparte que permanece en la relación contractual. Así lo exige el *pacta sunt servanda.* Si se añade que se corre

el riesgo de que las partes 'olviden' incluir algún bien o derecho, se comprende que realizar la transmisión de un patrimonio recurriendo a las normas sobre transmisión de bienes y derechos es muy ineficiente.

> El derecho de propiedad permite que contemos exclusivamente con el consentimiento del propietario del bien singular para transmitirlo. Pero si Demóstenes 'debe' 100 a Clodia y desea transmitir esa deuda a Lidia, necesita el consentimiento de Clodia. Hasta hace algunos siglos, tal consentimiento era necesario incluso para la cesión de un crédito (y, todavía hoy, el Código de comercio exige la 'notificación' al deudor, no así el Código civil). Y, naturalmente, si Demóstenes es la contraparte de Clodia en un contrato obligatorio, Lidia no puede sustituir a Demóstenes (cesión del contrato) en dicho contrato sin el consentimiento de Clodia.

De ahí que el Derecho haya desarrollado negocios jurídicos específicos para reducir los costes de transmitir patrimonios. Los patrimonios se transmiten como consecuencia de ciertos negocios jurídicos que tienen por objeto las personas jurídicas titulares del patrimonio y que la ley denomina 'modificaciones estructurales'. Las dos más relevantes son la fusión y la escisión (y asimiladas). Su regulación es aplicable, en principio, a la transmisión de las empresas, esto es, a la transmisión de patrimonios de sociedades mercantiles. La fusión de fundaciones está prevista en su ley (art. 14 LF). Para los demás tipos de personas jurídicas – básicamente para las asociaciones – habrá que aplicar la LME.

La sucesión universal

Dice Bonfante que "*para los juristas clásicos – romanos – es ajeno el término y el concepto de sucesión a título particular*" (*successio in singulas res).* En Derecho romano clásico, el término *successio* se reserva para la sucesión universal, *in ius succedere* es la locución clásica y no alude a sucesores a título singular.

> *Successio in ius* no quiere decir sucesión en los derechos, esto es, sucesión jurídica en el sentido actual, sino en el status, en las relaciones o en el complejo de relaciones jurídicas: *succesio in locum et in ius* equivale a sucesión en nuestra 'posición jurídica', se sucede en una posición jurídica que no es la simple transmisión de un derecho, sino que resalta el lado de 'carga' o gravoso que tiene ocupar la posición que ocupaba aquel al que sucedemos. Por tanto, "*se alude a la situación jurídica y a la relación, no a los derechos, y de modo particular al lado oneroso de la relación*".

El adverbio "universal" en 'sucesión universal' significaba en el Derecho romano clásico que todos los *bona,* todos los bienes que formaban parte del patrimonio familiar, pasaban al heredero en un solo acto, simultáneamente, en bloque*:* se transfiere la totalidad *(transire per universitatem)*. En el Derecho justinianeo cambia el significado del término *universitas* y pasa a significar "todo aquello que pasa al heredero". Y como al heredero pasan no solo los bienes sino también las relaciones jurídicas del causante, esto es, los créditos y las deudas, éstos pasan a formar parte también de la *universitas* y con ello cambia el significado de 'universal'. Justiniano elaboró así el concepto de patrimonio en un sentido mucho más moderno y, con él, abrió las puertas a la personificación jurídica.

En este contexto, puede explicarse ya el par de términos *societas* y *universitas. Societas* hace referencia a un vínculo jurídico obligatorio entre varios individuos (un contrato, art. 1665 C) y *universitas* puede traducirse con alguna precisión por totalidad o conjunto, pero, más frecuentemente, como conjunto de bienes unidos entre sí, esto es, patrimonio. *Universitas* puede referirse también a una colectividad de personas de modo que es probable que, con él, se haga referencia normalmente a una corporación y el de *societas* se reserve para describir los lazos obligatorios entre varios sujetos. O sea, la distinción sería semejante a la que existe entre personas jurídicas personalistas y corporativas que ya he explicado. Así, dice Maitland en la *Introducción,* que "*ambas podían ser llamadas 'personas morales'"… pero que "los romanistas de Alemania habían sostenido… que la universitas es persona mientras que no lo es la societas".* Andrés, ADC 51(1998), pp 681-768, p 689. En sentido de conjunto de cosas, la *universitas* incluye también los bienes formados por *corpora ex distantibus* como un rebaño de ovejas o una biblioteca. De modo que, para precisar más, se distingue entre *universitates facti o corporis* para estos bienes 'compuestos' y *universitates iuris* para referirse a los patrimonios. Otros autores dicen que "*los Glosadores elaboraron el concepto de universitas rerum en analogía con el de universitas personarum…*" (Andrés, ADC 1998, p 688). En el Digesto, el término *universitas* aparece en relación con la representación procesal de las corporaciones locales y de las comunidades de personas a través de un "actor". Gayo denomina *universitates* a los patrimonios '*corpora*'.

De manera que, de los dos términos en relación con la herencia, en la época romana clásica, lo relevante es la *successio*; en la justinianea, la *universitas.* El heredero, en el derecho clásico, responde de las deudas y la mala o buena fe del causante porque se pone en su lugar, subentra en las relaciones jurídicas del causante (porque sucede). En el derecho justinianeo porque le han sido transferidos como parte de la herencia (porque ha adquirido a título universal). Esto favorece la personificación de la *universitas*. Cuando el heredero sucede al causante porque le sucede en sus relaciones jurídicas, no se necesita personificar al conjunto patrimonial al que tales relaciones van referidas. Pero cuando se dice que con la sucesión se transmite una *universitas*, la tentación de personificar ésta, aumenta. Se objetiviza, se concibe como una cosa, pero, como el causante ha muerto, hay que establecer quién es el titular.

Pietro Bonfante, *La successio in universum ius e l'universitas*, 1904, resumido aquí. Modernamente se dice que el carácter universal de la sucesión "*o la transmisión en bloque no deriva del carácter unitario que en sí tenga el conjunto de bienes, sino del hecho de que se realiza por un solo título*" (Álvarez, Sucesión, p 45 citando a González Meneses).

De este modo, modernamente, la sucesión universal es el efecto de la transmisión de un patrimonio. Que el nuevo titular del patrimonio 'sucede universalmente' al previo significa que ocupa su posición de propietario de todos los bienes, acreedor de todos los créditos, deudor de todas las obligaciones y parte de todas las relaciones jurídicas de los que era propietario, acreedor, deudor y parte la persona jurídica cuyo patrimonio se transmite. Lógicamente, en relación con patrimonios individuales, la sucesión universal 'exige' la muerte del titular del patrimonio. En relación con patrimonios personificados – personas jurídicas – la sucesión universal se articulará a través de una modificación estructural.

Se ha criticado la asimilación de las modificaciones estructurales a la sucesión *mortis causa* porque se dice que la sucesión es una consecuencia imprescindible cuando se produce *mortis causa* si queremos evitar que haya patrimonios sin sujeto, pero que en el caso de las modificaciones estructurales, *"la sucesión universal no es la consecuencia, sino el objetivo de la modificación estructural"*, esto es, transmitir todos los bienes que forman el patrimonio en el cual se produce la sucesión

> Rieble, Verschmelzung und Spaltung von Unternehmen und ihre Folgen für Schuldverhältnisse mit Dritten, ZIP *8/97*

Este argumento no separa adecuadamente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. El supuesto de hecho en la sucesión *mortis causa* y en las modificaciones estructurales es distinto (un hecho físico: la muerte de un individuo en el primer caso y un negocio jurídico: el acuerdo de los órganos de dos personas jurídicas de fusionarse en el segundo) pero la consecuencia jurídica es la misma. Y cuando se habla de sucesión universal, de lo que se trata es de la consecuencia jurídica, no del supuesto de hecho. A tales efectos, lo decisivo es que el patrimonio se asigna a otro titular: el heredero en un caso, la persona jurídica absorbente o beneficiaria en el otro. La dirección causal es la contraria en uno y otro caso: porque se extingue la persona física – por la muerte -, su patrimonio pasa a su heredero – no puede haber patrimonios sin sujeto – y porque se transmite el patrimonio a la absorbente en el caso de fusión, la persona jurídica absorbida se extingue, porque no puede haber sujetos sin patrimonio. La sucesión universal evita la aparición de patrimonios sin sujeto cuando el sujeto 'desaparece'. El Derecho hace depender la extinción del patrimonio de su liquidación completa o de que otro sujeto de derecho suceda universalmente al titular previo. La sucesión universal permite garantizar la continuidad en las esferas patrimoniales (Claussen).

> V., una explicación detallada de lo que sigue en Segismundo Álvarez, *Sucesión*, p 46 ss. Hay dos modelos de sucesión mortis causa en el Derecho Comparado a los efectos que aquí interesan: en el *common law* se procede a la liquidación de la herencia antes de la entrega del remanente a los herederos y en el derecho continental – romano – las relaciones jurídico-patrimoniales del causante se transmiten a sus herederos: el patrimonio del causante se 'fusiona' con el del heredero. De ahí que se diga que éste no es sólo responsable de las deudas del causante, sino que deviene deudor (cfr., art. 1257 CC). La sucesión universal permite la reasignación de los patrimonios a aquellos que los valoran más evitando la liquidación cuando el valor del patrimonio es superior como *going concern.* En el caso de la herencia el mayor valor que pudiera tener respecto a su valor en liquidación no podría preservarse, pero no es probable que el patrimonio de un individuo valga más en su composición a la muerte de su titular que liquidado, lo que explicaría el modelo de sucesión *mortis causa* del *common law.*

Al igual que ocurre con la subrogación real, todo el patrimonio del causante pasa a los herederos con independencia del conocimiento que éstos tengan de su contenido que lo adquieren en las mismas condiciones en las que estaban al fallecimiento del causante. Tendrán que soportar, por ejemplo, las reivindicaciones de terceros que se pudieran dirigir contra el causante.

Cuando el patrimonio se liquida o se sucede en su titularidad, la preferencia a los acreedores respecto del sucesor es absoluta lo que asegura que la sucesión no perjudica a terceros. Cuando el patrimonio no se liquida, sin embargo, es necesario prever mecanismos específicos de protección de los acreedores y, en general, de las contrapartes del titular del patrimonio que se transmite. Esta protección es indemnizatoria, no real. No hay ninguna razón para que la protección sea real. Como tampoco hay ninguna razón para negar a la autonomía privada la capacidad para transmitir patrimonios. No es que el legislador tenga que 'derogar' el principio de especialidad, es que el principio de especialidad no rige en la transmisión de patrimonios.

> V., infra, en la Parte Especial lo que se dirá sobre las modificaciones estructurales. La doctrina (v., por todos, K. Schmidt, AcP 191 (1991), p 498) dice que la sucesión universal tiene que estar prevista en la ley porque, "*el derecho vigente somete la transmisión jurídica de los activos y pasivos al principio de especialidad y.... hace depender esa transmisión de la observancia de las normas especiales aplicables a cada uno de los bienes*". V., también, Johannes Flume, ZHR 170(2006), p 743: "*la sucesión singular está determinada para el tráfico negocial, mientras que la sucesión universal sólo se aplica a casos especiales, no está a disposición de la voluntad de las partes y tiene que ver, en la mayor parte de los casos, con la necesaria asignación de un patrimonio consecuencia de la desaparición de un sujeto de derecho o titular jurídico*".

No es solo el principio de especialidad el que resulta inaplicable. Si se produce la transmisión de un patrimonio, no se aplican las normas sobre vicios del consentimiento ni las de interpretación de los contratos a efectos de determinar el 'perímetro' del patrimonio transmitido: "*los derechos y obligaciones que se transfieren lo hacen ministerio legis y con independencia de lo que se haya acordado entre las partes*" (Álvarez) y, lo que es más importante, la posición del nuevo titular del patrimonio replica la del titular a quien se ha sucedido.

> Por ejemplo, si en una sucesión universal consecuencia de una fusión, la absorbida había comprado un bien a alguien que carecía del poder de disposición sobre ese bien y no había adquirido la propiedad (porque no sea un supuesto de adquisición a non domino como el del art. 85 C de c), tampoco la absorbente habrá adquirido ésta. Pero si la absorbida había otorgado un poder, éste no queda revocado por la fusión. Cambia el sujeto titular del patrimonio, pero no la composición del patrimonio. Y, como se ha dicho más arriba, en la medida en que la absorbente tiene personalidad jurídica, que la absorbida la tenga o se trate, simplemente, de un patrimonio delimitado, pero sin capacidad de obrar, es irrelevante. Se explica así que la sucesión universal como mecanismo de transmisión de patrimonios pueda aplicarse a la escisión parcial o a la segregación.

La absorbente o sociedad de nueva creación no pueden adquirir *a non domino* de la absorbida. Si ésta no era propietaria, aquella no deviene propietaria como consecuencia de la fusión porque la buena fe "*la creencia en el poder de disposición de la persona jurídica absorbida sobre los bienes singulares que componen su patrimonio*"

> Simon, Kölner Komm, UmwG, nº marg. 64

La fusión tampoco se considera como un 'negocio de tráfico', esto es uno de aquellos en los que los intereses de transmitente y adquirente son independientes (por oposición a partes vinculadas). Del mismo modo lo que se inscribe en el Registro de la Propiedad no es una transmisión de un inmueble sino una sustitución del titular del inmueble.

> Al respecto, Álvarez considera que (p 117) no es necesaria una nueva inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles que figuran inscritos a favor de la sociedad cuyo patrimonio se transmite a otra bastando acreditar que el inmueble estaba inscrito a favor de la sociedad absorbida y que la fusión está inscrita. En caso de derechos de usufructo no hay ninguna razón para considerar extinguido el usufructo en caso de modificación estructural con sucesión universal. Esto es importante para entender, en la parte especial, qué ocurre con el contrato de sociedad de la absorbida en caso de fusión.

En relación con las subvenciones, la jurisprudencia contencioso-administrativa reconoce los efectos de la sucesión universal y tiene en cuenta la finalidad de las normas que regulan la subvención para decidir si la fusión debe provocar la extinción de la subvención. Razonamientos parecidos pueden hacerse respecto de las licencias administrativas. En el caso de los créditos no hay transmisión del crédito. Por tanto, tampoco hay que notificar la fusión ni hace falta el endoso de una letra de cambio o pagaré etc.

> v., Álvarez, *Sucesión,* pp 126-127

La sucesión universal se extiende a relaciones jurídicas que, de acuerdo con el Derecho de Cosas no son transmisibles o requieren la autorización de terceros para transmitirse, sobre todo deudas y relaciones jurídicas y, entre estas últimas, singularmente, las posiciones contractuales, pero no solo. Por ejemplo, si en el patrimonio en el que se sucede hay acciones cuya transmisión está restringida por cláusulas estatutarias, las restricciones no se aplican cuando se produce la sucesión universal salvo que dichas cláusulas establezcan otra cosa, naturalmente

> Stefan Simon, Kölner *Kommentar zum UmwG*, 2009, § 2, 32, p 87; ampliamente, incluyendo también el análisis de las opciones de compra y derechos de tanteo, Hanns, F. Hügel, Umgründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge, Dienstbarkeiten und höchstpersönliche Rechte, en Hügel, Beiträge zum Unternehmensrecht - Wien : Orac, 2001, (2001), pp 91 – 103. En cuanto a los derechos de adquisición preferente, las conclusiones de Álvarez pueden aceptarse (p 135): si la ley o el contrato prevén específicamente que se active el derecho de preferencia en caso de que la contraparte "sufra" una modificación estructural y las consecuencias del ejercicio del derecho están suficientemente determinadas, *pacta sunt servanda*. Si no es el caso, en principio, el derecho de preferencia no se activa con la fusión.

Dado que se trata de transmitir patrimonios, no se transmiten los contratos y derechos personalísimos porque éstos no pertenecen al patrimonio. Pero las personas jurídicas carecen de derechos que sean *per se* 'personalísimos' o 'intransmisibles'. Si los tiene es porque son los individuos o algunos de los individuos cotitulares del patrimonio los titulares o deudores de tales deberes personalísimos.

De manera que no debería plantearse problema alguno con la fusión o escisión total: esos deberes seguirán correspondiendo a los individuos.

En relación con el límite de 30 años de la duración máxima de un usufructo a favor de una persona jurídica (art. 515 CC), si el legislador limita a la vida de una persona la duración de un derecho, hay que preguntarse si lo hace para salvaguardar su carácter personalísimo o para limitar la duración de la vigencia del derecho (para proteger la libertad del sometido al derecho potestativo). Si es lo primero, entonces se entendería muy mal que una persona jurídica pudiera ser titular de un derecho así. Si es lo segundo, sin embargo, la respuesta jurídica debe ser, no la de considerar que la absorbente no adquiere tal derecho por sucesión universal, sino aplicar un plazo de duración del derecho tal como hace el art. 515 CC. Un argumento añadido es que el resultado no puede depender de qué persona jurídica sea la absorbente y cuál la absorbida (si queremos evitar que se extinga el derecho, bastaría con hacer absorbente a la titular del derecho).

> V., Álvarez, Sucesión, p 101; Hügel, Festschrift Koppensteiner p 91.

Si la responsabilidad de la persona jurídica absorbente por las deudas de la absorbida es una obviedad también lo es la responsabilidad de todas las sociedades beneficiarias de la escisión (art. 80 LMESM): dado que, antes de la escisión, el acreedor lo era del patrimonio que ahora se ha dividido en varios patrimonios, se puede dejar indemne al acreedor sin impedir la transmisión manteniendo este 'unido' a los efectos de responsabilidad.

Y, en fin, tampoco se aplican las normas de Derecho Internacional Privado propias de los derechos reales, sino las aplicables a la transmisión de patrimonios.

> "*Este criterio de conexión debe ser de carácter personal: debe estar vinculado a la persona del cedente. En particular, en el caso de las sociedades... la lex societatis.... Por otra parte, desde la perspectiva de las contrapartes -por ejemplo, los acreedores de la sociedad- el enfoque universal no puede considerarse una solución irrazonable: la aplicación de la lex societatis del deudor es un riesgo controlable y dentro de la UE, al menos en casos de fusiones y escisiones, las Directivas garantizan un grado mínimo de protección (art. 13 directiva 2011/35/CE, y art. 12 de la Directiva 82/891/CE). La aplicación de la lex societatis a las transferencias universales puede considerarse como una cláusula implícita de sus contratos*", Francisco Garcimartín, Company Restructurings and Universal Transfers of Assets: A Proposal to deal with the Conflict-of-Laws Problems, manuscrito facilitado por el autor.

La liquidación del patrimonio como alternativa a la transmisión vía sucesión

Los patrimonios cuyo titular desaparece han de transmitirse o han de liquidarse. Y, hasta que la liquidación haya finalizado, el patrimonio persiste como una unidad. De modo que patrimonios sin sujeto, como se ha dicho más arriba, sólo pueden concebirse como un fenómeno transitorio.

Dado que las personas jurídicas se forman por un negocio jurídico (contrato de sociedad o negocio jurídico fundacional), la misma consecuencia jurídica – la liquidación – ha de predicarse en el caso de que vicios anulatorios afecten a dicho negocio jurídico o cuando termina el contrato de sociedad. Ha de procederse a liquidar el patrimonio social. La nulidad o la terminación del contrato de sociedad no dan lugar, pues, a la restitución de las aportaciones a los que las realizaron (arts. 56 y 57 LSC). La restitución de las aportaciones sería, por el contrario, la consecuencia jurídica aplicable si nos mantuviéramos en el ámbito de la liquidación de contratos nulos o resueltos.

> O, en el caso de un contrato de sociedad en la que los bienes pertenecen a los socios en copropiedad, lo que ha de hacerse, al terminar el contrato de sociedad es dividir los bienes y la división de los bienes no implica transmisión de la propiedad, mientras que el pago de su cuota de liquidación a cada uno de los cotitulares de un patrimonio sí implica la transmisión de la propiedad de los bienes que compongan dicha cuota de liquidación que pasan del patrimonio liquidado (el de la persona jurídica) al patrimonio del titular (el socio). De ambas cuestiones – la sociedad nula y la disolución – me ocuparé en la parte especial

Liquidar un patrimonio implica, primordialmente, pagar a los acreedores del patrimonio con preferencia respecto al derecho de los titulares del patrimonio (miembros de la persona jurídica) a recibir su parte y eventualmente convertir los bienes que lo forman en dinero si es necesario para asegurar la igualdad de trato de los socios en el reparto.

> V., Jesús Alfaro, Una nota sobre el concepto de liquidación, Almacén de Derecho, 2020.

En fin, las personas jurídicas, como los individuos, pueden ser declaradas en concurso porque son patrimonios y porque el procedimiento concursal tiene por objeto restructurar (reducir las deudas o retrasar su pago) o liquidar un patrimonio. Un procedimiento concursal significa sustituir las reglas de gobierno de ese patrimonio por otras en la que los intereses de los acreedores prevalecen sobre los del titular del patrimonio porque el patrimonio ha devenido insuficiente o insuficientemente líquido como para ser capaz de atender al pago de sus obligaciones.

> Las diferencias entre individuos y personas jurídicas en este punto van referidas a aspectos marginales. Así, hay diferencia en cuanto a qué bienes son embargables o al régimen concursal. Garantizar un mínimo de bienes inembargables o una segunda oportunidad – *fresh start* – cuando alguien cae en quiebra es absurdo para las personas jurídicas. V., Nuria Bermejo, Volver a empezar: reflexiones sobre la liberación de deudas, RJUAM, 28(2013), págs. 33-52 y Guillermo Caballero, Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor, *Ius et Praxis* 2018.

Análisis económico de la personalidad jurídica

> Para lo que sigue, v., James Gordley Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment, 2006; Ostrom, Elinor and Hess, Charlotte, Private and Common Property Rights (2007) resumido aquí; Steven Shavell, Economic Analysis of Property Law, 2003,

recogido en sus Foundations of Economic Analysis of Law, 2004. Harold Demsetz, Toward a Theory of Property Rights, American Econ. Rev., 57 (2) 1967, pp. 347-359; aquí una traducción al español; Paul H. Rubin & Tilman Klumpp, Property Rights and Capitalism, 2011 en *Oxford Handbook of Capitalism;* Mark Koyama/Jared Rubin, How the World Became Rich, 2022, pp 37 ss.;Oded Galor, The Journey of Humanity, 2022, (hay traducción española); Lueck, Dean, The Extermination and Conservation of the American Bison (August 2001); Cándido Paz-Ares, Principio de eficiencia y Derecho Privado, Estudios Broseta, 1995. Steven Shavell, Economic Analysis of Property Law, 2003. Peter Temin, The Roman Market Economy, The Princeton Economic History of the Western World, Joel Mokyr, Series Editor, 2013, resumido aquí. Bas van Bavel, The Invisible Hand? How Market Economies have Emerged and Declined Since AD 500, 2016, resumido aquí. Y para lo relativo a la copropiedad, v., Guarino, Diritto Privato Romano. Lezioni Istituzionali di Diritto Romano 2ª ed. 1963, resumido aquí. José María Miquel, Comentario CC Ministerio de Justicia, tomo I, 1991, art. 400. Volker Beuthien, Die Gesamthand – was ist das eigentlich? ZGR 2019, 664–701, resumido aquí; Marco Staake (2007), Die Gesamthand im Gesellschaftsrecht – sinnvolles Rechtsinstitut oder verzichtbares Relikt?, resumido aquí; Alfaro, Indret, 2016; Federico de Castro, La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica, ADC 1949, pp 1397-1418. Un compendio de las doctrinas económicas sobre la '*firm*' y la '*corporation*' puede verse en Benito Arruñada, La estructura contractual de la empresa, 1994 Publicado en R. Febrero, (ed.), Qué es la Economía, Cap. 17, Pirámide, Madrid, 1997, 583-615. El libro fundamental es el de Henry Hansmann,The Ownership of the Enterprise, Harvard University Press, 2000 y actualizado en su trabajo, "Ownership and Organizational Form", 2006; v., también, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, The Essential Role of Organizational Law, 110 Yale L. J. 387 (2000); Jesús Alfaro, Corporations Are Not Firms, Oxford Bus. Law Blog, 2017; Jesús Alfaro, La transformación fundamental, Almacén de Derecho, 2019; Jesús Alfaro, La función del empresario y la evolución de la concepción contractual de la empresa y la teoría de los property rights, Almacén de Derecho 2019; Daniel Markovits & Alan Schwartz, Who Owns What? Re-Thinking Remedies in Private Law, 2019. Alfaro, Jesús, Teoría de la empresa en Almacén de Derecho, 2016; Hart, Oliver. 2017. Incomplete Contracts and Control. American Economic Review, 107(7): 1731-52; Grossman, Moore y Hart, Hart, Oliver, and John Moore, Property Rights and the Nature of the Firm, 98 J. Pol. Econ. 1119, (1990); Hart, Oliver, Firms, Contracts, and Financial Structure 29-33 (1995); Grossman, Sanford J., and Oliver D. Hart, The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, 94 J. Pol. Econ. 691 (1986); Bainbridge, Stephen Mark, The Case for Limited Shareholder Voting Rights. UCLA Law Review, Vol. 53, pp. 601-636, 2006, Belinfanti, Tamara and Stout, Lynn A., Contested Visions: The Value of Systems Theory for Corporate Law (March 29, 2017); Joseph L. Bower/Lynn S. Paine, *The Error at the Heart of Corporate Leadership*, Harvard Business Review, may-june 2017; John Kay, The concept of the corporation, 2017; Colin Mayer, Firm Commitment, 2013, recensionado aquí y aquí. Stout, Lynn A. y otros, The Modern Corporation Statement on Company Law, recensionado aquí; Ron Harris, The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business, 2006. Jesús Alfaro, La visión de los economistas de la sociedad anónima, Almacén de Derecho, 2022; Wiegand, AcP 190 (1990), resumido aquí. Miquel, EJB; Chang, Yun-chien and Smith, Henry E., The Numerus Clausus Principle, Property Customs, and the Emergence of New Property Forms (August 1, 2015), resumido aquí.

Los costes de delimitar los derechos sobre los patrimonios

Para garantizar que los derechos reales cumplen la función de atribuir bienes singulares a personas determinadas, debe delimitarse con precisión (i) la cosa, (ii) el contenido del derecho sobre la cosa y (iii) el titular de la cosa. Por estas razones, (i)

rige el principio de especialidad en materia de derechos reales; (ii) hay cosas simples y compuestas y (iii) los derechos reales son típicos o *numerus clausus;*

> Al 'publicarse' legalmente la 'lista' de los derechos eficaces *erga omnes* (derechos reales) que pueden constituirse sobre un bien y establecerse un régimen legal imperativo, se reducen los costes de información de los que desean adquirir tales bienes, que no se verán sorprendidos por derechos de terceros, lo que redundará en 'mejores precios' de los bienes ya que se conoce mejor la utilidad que se podrá extraer de ellos. Los bienes se 'liberan' de pretensiones de cualquiera que no sea su titular.

Estas tareas jurídicas son poco costosas cuando se realizan sobre cosas singulares (una barrica de vino, un ánfora de aceite, cien toneladas de trigo) y son muy costosas cuando se realizan sobre patrimonios porque los bienes son más o menos homogéneos pero es muy difícil que haya dos patrimonios homogéneos en su composición. Además, el titular de un derecho real es, normalmente, un individuo, mientras que los que tienen intereses sobre un patrimonio son muchos y sus derechos o intereses pueden ser heterogéneos.

De modo que la 'tecnología' que nos proporciona el Derecho de Cosas no sirve para regular eficientemente los patrimonios. Piénsese en los costes de delimitar los derechos de cada uno de los vecinos de la ciudad de Tebas o de una asociación de comerciantes – consulado – o de artesanos – gremio – sobre los correspondientes bienes de la ciudad, el consulado o el gremio. Y no digamos ya cuando los bienes habían sido asignados por testamento a la Iglesia para destinarlo a una causa pía, normalmente a los pobres. A la determinación de cada uno de los individuos que tiene algún tipo de derecho sobre esos bienes hay que añadir la descripción del tipo de derecho que se ostenta en relación con cada uno de ellos, ya que no se ostentan los mismos derechos sobre un inmueble que sobre un bien que se consume o sobre un bien fructífero o sobre un derecho de crédito o sobre un bien incorporal o sobre bienes difíciles de apropiar como la clientela o la reputación. A continuación, ha de determinarse si todos los individuos ostentan derechos semejantes sobre cada uno de los bienes o si hay categorías en el seno del grupo al respecto o si los derechos de cada subgrupo se ostentan sobre determinados elementos del conjunto de bienes… Y, a continuación, ha de determinarse el conjunto de deudas de las que responderán esos bienes (art. 1911 CC). Además, habrá que determinar si, cuando uno de los individuos que forman parte del grupo se muere, sus herederos le suceden en su posición en relación con tales bienes. También habrá que determinar quién y cómo ejercerá los poderes del propietario en relación con cada uno de los bienes; quién los derechos del acreedor respecto de cada uno de los créditos etc. Habrá que ordenar todas esas pretensiones y precisar qué derechos ostentan cada uno de los interesados y, en fin, a qué tienen derecho aquellos miembros del grupo que deseen abandonarlo.

La personificación jurídica como mecanismo de reducción de los costes de delimitación de los derechos sobre un patrimonio: nexo de contratación y nexo paa contratar

Pues bien, el invento jurídico-organizativo para lidiar con estos problemas de delimitación de derechos sobre conjuntos de bienes heterogéneos entre muchos y potencialmente heterogéneos interesados consiste en dejar de aplicar las normas sobre Derechos Reales y Derecho de Obligaciones y Contratos a las transacciones correspondientes y recurrir a la personalidad jurídica. La reducción de los costes de delimitar los derechos sobre un patrimonio se logra a través de la contabilidad, según se explicó más arriba, y de la creación de un 'nexo' que centraliza todas estas relaciones: la persona jurídica, que permite considerar a un sujeto inventado como el propietario de los bienes que forman ese patrimonio; como el acreedor de los créditos que pertenecen a él; como el deudor de las obligaciones imputadas o contraídas por cuenta de ese patrimonio y como parte en los contratos y relaciones jurídicas entabladas por su cuenta. En cuanto a la reducción de los costes de distribuir los rendimientos de un patrimonio entre todos los que han contribuido a su formación, tal resultado se logra a través de la homogeneización de las posiciones de miembro de la persona jurídica.

> La alternativa histórica a la personalidad jurídica fue la comunidad (copropiedad) por cuotas que inventó el Derecho Romano. A través de la «cuota» como objeto de propiedad individual, los romanos encajaron la copropiedad – el condominio – en su concepción de la propiedad como derecho absoluto. Absoluto significa 'perfectamente delimitado'. Pero si algo era mío (*meum esse*) no podía ser de otro a la vez, así que la solución consistió en afirmar que lo que es «mío» - y sólo mío – no es la barrica de vino, sino la cuota (Guarino). Así, si hay cinco copropietarios de una barrica de vino, la cosa común estará dividida «idealmente» en cinco partes o cuotas y cada comunero será titular de una cuota de un quinto. Recuérdese el tenor del art. 399 CC y lo que dice al respecto Miquel: «*todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte» es una declaración básica para configurar el derecho de cada comunero… La parte de la que habla el CC es una parte de la cosa determinada por la cuota*». La cuota se convierte así por arte de la imaginación jurídica en una cosa inmaterial. Una cosa valiosa que podía ser objeto de propiedad y de otros derechos reales (delimitarse perfectamente); que podía transmitirse y pignorarse y cuyo valor equivalía a la capitalización (el valor presente) de una fracción del valor esperado de la cosa cuando se produjera su división. La cuota se convirtió en el primer activo financiero. Además, un sistema de gobierno colegial (toma de decisiones por mayoría) del bien de propiedad común permite su explotación eficiente en un entorno comercial. La coherencia de la cuota de copropiedad con los derechos reales en cosa ajena es completa. Un ejemplo histórico en el que las reglas de la comunidad se han sustituido por la personificación jurídica es el de los montes comunales en aquellas partes de España donde su explotación comercial está más indicada. Han pasado de ser comunidades de bienes *sui generis* a ser patrimonios personificados. Una persona jurídica – constituida por el legislador regional, – es ahora la titular de los derechos de explotación del monte (no propietaria del monte, que siguen siendo los vecinos) y su explotación se racionaliza para dedicar los frutos de ésta a su venta en el mercado. Los montes comunales adquieren así las ventajas de la personalidad jurídica.

Y es que personificar un patrimonio permite reconocer, por ley o por contrato, pretensiones sobre los bienes que forman dicho patrimonio de lo más variadas a

individuos o grupos de individuos heterogéneos asegurando a la vez su explotación eficiente en la medida en que existe un 'titular residual' de todos los bienes, titular que, al estar dotado de capacidad de obrar, puede actuar como nexo de todas las relaciones con todos los posibles interesados en dichos bienes a semejanza del papel que juega el individuo en relación con su patrimonio.

Esto se admite comúnmente en la *theory of the firm*. Hansmann lo ha explicado correctamente al decir que la persona jurídica actúa como nodo (*nexus of contracts*) de los contratos con los titulares de los distintos factores de la producción (con los trabajadores que aportan el factor trabajo, con los prestamistas que aportan financiación, con los proveedores que aportan insumos, con los clientes que aportan caja a cambio de los productos que fabrica la empresa…). Lo que supone describir la 'firm' como una estructura centralizada, esto es, una organización que tiene un nodo central que conecta a todos los demás 'interesados' que, por tanto, no se relacionan directamente entre sí, sino a través del nodo, a través de la persona jurídica. Hansmann añade en este sentido que la *firm* ha de entenderse como un 'nexus *for* contracts'. "*General Motors, por ejemplo, es la parte común de millones de contratos con los inversores, empleados, proveedores y clientes de la empresa. Los empleados de la división Chevrolet tienen cada uno un contrato de trabajo con General Motors, y no con la división Chevrolet, y mucho menos con departamentos o supervisores dentro de la división. Lo mismo ocurre con los proveedores de acero a GM o cualquiera de sus divisiones, y con los concesionarios que compran automóviles producidos por GM*". Pues bien, me parece evidente que la calificación de la 'firm' como *nexus of contracts* equivale a afirmar que dispone de capacidad jurídica – a la *firm* se le pueden imputar derechos y obligaciones – y la calificación como nexus *for* contracts equivale a afirmar que dispone de capacidad de obrar, porque puede, efectivamente, contraer obligaciones, adquirir bienes, etc (art. 38 CC).

> Para aclarar esta afirmación, tiene interés el 'modelo' de Fennell sobre la explotación conjunta de un activo que es de propiedad colectiva (el pasto en los prados que son propiedad de la colectividad) y un activo que es de propiedad individual (las vacas que pastan en los prados). Dice Fennell que la combinación de propiedad colectiva y propiedad individual produce una "tragedia de los comunes" porque se sobreexplota el activo común por parte de cada uno de los propietarios de las vacas y se agota el recurso. Eso ocurre porque si el recurso colectivo permite aumentar el valor del recurso individual, los individuos utilizarán el primero en exceso de lo que sería eficiente para el grupo en su conjunto, para maximizar el valor del segundo, o sea, el activo privado. Cada propietario de una vaca genera una externalidad sobre los demás. Podemos resolverla convirtiendo en colectiva la propiedad sobre las vacas. De forma que, tras el cambio, lo que tengamos sea un prado de propiedad colectiva y un rebaño de vacas de propiedad colectiva. O, según la combinación preferible de economías de escala y de costes de agencia, una persona jurídica corporativa que aúna los beneficios de la propiedad individual (la persona jurídica es la propietaria de todas las vacas y del prado en el que pastan) y los beneficios de la propiedad colectiva (porque los ganaderos individuales han pasado a ser miembros de la persona jurídica corporativa, esto es, accionistas de 'Ganadería SA'. En tal caso, gracias a la personificación, se eliminan los costes de la propiedad colectiva – tragedia de los comunes – pero surgen los costes de agencia porque se ha delegado la gestión de los activos puestos en común en los que administren el patrimonio separado. Cuando los beneficios de escalar la producción son grandes (y pueden ser enormes) y están

correlacionados con la unificación del propietario de activos heterogéneos, como ocurre en el ejemplo con la propiedad de vacas y prados, la personificación del patrimonio es eficiente incluso aunque se generen elevados costes de agencia. Fennell, Lee Anne, Commons, Anticommons, Semicommons, en Research Handbook on the Economics of Property Law, Kenneth Ayotte, Henry E. Smith, eds., 2011, resumido aquí.

Conclusión

Habrá de aceptarse, pues, que el concepto de persona jurídica no puede construirse sin haber elaborado previamente el de patrimonio**.** Porque una persona jurídica no se caracteriza por ser propietaria de bienes, acreedora o deudora o parte de relaciones contractuales, sino por ser todas esas cosas y nada más que esas cosas (art. 38 CC). Y ser eso y sólo eso significa ser titular de un patrimonio. Como el titular de ese patrimonio no es un individuo, debemos 'inventar' uno – la persona jurídica – que ocupe ese lugar para aplicar a estos patrimonios las normas correspondientes a los patrimonios individuales, o sea, las normas del Derecho Patrimonial (Derechos Reales, Derecho de Obligaciones y Contratos, Derecho de la Responsabilidad Extracontractual).

En la Antigüedad, sin embargo, las relaciones entre los cotitulares de los patrimonios se confundían con las reglas que animaban (dotaban de 'alma') a la comunidad política. No había verdadera distinción entre Derecho Privado y Derecho Público en el sentido contemporáneo. El Derecho no se ocupaba de las relaciones privadas, sólo de los patrimonios 'públicos'. Las relaciones entre los socios de una *societas* o entre los miembros de una familia eran relaciones íntimas, en las que el Derecho no intervenía. Por eso encontramos una elaboración tan escasa del concepto de patrimonio en relación con el contrato de sociedad o, modernamente, con el régimen económico matrimonial, los dos 'casos' de patrimonios privados no individuales más señeros.

> *"Quien se casa mal o elige equivocadamente a su socio comercial o un copropietario cuyos copropietarios abandonan la propiedad, solo puede culparse a sí mismo. La decisión jurídica de no regular sino de dejar las relaciones íntimas a las sanciones extralegales fue en sí misma una elección de técnica regulatoria"* Joshua Getzler, Plural Ownership, Wills and the Aggregation of Wills, Theoretical Inquiries in Law, 10(2009), resumido aquí. La tesis de Getzler es excesiva porque no aplica el principio de especialidad. La copropiedad es suficiente para articular la titularidad colectiva de un bien o de un conjunto de bienes homogéneos (*corpora ex distantibus*), pero es inidónea para organizar la titularidad de un patrimonio. V., lo que dijo Ihering acerca de esta técnica regulatoria de las relaciones familiares por parte del Derecho Romano en su 'Espíritu del Derecho Romano', resumido aquí).

> Va de suyo que el otro gran beneficio de la personificación es que permite hacer de titularidad colectiva, cualquier conjunto de bienes y derechos por muy heterogéneos que sean. Tan heterogéneos como son los patrimonios individuales.

Decir que la personalidad jurídica es una forma eficiente de ordenar y delimitar pretensiones heterogéneas de grupos heterogéneos de individuos sobre conjuntos

de bienes también heterogéneos significa que, gracias a la personificación, se suprime la necesidad de delimitar qué tipo de derechos ostenta cada uno de los individuos que tiene alguna pretensión sobre los rendimientos de cada uno de los bienes o participan en su gobierno u ostentan poderes de gestión y disposición sobre los bienes o se beneficiaban de cualquier forma de ese conjunto de bienes. Todas estas preguntas se responden del mismo modo: aplicando las reglas generales de los Derechos Reales y del Derecho de Obligaciones y Contratos porque la personificación del patrimonio permite 'ordenar' todas esas pretensiones considerando a un sujeto inventado como propietario de los bienes que lo forman; acreedor y deudor de las obligaciones contraídas con cargo a ese patrimonio; contraparte de los contratos celebrados para tener efectos sobre él, etc. La posición de todos los demás interesados en dicho patrimonio es semejante a la de cualquier interesado en un patrimonio de un individuo.

El significado histórico de las corporaciones

Las corporaciones como peculiaridad europeo-occidental y el parentesco como principal mecanismo de articulación de la cooperación en el resto del mundo

Para este apartado, se ha utilizado, entre otras cosas: Carlos Petit, "Del Usus Mercatorum al Uso de Comercio, resumido aquí; Sheilagh Ogilvie, 'Whatever Is, Is Right'? Economic Institutions in Pre-Industrial Europe (Tawney Lecture 2006) (August 2007); Sheilagh Ogilvie and A.W. Carus, Institutions and Economic Growth in Historical Perspective, 2014. Resumidos aquí; Sheilagh Ogilvie, Institutions and European Trade: Merchant Guilds, 1000–1800, 2014, Sheilagh Ogilvie, European Guilds: An Economic Analysis, 2021; Koyama, Mark, A Review Essay on the European Guilds (July 17, 2019). Review of Austrian Economics, 2019, resumido aquí; Berman, Law and Revolution, resumido aquí. Greif, Avner. 2006. "History Lessons: The Birth of Impersonal Exchange: The Community Responsibility System and Impartial Justice." Journal of Economic Perspectives, 20(2): 221-236; Maura Fortunati, The Law of Fair, between lex mercatoria and ius mercatorum, 2005; Enke, Benjamin, Kinship Systems, Cooperation and the Evolution of Culture (June 2017), resumido aquí. Ågren JA, Davies NG, Foster KR. Enforcement is central to the evolution of cooperation. Nat Ecol Evol. 2019 Jul;3(7):1018-1029, resumido aquí.

El sistema social más extendido en el mundo antiguo (incluida Europa, naturalmente) para establecer relaciones de cooperación es el parentesco**.** Hay subgrupos formados por personas relacionadas entre sí por lazos de parentesco, raza o lengua que los distinguen y separan de otras personas y de otros subgrupos que forman la Sociedad (grupos etno-lingüísticos), de modo que la producción y la distribución de bienes y servicios se organizaba en torno al parentesco porque el parentesco es la forma más 'natural' de resolver el "*problema fundamental de la existencia humana*" (Greene), esto es el del conflicto entre el interés colectivo y el individual. Bien podría decirse que, a muchos efectos, son estos subgrupos y no los individuos las 'unidades sociales básicas'. Estas unidades se denominan familias extensas, linajes, clanes, tribus etc. Un linaje indica que la pertenencia a un grupo depende de que se tenga un ascendiente común, unilineal (todos los descendientes del mismo varón o mujer) o bilineal. Varias generaciones después, el grupo es demasiado grande para mantener altos niveles de

cohesión, pero los grupos resultado de su división siguen considerándose relacionados entre sí. Al conjunto de esos grupos se les denomina clanes y los distintos grupos que forman un clan pueden ocupar un área continua o discontinua.

La cooperación en el seno de un linaje o clan es sencilla porque con la familia, por razones en parte genéticas, los individuos tienden a reprimir su egoísmo y porque la dependencia recíproca es tan grande que la expulsión de la familia – si se gorronea, se engaña o se mete cizaña – supone la expulsión del grupo y la muerte. Pero, en sentido contrario, una Sociedad de gran tamaño organizada por clanes difícilmente sobrevivirá. Los clanes reforzarán la cooperación entre sus miembros (*ad intra*) pero lucharán entre sí (recuérdese Afganistán).

> Para lo que sigue v., Uslaner, Eric M., The Moral Foundations of Trust 2002, resumido aquí. Y sobre todo, Chen, Zhiwu and Ma, Chicheng and Sinclair, Andrew, Banking on the Confucian Clan: Why China Developed Financial Markets So Late (2020), resumido aquí. Schulz, Kin Networks, p 9 ss.

El caso de China es especialmente llamativo porque, parece, los clanes tenían 'personalidad jurídica' en el sentido de que eran patrimonios dotados de capacidad de obrar y destinados a fines supraindividuales que coexistían con la familia nuclear, cuya cabeza – el marido – ostentaba todos los derechos patrimoniales de su mujer y sus hijos.

> La propiedad colectiva se atribuía a los 'tang', "*una entidad corporativa ficticia. A efectos comerciales, el clan era tratado como el equivalente a una corporación occidental, que poseía tierras y otros activos y realizaba negocios en nombre de los miembros del clan. Por ejemplo, un grupo de miembros del clan podía reunir activos y crear un tang en nombre de un antepasado común fallecido. Un clan podía tener una sola tang con todos los miembros del clan como miembros, o podía tener múltiples tangs situadas en diferentes nodos del árbol del clan. Se esperaba que los miembros del clan apoyaran a otros miembros en la creación de empresas o en tiempos de necesidad… estas tangs eran fundamentales para la acumulación de capital…*" (Chen/Ma/Sinclair). V., también, la vívida descripción del sistema familiar – familia extensa – chino en PLK Tao, The Family System in China, The Sociological Review, 1913 y sus efectos deletéreos sobre el emprendimiento individual y la acumulación, pero sus ventajas para asegurar la solidaridad social.

Esta estructura social facilita el cumplimiento de los contratos y es eficiente cuando la demanda de capital es reducida (no hay proyectos que requieran invertir mucho en fábricas u otras formas de capital fijo). Además, las culturas más colectivistas pueden tener ventajas en la producción de bienes públicos (seguridad física, reducción de la violencia, cobertura de riesgos). Su propia eficiencia, sin embargo, impidió que se desarrollaran en China instituciones impersonales del tráfico que pudieran sostener intercambios anónimos y un mercado de capitales coordinados ambos por precios y que, en general, floreciera la innovación. La razón fundamental es que un sistema social de este tipo no potencia la acción individual.

"… *El colectivismo facilita la acción colectiva en el sentido de que los individuos internalizan los intereses del grupo en mayor medida. Sin embargo… promueve la conformidad y desincentiva que los individuos discrepen o destaquen… el individualismo debería, ceteris paribus, promover la innovación… las ventajas del individualismo tienen un efecto dinámico mientras que las del colectivismo tienen sólo un efecto estático, de manera que la ventaja del individualismo en promover las innovaciones domina en el largo plazo y proporciona a las culturas individualistas una ventaja en la promoción del crecimiento económico a largo plazo*" Yuriy Gorodnichenko & Gerard Roland, Culture Institutions and the Wealth of Nations, 2016, resumido aquí. Y de donde está sacado lo que sigue. En definitiva, "*el individualismo afecta a la tasa de crecimiento de la producción y el coste del individualismo afecta al nivel de producción*". Gorodnichenko & Roland se refieren al trabajo de Ashraf y Galor (2007) del que se concluye que China – una sociedad colectivista – podría haber sido más rica en un "*estadio malthusiano del desarrollo*" (economía de subsistencia) pero devenido más pobre en el estadio de la industrialización. Las ventajas del colectivismo se agotaron en este nuevo estadio. Una exposición general de esta 'teoría unificada' del crecimiento económico puede verse en Galor, Journey of Humanity, 2022. Para lo que sigue v., Jonathan F. Schulz, Duman Bahrami-Rad, Jonathan P. Beauchamp, Joseph Henrich The Church, intensive kinship, and global psychological variation, Science, 366, 707 (2019), resumido aquí; Henrich, Weirdest People. Los europeo-occidentales son '*weird*', esto es, son 'raros' en el panorama antropológico porque son monógamos, individualistas, pacientes, cooperan fácilmente con extraños, son democráticos, colonialistas y son más ricos (porque son más innovadores) que el resto del mundo.

En Europa Occidental, por el contrario, se desarrolló una cultura individualista producto del predominio de la familia nuclear desde la caída del Imperio Romano y la desaparición de los clanes como consecuencia de la generalización de las normas culturales y religiosas impuestas por la Iglesia Católica, reglas que obligaban a los europeos a abandonar la casa paterna para casarse; vivir en familias formadas por el padre, la madre y los hijos en una casa propia y distinta de la de los abuelos de uno u otra y que prohibían el matrimonio entre primos más o menos lejanos (impedimentos de consanguinidad). Esto obligaba a relacionarse con extraños para desarrollar cualquier tipo de actividad económica o social. Y significaba que, en Europa Occidental, las actividades colectivas de carácter cooperativo (económico, religioso o de beneficencia y diversión) se tuvieron que articular a través de corporaciones. Desde las ciudades a las órdenes religiosas o militares pasando por los gremios o los consulados mercantiles, los individuos se relacionaban con extraños que se convertían, por mor de la pertenencia al mismo grupo, en «amigos» o «hermanos» (cofrades, compañeros) honorarios que compartían una moral común y aseguraban el cumplimiento de los contratos. Por ejemplo, el gremio de sederos de Valencia el siglo XIV se ocupaba de auxiliar a los fabricantes de tejidos de seda en su actividad individual actuando como grupo de presión ante los reyes en la defensa de sus intereses de grupo; proporcionando y difundiendo el conocimiento técnico, velando por la formación de los huérfanos y por las viudas de sus miembros, socorriéndolos en caso de incapacidad y rezando por su alma inmortal a su muerte.

Schulz (2022) no descarta la importancia de las ciudades estado y el poder de los comerciantes frente a los señores como favorecedores de la participación política ampliada en Europa, pero señala, probablemente con razón "*que las regulaciones matrimoniales de la Iglesia y la disolución de los clanes en Europa son el factor decisivo en este proceso, ya que configuraron condiciones favorables para que personas no relacionadas que compartían intereses comunes*

(por ejemplo, los comerciantes) cooperaran más allá de los lazos de parentesco formando instituciones participativas" y esto explicaría por qué hay un mas rápido desarrollo de las ciudades en Europa Occidental y por qué las ciudades gobernadas por comerciantes (que, como corporaciones, implicaban un cierto nivel de participación 'democrática') sólo aparecen en Europa. Este proceso de regulación de los matrimonios por la Iglesia (que incluía además la exigencia de consentimiento libre) se inicia en el siglo IV y se convierte en una 'obsesión' en los concilios de los siglos VI y VII bajo la 'etiqueta' de prohibición del incesto. La regulación canónica se refuerza en el siglo XI donde, prácticamente, se prohíbe cualquier matrimonio entre personas que tuvieran cualquier antecesor conocido común. Naturalmente, esto se utilizaba para impedir matrimonios y para anularlos (lo que significaba que los hijos se convertían en ilegítimos y perdían los derechos hereditarios además de aplicarse las penas canónicas que podían ser muy severas patrimonialmente hablando). En 1215, Inocencio III limitó la prohibición a los primos terceros, prohibición que se mantuvo hasta 1917 – se redujo a primos segundos – y hasta 1983 – a primos hermanos -. Las prohibiciones eran muy eficaces porque los matrimonios entre primos, si se denunciaban y anulaban, tenían como consecuencia que las propiedades de los cónyuges se repartían entre sus parientes, lo que exacerbaba los incentivos para denunciarlos. Esta prohibición favorecía a su vez la familia nuclear frente a la extensa ya que cabía que el patrimonio del clan no se viese afectado por el matrimonio de dos de sus miembros entre sí y no era necesario un cambio de residencia. Y favorecía a la Iglesia porque aumentaba la probabilidad de heredar de las familias que carecían de herederos.

A su vez, en la Edad Media, las comunidades locales (organizadas corporativamente) se rigen por sus propias reglas – autonomía – lo que unido al feudalismo (que tiene un cierto carácter contractual porque es un pacto lo que rige las relaciones entre el vasallo y el señor), permitirá que el individuo, como sujeto de derechos, se convierta en el centro de todo el Derecho y la Política.

En la Edad Media, el punto de partida es "*la absorción del individuo por la comunidad o por la sociedad*". El individuo 'todavía' no existía, v., Walter Ullmann, The Individual and Society in the Middle Ages, 1966, p 32, resumido en esa parte aquí. V., también, Walter Scheidel, Escape from Rome: The Failure of Empire and the Road to Prosperity, 2019. Y sobre la transformación del Derecho provocada por el luteranismo, que pone al individuo y su derecho de propiedad y su libertad contractual en el centro, Berman, Law and Revolution, p 29-30, extractado aquí. Respecto de la transmisión del conocimiento en la Edad Moderna a través de las estructuras corporativas v., David de la Croix Matthias Doepke Joel Mokyr Clans, Guilds, and Markets: Apprenticeship Institutions and Growth in the Pre-Industrial Economy, Quarterly Journal of Economics, 2018, 133 (1), 1-70, resumido aquí.

Todo lo anterior se resume en que la destrucción de los clanes y de las familias extensas 'obligó' a los europeos a cooperar con extraños con una extensión e intensidad muy superior a los habitantes de otras zonas del mundo. Esta cooperación entre extraños se articuló a través de la corporación que se convirtió así en la familia imaginada (Benedict) y sus miembros pasaron de ser extraños a parientes honorarios (Seabright).

Basu/Kirk/Waymire, Accounting, Organizations and Society 34 (2009) 895–917: la llevanza de registros de las transacciones permite 'ahorrar' en confianza recíproca de los contratantes. Es difícil renegar de una obligación si la promesa ha quedado registrada por un tercero imparcial. De manera que si el grupo es lo suficientemente grande y las transacciones tienen lugar entre

personas no relacionadas entre sí, un sistema de registro es imprescindible. Además, los registros de transacciones permiten ahorrar en "memoria" cuando los individuos mantienen relaciones con muchas partes y, sobre todo, con muchos extraños. El registro de las transacciones permite a las partes ahorrar en "reputación". No se necesita confiar en que la contraparte no renegará de su promesa si ésta ha quedado registrada por un tercero imparcial lo que permite la expansión del comercio con extraños. Sudipta Basu, John Dickhaut, Gary Hecht, Kristy Towry, and Gregory Waymire, Recordkeeping alters economic history by promoting reciprocity, PNAS 2008. Recuérdese, por ejemplo, la creación de mercados en Amsterdam en el siglo XVI donde se negociaba con títulos de deuda y títulos accionariales en el siglo XVII. Una vez asegurada la fiabilidad del sistema, se desarrolla un mercado de transmisión de 'property rights' que incluye no solamente la propiedad de la deuda y las acciones sino también la financiación entregando como garantía tales derechos incorporados a documentos y un mercado de futuros y opciones sobre esos derechos.

El carácter autónomo de las corporaciones y la voluntariedad de la pertenencia a la corporación

Frente a la familia, la pertenencia a muchas de las corporaciones en la Europa precontemporánea tenía un carácter más o menos voluntario (Henrich). Además, la fragmentación política de Europa hacía fácil «votar con los pies» cuando algún individuo (libre) no se encontraba a gusto en la corporación de que se tratase. Le bastaba con trasladarse a otra ciudad o villa o ponerse bajo la protección de otro Señor. Se generó así una competencia entre reyes y señores por atraer artesanos, intelectuales, ingenieros y comerciantes que favoreció el desarrollo económico y, sobre todo, la conversión de los países europeos en potencias militares globales que acabarían conquistando todo el planeta.

Philip T. Hoffman, Why Did Europe Conquer the World? 2015, resumido aquí. John Darwin, After Tamerlane, New York, 2007. La trascendencia de la 'densidad' de ingenieros en un determinado grupo para el desarrollo económico no puede exagerarse, v., un ejemplo en William F Maloney y Felipe Valencia Caicedo, Engineering Growth, Journal of the European Economic Association, 2022. Si los Señores, Reyes y ciudades competían por los 'tecnólogos' porque estaban en continuo conflicto bélico entre sí, los incentivos para dedicarse a la ciencia y a la ingeniería y para servir al que mejor pagara debieron ser muy relevantes en la Europa de la Baja Edad Media y de la Edad Moderna v., Joel Mokyr, A Culture of Growth, 2014. Recuérdese que, según algunos estudiosos, la Revolución Industrial se produjo en Inglaterra y no en los Países Bajos por la abundancia de 'ingenieros' (individuos con formación técnica) en la primera y su escasez en Europa continental.

Además, las corporaciones premodernas (especialmente las ciudades) disfrutaban de cierta autonomía respecto del poder político. Es decir, aunque la erección de una corporación requería de un acto 'concesional', la competencia entre los que podían autorizar la formación de una corporación era intensa ya que el 'fuero' o la 'carta fundacional' podía ser otorgada por el Rey, el Señor territorial o el Papa o el Obispo y, una vez constituida, la corporación desarrollaba su actividad de forma más o menos autónoma en sentido estricto, esto es, la corporación dictaba sus propias normas y, lo que es aún más relevante, podía, a su vez, otorgar cartas fundacionales de nuevas corporaciones.

Por ejemplo, las colonias americanas fundadas por los ingleses eran corporaciones. Cuando la Commonwealth de Massachussets, una corporación nacida de una carta otorgada por la corona de Inglaterra, pretende fundar la Universidad de Harvard, pregunta si puede hacerlo o la carta fundacional de ésta ha de otorgarla el gobierno británico. Éste responde a la consulta diciendo que la competencia corresponde a la colonia de Massachussets. Es decir, la Universidad de Harvard era una corporación fundada, a su vez, por otra corporación – la Commonwealth de Massachussets – que tenía atribuida la facultad por el Rey de Inglaterra de autorizar la erección de corporaciones. V., Jason Kaufman, Corporate Law and the Sovereignty of States, Am. Sociological Rev. 73 (2008) pp 402–425, resumido aquí y Horwitz, Morton J., Santa Clara revisited. The Development of Corporate Theory, capítulo III de The Transformation of American Law, 1870-1960: The crisis of legal orthodoxy, 1992, resumido aquí; y Maitland, *Introducción,* p 19 ss.

Esta autonomía favoreció también la innovación y los avances tecnológicos y científicos (Mokyr) o, en una palabra, la producción de conocimiento útil por corporaciones dedicadas específicamente a esas actividades (las universidades) como lo demuestra la comparación con lo acaecido con la Ciencia en los países islámicos.

V., Hillel Ofek, "Why the Arabic World Turned Away from Science," The New Atlantis, Number 30, Winter 2011, pp. 3-23., resumido aquí.

La estructura de una corporación

La estructura de todas las corporaciones cualquiera que fuera el ámbito en el que actuaran, era la misma: una asamblea en la que participaban directa o indirectamente los miembros (los vecinos de la ciudad, los artesanos o comerciantes de la ciudad o de la «nación», los estudiantes de una universidad…) que, previa convocatoria pública, adoptaba sus decisiones por mayoría en forma de «acuerdos» y unos «magistrados» elegidos por la asamblea mediante votación o a través de cualquier otro procedimiento y que permitía a la corporación actuar como un individuo en el tráfico, esto es, permitía, a la corporación dotarse de capacidad de obrar a través de 'magistrados'.

Las corporaciones eclesiásticas se componían de cabeza y cuerpo, en la Iglesia, el Papa y el Concilio. V., Brian Tierney, Religion, law, and the growth of constitutional thought 1150-1650, Cambridge U. Press, 1982, resumido aquí. Cuando la corporación tenía esta estructura, la adopción de acuerdos requería la aprobación de la cabeza y de la mayoría del cuerpo. V., David Yale, Headless Bodies at Common Law, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico modern 11/12,1983, I, p 39 ss; p 52 que cita jurisprudencia de la Edad Moderna en Inglaterra. Esta dicotomía fue desapareciendo en la Edad Media y luego en la Edad Moderna. Además, había 'sole corporations' como el Papa o el Rey v., Frederick Maitland, The Corporation Sole, Law Quarterly Review, 16 (1900), pp. 335-354; sobre la concepción de Kantorowicz, v., Jesús Alfaro, Los órganos sociales y la vida eterna de las corporaciones: dignitas non moritur, Almacén de Derecho, 2020.

Esto no significaba que las corporaciones pre-contemporáneas fueran democráticas o que estuvieran gobernadas por sus miembros considerados igualitariamente – «un

hombre, un voto» – ni que los representantes fueran elegidos por la asamblea, ni estuvieran necesariamente sometidos a los dictados de ésta. Por ejemplo, las corporaciones políticas (las ciudades – estado de la Italia de la Baja Edad Media -), eran a menudo oligarquías dominadas por los comerciantes más ricos. Pero, en lo que aquí interesa todas estas instituciones estaban organizadas «constitucionalmente» y dotadas de autonomía.

V., Diego Puga/ Daniel Trefler, International Trade and Institutional Change: Medieval Venice's Response to Globalization The Quarterly Journal of Economics, 129 (2014) pp 753–821; Viktor J. Vanberg, Las organizaciones como sistemas constitucionales, Revista Libertas 31 (Octubre 1999). Antony Black, El pensamiento político en Europa 1250-1450, p 196 cuenta que Bártolo inventó el derecho constitucional medieval sobre bases romanas y 'explicó' la 'constitución' de las ciudades-estado "como organizaciones políticas autónomas" y su "relación con el Papado y el Imperio… Bártolo escribió sobre «los procedimientos para promulgar leyes» por órganos corporativos (las asambleas de las ciudades como Pisa o Génova llamadas consejos). Es Bártolo el que formula la idea de que «el consentimiento del pueblo a una ley… requiere una asamblea pública, no consultas privadas en las casas». V., el clásico, Ernst H. Kantorowicz Los dos cuerpos del rey (Un estudio de teología política medieval, trad. Esp. 2012, resumido aquí y aquí) y Gierke, Teorías Políticas. Viktor J. Vanberg, Las organizaciones como sistemas constitucionales, Revista Libertas 31 (Octubre 1999).

La acumulación de capital: las corporaciones empresariales, de la *commenda* a la sociedad anónima

Sobre la discusión del concepto de persona jurídica en la Edad Media y Moderna v., Alfaro, Indret, 2016. V., también aquí; Ron Harris, Going the Distance, 2022; Eli F. Heckscher, *Mercantilism*, with a new Introduction by Lars Magnusson, tomo I, First published in Swedish in 1931 First published in English, from the German edition and revised by the author in 1935 by Routledge Reprinted with corrections in 1994 by Routledge, resumido aquí. William R. Scott, The Constitution and Finance of English, Scottish and Irish Joint-Stock Companies to 1720, Cambridge 1912

Hasta bien avanzada la Edad Moderna, las corporaciones no se utilizan para empresas comerciales sólo de manera auxiliar. Los comerciantes, individualmente o en compañía con otros, desarrollan las empresas comerciales por sí mismos. Las corporaciones de los de su gremio o consulado les apoyan, pero no fabrican los productos o ejercen el comercio por sí mismas (las corporaciones comerciales no son *joint-stock companies*). El pleno aprovechamiento de la corporación para empresas comerciales de gran envergadura se logra con la aparición, en el siglo XVII, de las Compañías de Indias, la inglesa y holandesa sobre todo, que aprovecharon los descubrimientos y expediciones geográficas de portugueses y castellanos para competir con ellos en la importación de especias de Asia a Europa formando patrimonios con las aportaciones de centenares e incluso miles de comerciantes que se dedicarán a explotar las nuevas rutas comerciales.

La gran transformación en términos organizativos que suponen las compañías de indias consiste en que, a diferencia de las compañías comerciales anteriores, es la

propia corporación y no los comerciantes miembros de la misma como ocurría en los consulados, la que ejercita el comercio. Las compañías de Indias serán '*joint stock* companies'. Es decir, será la propia compañía la comerciante, la que venderá la mercancía y comprará otra en la India o Indonesia para revenderla en Londres o Ámsterdam en su propio nombre. Será la Compañía la que construya fortalezas y factorías y nombrará a los 'gobernadores' de esas plazas. Las compañías de indias acabaron apoderándose del continente asiático y gobernando despóticamente la India – Inglaterra – o Indonesia – Holanda –.

> El antecesor más próximo de las compañías de indias son las *regulated companies*. Estas se encargaban de realizar tareas de auxilio a los comerciantes en su actividad individual. En este sentido, eran un desarrollo de un consulado mercantil. El consulado, como se recordará, era la corporación de todos los comerciantes interurbanos (los comerciantes locales tenían su propio gremio). Un ejemplo de *regulated company* era la formada por un grupo de comerciantes que armaba una flota para enviar y traer mercancía desde Inglaterra a Virginia (América). La corporación (con dinero de sus miembros) armaba los barcos en los que los comerciantes transportaban su mercancía que venderán en Virginia. Allí comprarán otras mercancías que revenderán en Inglaterra. Eran, pues, los comerciantes los que comerciaban individualmente en su propio nombre. V., Heckscher, *Mercantilism*, también, con referencias amplias a la Compañía de Rusia, la primera *joint-stock company* y a las compañías mineras de los siglos XVI y XVII, Scott, The Constitution and Finance; Sobre la EIC, Nick Robbins, The Corporation That Changed the World, 2ª edición, 2012, resumido aquí. John Irving, After Tamerlane, *passim*.

La corporación comercial como organización fue de fracaso en fracaso – por sus elevados costes de agencia – hasta el triunfo final porque los beneficios del comercio trasatlántico no tenían parangón. Tras siglos de disputas sobre su bondad para el desarrollo económico, se generaliza como la forma jurídica de las empresas de gran tamaño a partir del siglo XIX, sobre todo para la construcción y explotación de infraestructuras – canales, ferrocarriles – la banca y los seguros y domina el panorama en el siglo XX junto con novedades como la sociedad limitada y otras formas especiales.

> V., con más indicaciones Harwell Wells,The Rise of the Close Corporation and the Making of Corporation Law, 5 Berkeley Bus. L.J. 263 (2008)., resumido aquí. John Morley, The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History (January 25, 2017). Columbia Law Review, Vol. 116, No. 8, 2016, resumido aquí. Prateek Raj, Origins of Impersonal Markets in Commercialand Communication Revolutions of Europe June 11, 2017, resumido aquí; Paddy Ireland, Paddy, Limited Liability, Shareholder Rights and Corporate Irresponsibility (2007). 34 Cambridge Journal of Economics (2010), 837-856, resumido aquí. Reinhard Schumacher, Adam Smith and the "rich country–poor country" debate: eighteenth-century views on economic progress and international trade, The European Journal of the History of Economic Thought, 23:5, (2016) 764-793; Timothy W. Guinnane , Ron Harris, Naomi R. Lamoreaux , Jean-Laurent Rosenthal, « Pouvoir et propriété dans l'entreprise. Pour une histoire internationale des sociétés à responsabilité limitée », Annales. Histoire, Sciences sociales - Vol. 63 (1/2008), pp. 73-110. Alfaro, InDret, 2016 y Alfaro, Breve historia, Almacén de Derecho 2016;

Que los patrimonios de estas corporaciones comerciales estaban personificados no cabe ninguna duda porque nunca se dudó de la capacidad jurídica y de obrar de las

corporaciones medievales que les sirvieron de precedente. La 'revolución' culmina cuando los codificadores franceses extendieron la calificación de personas jurídicas a las pequeñas empresas comerciales que utilizaban las formas societarias tradicionales**,** esto es, cuyo patrimonio no estaba organizado corporativamente. El *Code Civil* había suprimido la copropiedad, de manera que para determinar el régimen jurídico de los bienes sobre los que tuvieran derechos los socios de las sociedades colectivas o comanditarias, hubo de reconocerse a éstas personalidad jurídica. Ni el *common law,* ni el Derecho alemán evolucionaron de esta forma. En su lugar, reservaron la personalidad jurídica para las corporaciones y utilizaron figuras como el *trust* o la 'comunidad en mano común' para personificar a las sociedades de personas. Como se explicará en el siguiente apartado, la conexión entre la corporación y la personalidad jurídica produjo distorsiones en el análisis de la segunda.

Al margen de lo explicado hasta aquí, el carácter público de las corporaciones permitía a los no-miembros observar si la corporación es exitosa y si lo es, unirse a ella añadiendo su propia aportación, con ello, la corporación reduce los costes de información. Al mismo tiempo, la relativa homogeneidad entre las distintas corporaciones, unido a la existencia de un mercado de capitales donde se venden y compran sus acciones permite también examinar qué reglas de gobierno son más eficientes. Con ello se escala la competencia no sólo entre empresas, sino también entre conjuntos de reglas organizativas.

La vida eterna de las corporaciones comerciales

> *Pues de la misma manera que el pueblo de Bolonia era el mismo que hace cien años, aunque estén muertos todos aquellos que vivían entonces, también debe el tribunal ser el mismo si dos o tres jueces han muerto y han sido reemplazados por sustitutos. Igualmente [con relación a una legión] aunque todos los soldados estén muertos y hayan sido reemplazados por otros, la legión es la misma. También en el caso de un navío, aunque el barco haya sido parcialmente reconstruido, o incluso si cada una de las tablas fuese nueva, sería de todas maneras el mismo barco.*
>
> Accursio

Las ciudades, como Roma, *urbs aeterna,* no morían (*universitas non moritur*). La erección de una corporación permitía dotar de «vida eterna» al fondo o patrimonio común con independencia de la suerte que corrieran sus miembros (mortales, obviamente) porque el patrimonio estaba 'ordenado', esto es, gobernado por reglas cuya aplicación no dependía de la supervivencia de individuo alguno. Y, simétricamente y de forma análoga a la 'subrogación real', los nuevos miembros 'sustituyen' a los que fallecen o abandonan la corporación sin que el cambio de la membrecía obligue a celebrar, cada vez que uno se produce, un nuevo contrato entre todos los miembros.

V., Chevreau, Mélanges, p 217 ss. En la Edad Media, "*el tema de la inmortalidad o vida eterna de los cuerpos políticos*" de las corporaciones se explica, "*precisamente porque el Derecho era su alma*", "*del mismo modo que se decía que el alma era inmortal, los cuerpos públicos, que eran lo que eran por la ley, tampoco podían morir y se les atribuía, por tanto, la vida eterna*". Ullmann, Individual and Society, pp 47-49.

De este modo, las fundaciones benéficas – a menudo religiosas – prolongaron su actividad durante siglos. Pero la 'vida eterna' era mucho más relevante para las compañías comerciales porque permitió que las empresas sobrevivieran intactas a los fundadores ya que ni los socios ni sus herederos tenían derecho a retirar los bienes del patrimonio social, patrimonio de 'otra persona'. Esto, que se conoce desde Hansmann y Kraakman como 'blindaje de la entidad' (*entity shielding*), es fundamental para que puedan llevarse a cabo empresas de largo plazo y, por ende, para el crecimiento económico.

En el mundo musulmán, la ausencia de corporaciones comerciales (salvo unas benéficas llamadas *waqf*) impidió, a decir de muchos, el desarrollo económico de Oriente Medio; v., Timur Kuran, The Long Divergence: How Islamic Law Held Back the Middle East, 2010, resumido aquí. Kuran, Timur and Singh, Anantdeep, Economic Modernization in Late British India: Hindu-Muslim Differences (December 2011), resumido aquí. Weingast, Barry R., The Medieval Expansion of Long-Distance Trade: Adam Smith on the Town's Escape from the Violent and Low-Growth Feudal Equilibrium (June 2, 2016), resumido aquí. Joseph Heath, The Benefits of Cooperation, 2006; Douglass North, John J. Wallis, Barry Weingast, Violence and Social Orders, 2013; Francisco Cuena Boy, Para una comparación histórico-jurídica de las piae causae del derecho romano justinianeo con el waqf del derecho islámico, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2012

Las corporaciones comerciales con vida eterna (i) pueden acumular capital e invertirlo en aventuras de largo plazo; (ii) pueden actuar como aseguradoras de los riesgos a los que están sometidos los individuos integrados en ellas y (iii) pueden celebrar o ser parte de contratos a largo plazo. Imagínese que se trata de explotar un territorio recién descubierto o conquistado. Es lo más seguro que su explotación y gobierno se encargase por el rey a una corporación. Las colonias, a imitación de las metrópolis europeas, se organizarán también corporativamente.

En opinión de Heckscher, la vida eterna de las corporaciones comerciales es la del capital social. Se quiere decir con eso que se excluye la devolución del mismo a los que lo aportaron, de ahí la estrecha relación del capital social con la 'deuda perpetua', un tipo de deuda bien conocida en Italia antes de la Edad Moderna. Las compañías mercantiles medievales como las de los Fugger, Welser, Hochstetter… por el contrario, se mantuvieron bajo la forma de sociedades de personas de corta duración. De ahí que Heckscher adelante las primeras sociedades anónimas a compañías con capital italianas de los siglos XV y XVI llamadas 'meone' y 'compere'.

En sentido contrario, la vida eterna de las corporaciones permite, la amortización de la propiedad inmueble, lo que impide la formación de mercados sobre tierras (que permanecen durante siglos en 'manos muertas') y explica por qué la Revolución Francesa acabó con todas las corporaciones.

Además, las corporaciones se convierten en archivo del conocimiento (sobre todo, conocimiento práctico) generado en el desarrollo de una empresa y evita que la Sociedad lo 'olvide' (Henrich) lo que es de una extraordinaria importancia para acelerar la evolución cultural y evitar 'interrupciones' en el crecimiento económico (Mokyr). Pero, sobre todo, favorecen extraordinariamente la innovación incremental que requiere disponer de un 'stock' de conocimiento para, mediante ensayo y error, imaginar e implementar mejoras. Por ejemplo, la Compañía de la Bahía de Hudson, que fue fundada en 1670 y sigue existiendo hoy, fue la 'inventora' de lo que hoy llamamos gestión de recursos humanos. Crearon una escuela para formar a sus empleados que, a continuación, hacían carrera en la compañía hasta su jubilación. Hasta la invención de la sociedad anónima, tales innovaciones y conocimientos sólo podían acumularse en corporaciones religiosas o públicas como las órdenes religiosas o la Guardia Civil. La producción de conocimiento "aplicado" en el seno de una empresa se acelera porque los incentivos para utilizarlo en productos o servicios – beneficios – son muy potentes.

Ann M. Carlos and Stephen Nicholas, Agency Problems in Early Chartered Companies: The Case of the Hudson's Bay Company, The Journal of Economic History, Vol. 50, No. 4 (Dec., 1990), pp. 853-875, resumido aquí.

La participación de los terratenientes y rentistas en las actividades económicas y la creación de los mercados de capitales

La corporación comercial permitió a terratenientes y rentistas invertir en actividades comerciales y, a diferencia de la *commenda,* hacerlo a gran escala al margen de la deuda pública. La importancia de este fenómeno es extraordinaria. Políticamente, en el caso de Inglaterra, permitió que se consumase la supremacía del Parlamento sobre el Monarca cuando los propietarios de tierras se unieron a los comerciantes gracias a la alineación de intereses que generaba la inversión de las rentas de los primeros en las compañías fundadas por los segundos. La alianza de la nobleza – terrateniente – y la burguesía – comercial – en Inglaterra evitó la revolución que se produciría en Francia a finales del siglo XVIII. Su efecto transformador de la Economía fue brutal, en opinión de muchos porque, al tener interés en las actividades comerciales y manufactureras, los terratenientes redujeron su oposición a permitir el desplazamiento de los siervos agrícolas a actividades más productivas.

v., Joel Mokyr, John V.C. Nye, Distributional Coalitions, the Industrial Revolution, and the Origins of Economic Growth in Britain, March 2007, resumido aquí; Jha, Saumitra, Financial Innovations and Political Development: Evidence from Revolutionary England (August 25, 2010), resumido aquí; Alexis de Tocqueville, El Antiguo Régimen y la Revolución, 1857. Recuérdese que, según Galor, (*Journey of Humanity*) los terratenientes han sido históricamente los opuestos a la alfabetización de las masas porque ésta provoca el abandono de la agricultura para trabajar en la industria. North et al, (Violence and Social Orders), dan una importancia extraordinaria al acceso generalizado a la forma corporativa para el desarrollo económico. Es decir, que cualquiera pueda constituir y ser miembro de una sociedad anónima – de una organización con estructura corporativa – resulta de la mayor importancia porque permite a cualquiera emprender y sobre todo participar en las actividades

económicas, de forma que éstas no están reservadas a la élite que lograría así el acceso monopolístico a las rentas que produzcan dichas actividades

Además, permite la aparición y desarrollo de los mercados de capitales masivos ya que las acciones podían circular como «cosas», esto es venderse y comprarse en un mercado con lo que recuperaban lo invertido sin que el patrimonio de la compañía se viera afectado. Los holandeses inventaron así las primeras acciones libremente transmisibles (las de la Compañía de las Indias Orientales, VOC) aprovechando la infraestructura creada en el siglo XVI para negociar títulos de deuda y letras de cambio. Y la negociación resultó tan eficaz que, si alguien necesitaba pedir dinero prestado, simplemente, empeñaba sus acciones de la VOC en garantía de que devolvería el dinero lo que, a su vez, permitió la expansión del crédito.

Oscar Gelderblom, Joost Jonker, Kool Clemens, Direct Finance in the Dutch Golden Age, 2014 resumido aquí. Y, otros trabajos de estos autores citados en Alfaro, Indret 2016.

La obtención de las ganancias de eficiencia de la especialización en la gestión de grandes patrimonios

V. sobre la construcción teórica, Henry Hansmann & Reinier Kraakman, The Essential Role of Organizational Law, 110 Yale Law Journal, 387-440 (2000); Henry Hansmann, Reinier Kraakman, Richard Squire, Asset Partitioning and the Evolution of Organizations, 2002.

En fin, al centralizarse en los administradores de la corporación la gestión y el control del patrimonio común (separación entre propiedad y control en la jerga de los economistas) se logran dos efectos. Por un lado, se reducen las necesidades de comunicación entre los miembros de la corporación para gobernar el patrimonio con lo que el número potencial de miembros puede incrementarse casi sin límites. Como los miembros, individualmente considerados, carecen de cualquier influencia significativa sobre la corporación, cada uno de ellos puede despreocuparse de la conducta de los demás (en el caso de la sociedad anónima, cada uno de los accionistas). Pero, además, no es necesario que ninguno de ellos tenga, individualmente, los conocimientos o la experiencia en la gestión del patrimonio común. Los miembros de una corporación pueden despreocuparse porque la gestión está encargada a especialistas elegidos – o no – entre todos los miembros.

La ventaja, pues, es que se obtienen las enormes ganancias de eficiencia de la especialización. Al separar las funciones de titular residual y controlador de los recursos, algunos particulares -los accionistas- pueden especializarse en ser inversores y otros -los administradores- pueden especializarse en gestionar recursos. Los accionistas adquieren participaciones en empresas distintas cuyas actividades están sometidas a niveles de riesgo distintos y no correlacionados con lo que logran diversificar y soportar un riesgo muy inferior al que soportaría si hubiera concentrado toda su inversión en una empresa. De esta forma, los accionistas tienen, aparentemente, lo mejor de los dos mundos: gestión unificada y profesional de sus

inversiones y diversificación y las empresas obtienen capital a menor coste conforme aumenta el número de accionistas.

Lo que se ha expuesto hasta aquí es ya un lugar común en la literatura sobre la *theory of the firm.* Sobre otras ventajas de la corporación que se asocian a la responsabilidad limitada en particular, v., Jesus Alfaro, Limited Liability of Shareholders: Status Quaestionis (September 2007). Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo, Flor de María Cordova, ed., p. 398, Grijley, Lima, 2008.

Las teorías de la personalidad jurídica

El criterio del Código civil: los artículos 35 a 39

La concepción de las personas jurídicas como patrimonios dotados de agencia o capacidad de obrar es la consagrada en nuestro Código civil, en concreto en sus artículos 35 a 39. En breve, el artículo 35 dice que 'son personas jurídicas' las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley y que lo son también las *"asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados"*. Esto ha de leerse en relación con el art. 1669 CC *a contrario* y significa que, en Derecho español, como en Derecho francés, cualquier sociedad en las que los socios formen un patrimonio con sus aportaciones tiene personalidad jurídica, aunque no tenga una estructura interna corporativa.

El art. 36 CC se remite "*a las disposiciones relativas al contrato de sociedad*" para la regulación de las asociaciones (esto es, las sociedades – corporaciones) porque se esperaba que la regulación del contrato de sociedad de los artículos 1665 ss CC fuera precedida de una regulación general de las corporaciones. Pero esta regulación acabó por no incorporarse al CC, de manera que la remisión del art. 36 CC ha perdido valor. V., respecto, Fernando Pantaleón, Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil), *ADC* 1993, p 1 ss; v., también, Peña Bernaldo de Quirós, M., El Anteproyecto del Código civil en 30 de abril de 1888, en Anuario de Derecho Civil (1960), pp. 1171-1193, p 1180, nota 41. Por qué no se incluyó, lo ha explicado Pantaleón. El Código Civil se publicó "por partes" y los artículos 35 a 39 se publicaron el 9 de octubre de 1888. Cuando se publicaron los artículos 1669 y 1670 (de los que in extremis se había suprimido la regulación general de las asociaciones), no se pudo corregir el art. 36, que se había publicado un mes antes. La remisión del art. 36 a "*las disposiciones relativas al contrato de sociedad*" para regular "*las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales*" quedaba, pues, sin sentido al haberse suprimido los preceptos correspondientes "*a las asociaciones de interés particular no sociedades*". Y, por tanto, concluye Pantaleón, tenía razón Lacruz cuando decía que el art. 35 reconocía personalidad jurídica a "*las asociaciones sin finalidad lucrativa*", o sea, las que hoy tienen estructura corporativa de acuerdo con la Ley Orgánica del Derecho de Asociación de 2002. El art. 37 CC se refiere a la "capacidad civil". De nuevo distingue entre las que son creadas o reconocidas por una ley y que llama de "interés público" y que son objeto de un *octroi* o privilegio (ley privada) en cuanto que el acto de creación o reconocimiento es un acto legislativo particular (aunque los destinatarios sean varias corporaciones) que determinará la capacidad de la persona jurídica y las demás personas jurídicas.

El precepto fundamental es el art. 38 CC que dice que "*las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*".

> El art. 39 CC se refiere exclusivamente al destino que haya de darse a estos patrimonios cuando "dejasen de funcionar" las organizaciones en cuyo seno se adoptan decisiones sobre dichos patrimonios. Dejar de funcionar quiere decir que no tenga órganos, esto es, que no existan individuos que puedan adoptar decisiones sobre el patrimonio y actuar con efectos sobre él en el tráfico jurídico-patrimonial. V., también el art. 118 C de c que reconoce la validez y eficacia de los contratos "entre las compañías mercantiles y cualesquiera personas capaces de obligarse"

Una primera conclusión de lo expuesto es que la capacidad de obrar a la que se refiere el Código Civil es puramente patrimonial (bienes, obligaciones, pretensiones…). Una segunda es que corporación y persona jurídica no son, en nuestro Derecho, - ni en ningún Derecho occidental – sinónimos. Sin embargo, en la doctrina española la configuración de la 'capacidad jurídica y de obrar' de la persona jurídica que se recoge en el art. 38 CC se denomina 'personalidad jurídica básica o elemental' por contraposición a la personalidad jurídica corporativa.

> V., Cándido Paz-Ares, Comentario del Código Civil, tomo II, 1991, art. 1669, Fernando Pantaleón, La personalidad jurídica de las sociedades civiles, AAMN, 1997: "*La personalidad jurídica de que está dotada toda sociedad civil externa (esto es, estructurada contractualmente por los socios para tener relaciones externas, para actuar en el tráfico unificadamente nomine societatis, como si fuera un sujeto de Derecho), es sólo la personalidad básica o elemental que bien define el artículo 38.1 del Código Civil..*".

A mi juicio, no hay diferencias en lo que a la capacidad jurídica y de obrar se refiere entre una sociedad colectiva y una sociedad anónima, entre una sociedad civil externa y una fundación o una asociación. La doctrina mayoritaria se explica porque concibe la personalidad jurídica como una suerte de persona colectiva, un grupo de individuos que actúa en el tráfico como si fuera uno solo, lo que trataré de refutar más adelante.

Las tres teorías de la persona jurídica

"Ante el hecho de que hay finalidades que exceden con mucho la vida y las fuerzas de una persona individual, el ordenamiento jurídico reacciona con el expediente técnico de la personificación de colectividades de personas y de bienes: al igual que existe la persona humana como sujeto de derechos, cabe considerar a esas colectividades como una unidad distinta e independiente de los miembros que la componen. De ahí a considerar que la persona jurídica es una ficción del ordenamiento jurídico no hay más que un paso y ese paso se da en la Baja Edad Media… (por)… los canonistas y, concretamente, Sinibaldus Fiscus (… Inocencio IV). El recurso técnico será, pues, el de la ficción: al igual que existen personas físicas, hay personae fictae, personas ficticias, creación del ordenamiento jurídico, que considera, (esto es) finge una unidad allí donde en la realidad hay una pluralidad de miembros. Y, al igual que las personas físicas tienen miembros que les sirven para actuar, también los tienen las personae fictae, al actuar a través de sus representantes. Es decir, aquí se pasa de la metáfora a la construcción jurídica. … Esta doctrina va a recibir su espaldarazo científico por obra y gracia de Savigny. … A esta … se opone… Otto Gierke, que elabora la teoría de la realidad social de las personas jurídicas…"

Juan Miquel, Curso de Derecho Romano, Barcelona 1987, pp 85-86

Una exposición descriptiva y cronológica de las principales doctrinas formuladas sobre la persona jurídica puede leerse en Hugo Ramos Alves, A pessoa coletiva entre a ficção e o realismo, Revista de Direito Comercial, 2021, p 571 ss. Sobre las cuestiones que no son objeto de este apartado v., Jan Christoph Suntrup, The Legal Person and its Other: A Comparative View on Drawing and Effacing Boundaries in Various Cultural Contexts, On_Culture: The Open Journal for the Study of Culture 3 (2017)

La exposición que sigue quiere ser breve. Se pretende simplificar todo lo posible la cuestión organizando su discusión en torno a las tres concepciones de la personalidad jurídica más 'exitosas'. Se argumentará que las personas jurídicas (i) no son individuos ficticios. Esa es una mala analogía porque lleva inmediatamente a extender a las personas jurídicas cualidades y capacidades que son exclusivas de los seres humanos. (ii) Tampoco son sujetos de imputación provisional como se afirma desde la filosofía analítica, porque es una descripción imprecisa y poco útil para determinar el régimen jurídico. Y (iii) no son personas colectivas. Hay personas jurídicas que, o bien sólo tienen un miembro, o bien carecen de ellos lo que sugiere que no es la personificación jurídica la que permite la actuación unificada de un grupo de individuos. Esta función corresponde a la celebración de un contrato asociativo entre los individuos y a la institución de la representación.

El Derecho Romano: continuidad del grupo, persistencia del patrimonio. Los collegia

Es mérito de la técnica jurídica desarrollada por los romanos haber concebido la misma idea de una persona distinta de los individuos, como una unidad ideal de sus miembros articulada por reglas, haberla calificado como persona (jurídica) y haberla colocado en el derecho privado como titular independiente de un patrimonio, al mismo rango que los individuos.... la formulación simple según la cual, el patrimonio de las comunidades organizadas (corporaciones) es patrimonio exclusivo de un nuevo sujeto ideal y, así, de un plumazo, se descubrió por el derecho romano y la hicimos nuestra desde la Recepción… la idea de separar ese patrimonio clara y nítidamente del patrimonio de sus miembros

La persona compuesta o colectiva (el estado, el municipio, la asociación) sólo puede incluirse en el sistema de derecho privado así concebido presentándola jurídicamente como individuo, … un individuo ficticio. Queda la idea de que en realidad no hay ningún sujeto capaz de derecho privado (el estado, el municipio, la asociación no son individuos), que por lo tanto los bienes de tales "personas" son en realidad res nullius, no pertenecen a ninguna persona, que el municipio, la asociación sólo juegan el papel de una persona "personae vice fungitur", pero no representa una persona realmente existente (individuo). El derecho privado romano sigue siendo el derecho del individuo. Para participar en el derecho privado, el Estado, la comunidad y la asociación deben ser tratados como individuos ficticios.

Rudolph Sohm, Institutionen des Römischen Rechts, 1887/97

Para lo que sigue, he utilizado, entre otros, los trabajos de Riccardo Orestano, Il problema delle fondazioni in Diritto Romano: Appunti dalle lezioni tenute nell'Università di Genova, Volume 1, 1959, resumido aquí y Riccardo Orestano, Il problema delle fondazioni in Diritto

Romano, 1959, resumido aquí) y Mitteis, Römisches Recht, p 339 ss especialmente, 390 ss; Chevreau, Mélanges.

Sólo me referiré a las personas jurídicas de Derecho Privado, aunque los problemas que hoy se discuten en relación con la personalidad jurídica se discutieron en Roma en relación con las ciudades. Pero el Derecho Romano conoció las *sodalitates* o asociaciones religiosas que derivaron en asociaciones recreativas y políticas; los *collegia cultorum* o asociaciones para los nuevos cultos y los *collegia* compuestos por los miembros de un oficio que no dejaban también de tener una función religiosa pero que desarrollarán actividades de socialización y apoyo a sus miembros. Especialmente abundantes eran las asociaciones funerarias. Existieron también asociaciones de empleados públicos y de soldados (para proveer a su jubilación). Todas acabarán llamándose *collegia* bajo el Imperio. Cuando los textos romanos hacen referencia a asociaciones dotadas de personalidad jurídica se utiliza el término '*corpus*' (*corpus habere collegii,* Gaius D.3, 4, 1,1; Livio 26,16: *corpus nullum civitatis*) y, más tarde, el de *universitas*. Con el reconocimiento de personalidad jurídica a todos los *collegia,* se acabarán utilizando ambos términos como sinónimos (*collegium vel corpus*). Pero como explica Chevreau, los romanos no utilizaron el término 'persona' en el sentido de sujeto de derechos sino en el sentido de ser humano (con la excepción de la herencia yacente que se analizará más adelante). Para equiparar persona y sujeto de derechos habrá que esperar a la Escuela del Derecho Natural y a la Escuela Histórica en el siglo XIX,

> Dice Chevreau que *"persona se utilizó primero para designar la máscara… que llevaban los actores…. Más tarde… para la cara y finalmente asumió el significado de persona física, hombre/individuo… tanto el hombre libre como al esclavo… no… al titular de los derechos… el lenguaje jurídico romano nunca ha asimilado conceptualmente los grupos a la persona…. Se trata de una simple analogía… De hecho, los juristas romanos dieron nombres concretos a cada una de estas entidades colectivas compuestas por personas físicas. Así, se habla de Populus Romanus, cives, municipia, municipes, curiae, decuriones, colonia, coloni, collegia, societatis (especialmente sociedades de publicanos) o sodalitates".*

Sin embargo, que los romanos no utilizaran el concepto de persona jurídica como persona ficta o como sujeto de derechos y que no concedieran capacidad jurídica general a las *universitates* y a los *collegia* no significa que no se ocuparan de determinar si debían ser considerados propietarios o si, por el contrario, había que atribuir la co-propiedad de esos bienes a los miembros de tales corporaciones.

> A las *universitates* "*Se les niega la posibilidad de usucapir por sí mismos, de ser instituidos como herederos o de responder por la actio de dolo malo. Se dan dos razones: son incertae personae qui consentire non possunt*" pero hay cierto reconocimiento de capacidad jurídica para demandar y ser demandado y de titularidad de bienes cuando se repasa el texto de Gayo. "*Eum qui vectigal Populi Romani conductum habet, " publicanum " appellamus. Nam " publica " appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit: civitates enim privatorum loco habentur ("Llamamos 'publicano' al que ha contratado el arrendamiento de un impuesto del pueblo romano. Pues el apelativo "público" se refiere, en muchos casos, al Pueblo Romano; las ciudades son consideradas, en efecto, como particulares). "El calificativo publicus se refiere únicamente al pueblo romano. Debe entenderse aquí que todas sus relaciones jurídicas se rigen*

por el derecho público. Las ciudades, por su parte, se sitúan en igualdad de condiciones con los particulares. Esto significa que utilizan el derecho privado en sus relaciones jurídicas. Por otro lado, se les permite participar en el tráfico jurídico de la misma manera que los privati. Esto no implica que se asimilen a personas privadas. La única conclusión legítima es que el derecho romano tomaba en consideración entidades colectivas distintas de los hombres/individuos y que, por razones prácticas, les reconocía la capacidad de realizar determinados actos jurídicos".

Lo que explica la capacidad jurídica atribuida a los grupos en Roma – dice Chevreau – es su permanencia, la continuidad del grupo con independencia de la suerte de sus miembros individuales. Esto no es, exactamente, 'la vida eterna' de las corporaciones a las que me referí más arriba. Es algo menos: es su estabilidad o persistencia frente al cambio en sus miembros lo que permite que se consideren análogos a los seres humanos y permite extender la analogía no sólo a los grupos de individuos sino a los conjuntos de bienes que forman el patrimonio (subrogación real).

Chevreau se refiere sólo a los individuos porque luego dice que «estas colectividades tienen una caja y un patrimonio comunes". Cita el texto de Marciano que también citara Maitland y que, claramente, se refiere a la *universitas* como titular de un patrimonio (como el de Ulpiano sobre quién es el deudor y el de Gayo sobre quién es legatario): "*Hay cosas que pertenecen a la universalidad, no a los individuos, como los teatros y los estadios y otras cosas semejantes que son comunes a las ciudades. Por lo tanto, se considera que el esclavo común de la ciudad no pertenece a cada uno de los individuos, sino a la propia universalidad…".*

Chevreau cita un texto de Modestino (3 Diff. = D., 7, 4, 21): *Si usus fructus civitati legetur et aratrum in ea inducatur, civitas esse desinit, ut passa est Carthago, ideoque quasi morte desinit habere usum fructum* (*Si se ha legado un usufructo a una ciudad y se la atraviesa con un arado, deja de existir, como sucedió en Cartago. A partir de entonces, deja de tener el usufructo como si estuviera muerto).* Obsérvese que, aunque no hubieran muerto todos los cartagineses, el usufructo se extingue porque ¡el patrimonio! que es Cartago ha dejado de existir cuando se arrasa literalmente la ciudad. La *exauguratio*, como 'liquidación' de un patrimonio es la ceremonia simétrica a la *inauguratio* o fundación de la ciudad, o constitución del patrimonio. Este es el origen – está en Cicerón y en San Agustín – de la idea de inmortalidad de las *universitates*: el patrimonio persiste, aunque los individuos que forman el grupo humano cambien. Cuando se refiere a los grupos humanos, la inmortalidad del grupo se explica por la constante renovación de su membrecía. Cuando se refiere a los patrimonios, porque, a diferencia de los seres humanos, hay bienes imperecederos. Por eso, el texto de Ulpiano que dice que la *universitas* se preserva, aunque quede solo un individuo, tiene perfecta lógica: el patrimonio persiste y la reducción del número de miembros de la corporación titular del patrimonio es irrelevante mientras quede un solo miembro. Porque ese miembro actúa por cuenta del patrimonio (*nomen universitatis,* sinónimo de *nomen iuris,* y utilizado por los juristas romanos para referirse a las "universalidades de bienes"). Y, mientras los individuos no pueden hacerse representar en Derecho Romano, las *universitates* no tuvieron dificultad para hacerlo y tales representantes no eran designados por los individuos-miembros sino por la colectividad, esto es, de acuerdo con las reglas corporativas y sin que su

actuación despliegue efectos sobre el patrimonio del propio representante (que podía ser un esclavo) y alcanza con Justiniano el carácter de representante permanente de la *universitas*. Y concluye esta autora, convincentemente, que "*a través del prisma de la permanencia, en el tiempo… la ciencia jurídica romana sentó las bases para la construcción antropomórfica de la futura persona jurídica como sujeto de derecho*".

Las asociaciones de origen contractual eran toleradas por el Estado hasta que los conflictos civiles azotaron la República. A partir de entonces se requiere la autorización previa que ya no dejará de exigirse para constituir una corporación hasta el siglo XIX.

> La autorización la daba el Senado ('*quibus ex SC coire licet*', *los que pueden tomar decisiones colectivas gracias a un senadoconsulto*) o, en algunos casos, el emperador. Algunas decisiones del Senado autorizaron con carácter general determinados tipos de asociaciones como los *collegia tenuiorum* (asociaciones de enterramiento) y otras lo estaban desde antiguo como las de carácter gremial. Durante el Imperio, llegaron a prohibirse incluso las brigadas de incendios

De nuevo, son las ciudades las que actúan de avanzadilla. Se reconoce a éstas la titularidad de un patrimonio regido por el Derecho Privado y se extiende a las asociaciones autorizadas (que tenían *ad exemplum rei publicae* patrimonio – *corpus* – una caja común y un tesorero ("*arcam communem et actorem*"). De modo que los tipos de personas jurídicas reconocidas son las de base personal – asociaciones – y las de base territorial – ciudades -. Por ejemplo, sabemos que, en época imperial, las ciudades actuaban como prestamistas y que las fundaciones y los templos prestaban su capital, al menos en el caso griego.

> v., William V. Harris, A Revisionist View of Roman Money (2011), resumido aquí.

Desde el punto de vista 'dogmático' la cuestión es distinguir la copropiedad de la propiedad de la corporación. Inicialmente, los bienes destinados a los fines sociales se consideraban propiedad de un miembro de la asociación (Mitteis). Orestano pone el ejemplo de la manumisión de los esclavos de un monasterio (el otro ejemplo es el de la capacidad para recibir legados). Si ésta debía ser aprobada por todos los monjes, era señal de que el patrimonio del monasterio pertenecía en copropiedad a los monjes. Si era aprobada por el abad – el síndico -, sería señal de que los esclavos eran propiedad de la corporación. De ahí que se califiquen como personas jurídicas las corporaciones que "*coire permissum est*", es decir, que sus miembros podían reunirse para adoptar decisiones y podían actuar en el tráfico. Porque la adopción de acuerdos era señal de que era la *universitas* la que aprobaba la manumisión y no, individualmente, sus miembros. En todo caso, los romanos no regularon de forma completa la capacidad jurídica de las asociaciones, aunque les reconocieron capacidad procesal (Mitteis).

En época republicana, no se consideraban a los *collegia* como propietarios de los bienes que se utilizaban para conseguir los fines asociativos. Para la propiedad de los cementerios (*monumenta, columbaria)* se recurría a constituir *societates* y los bienes eran (co)propiedad de los socios hasta que, en el siglo I, son sustituidas por los *collegia funeraticia*. En época justinianea las asociaciones se configurarán como corporaciones, esto es, con patrimonio separado del de sus miembros y con órganos (*syndicus*) que permiten al patrimonio ser parte de relaciones jurídicas.

En cuanto al régimen de derechos de los socios sobre el patrimonio social, los miembros ostentaban derechos sobre el patrimonio social y sobre sus aportaciones periódicas a la asociación, así como del derecho a la 'cuota de liquidación'

> Lo que sucede es que el título por el que los miembros tenían tales derechos podía ser el más propio de una mutualidad en nuestros días. Dice Matteis que el derecho a las prestaciones por fallecimiento en una asociación funeraria "*surge menos de la cotitularidad sobre el patrimonio que del contrato de seguro implícitamente concluido por la adhesión a la asociación*". Y añade Matteis que "*en algunas asociaciones los miembros realizan aportaciones de las que pueden disponer… Y… los miembros tienen un derecho a repartirse el patrimonio de la asociación a la extinción de ésta ante terceros la sociedad… contrata, litiga y es el único sujeto de cualquier obligación, por lo que no hay responsabilidad de los asociados por las deudas de la asociación. Sin embargo, internamente debían existir principios similares a los de una sociedad*".

La conclusión del brevísimo repaso del Derecho Romano es que éste no elaboró el concepto de personalidad jurídica, pero reconoció capacidad de obrar patrimonial a las asociaciones por analogía con las ciudades, esto es, con las corporaciones de 'Derecho Público'.

Los canonistas y la persona ficta

Collegium in causa universitatis fingatur una persona

Inocencio IV

> Para lo que sigue he utilizado la exposición de Berman, Law and Revolution, pp 215 ss; Gierke, *Sulla Storia,* p 100 ss. y sobre todo Francesco d' Urso, Persona Giuridica e Responsabilitá Penale. Note Storico-Giuridiche a propósito di recenti riforme, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 29 (2000) p 511 ss.

El concepto moderno de personalidad jurídica se debe al Derecho, canónico medieval. A partir de la adquisición por el cristianismo de la condición de religión oficial, la Iglesia se benefició de la personalidad jurídica reconocida por el Derecho Romano a las asociaciones y a las ciudades: "*las iglesias y los monasterios se añadieron a la lista de asociaciones a las que se consideraba con capacidad para recibir donaciones y legados, así como con ser propietarios y poder contratar y actuar en el tráfico a través de representantes. Además, la legislación de Justiniano reconocía a las causas pías como*

hospitales, asilos, orfanatos, asilos de pobres y asilos de ancianos, la capacidad jurídica de recibir donaciones y legados para fines especiales, conservando un derecho general de supervisión en el obispo de la diócesis" (Berman).

> Pero las ideas romanas – dice Berman – debían competir con las cristianas y las germánicas. Entre las cristianas, una importante era la distinción entre la cabeza (el papa, el obispo) y el cuerpo (la comunidad de los fieles) lo que dificultaba la extensión de reglas romanas como la de la responsabilidad de la corporación por los actos de sus miembros o representantes o que se considerara que "*los prelados actuaban sólo como agentes y no como miembros de la asociación*". Las tradiciones germánicas reforzaban la concepción unitaria del grupo humano, la propiedad común del patrimonio destinado a fines colectivos y la responsabilidad también colectiva. En Roma, solo el magistrado puede actuar por cuenta o en nombre del patrimonio común. Los miembros de la corporación no son órganos de ésta. No pueden actuar por ésta. La asociación no queda vinculada por lo que hagan sus miembros y "*según la concepción germánica, la asociación cobra vida en los miembros, de modo que cada miembro, como órgano de la comunidad, puede atribuirle derechos, siempre que actúe como miembro de la asociación y no meramente dentro de su esfera individual… la asociación (romana) no puede quedar vinculada por los actos de los que sean miembros en cada momento, aunque sea la totalidad de ellos*" (Matteis).

La idea de persona jurídica como *persona ficta,* esto es, como artificio del Derecho para resolver problemas de aplicación de normas se elabora por los canonistas a partir del siglo XI. El concepto se construye a partir de dos principios: el reconocimiento de capacidad jurídica y de obrar de las corporaciones a través de representantes y la separación patrimonial: "*los derechos y obligaciones de la corporación son distintos de los de sus miembros o representantes*". Los problemas prácticos que se pretendía resolver eran de dos tipos: de 'teoría política', como los conflictos políticos con el Imperio y en el seno de la Iglesia, y de aplicación de las normas del Derecho Canónico a las *universitates,* esto es, a las instituciones organizadas corporativamente. Así, las relaciones entre la cabeza y el cuerpo ocuparon un lugar preeminente en la literatura sobre los concilios; se discutió el ejercicio de los derechos de la corporación en caso de vacante de la 'cabeza', y se planteó la posibilidad de la comisión de *delicti* por parte de las corporaciones; la necesidad de autorización papal para la constitución de una corporación eclesiástica; la posibilidad o no de sus órganos de dictar reglas internas y las causas de la extinción de las corporaciones.

¿Cómo elaboraron los glosadores y postglosadores el concepto jurídico de persona jurídica como *persona ficta?*

> Sigo la exposición de D'Urso, a quien corresponden las citas.

Razonaron como sigue: una colectividad no es más que la suma de sus miembros ("*la universitas es una pluralidad de individuos que adquiere, en virtud de un nomen colectivo, relevancia unitaria en el derecho*") de modo que no puede imputarse a todos lo hecho por algunos de ellos. Pero eso no excluye que, si la universitas está 'ordenada', o sea, organizada y adopta acuerdos mediante asambleas convocadas

públicamente según se explicó más arriba, se pueda imputar la comisión de un acto ilícito, un *delictum*, a la *universitas*. En la adopción de acuerdos podía haber un dolo colectivo. Se trataba, pues, "*de un lado, de garantizar la tutela de los individuos singularmente considerados y de otro de castigar los casos de criminalidad colectiva*".

> Dice D'Urso: "*… el acto delictivo de los individuos puede ser atribuido al colegio sólo si se realiza "tamquam universitas", es decir, según criterios, como la convocatoria pública, que hacen reconocible que se trata de una acción del colegio*". Accursio culminará esta interpretación diciendo que el delictum – la iniuria en este caso – puede imputarse al colegio porque éste no es más que la suma de sus miembros si es resultado de un acuerdo de la corporación adoptado según las reglas de adopción de acuerdos.

Como se ve – continúa D'Urso – se podía establecer la responsabilidad del colectivo sin ayuda del concepto de *persona ficta*. Sólo hacía falta poder "identificar" a la comunidad o colectividad. El problema que resolvió Inocencio IV con su famosa metáfora de la *persona ficta* era el de si se podía excomulgar a una ciudad. Inocencio afirmó que las comunidades no podían delinquir porque las *universitates* no son seres de carne y hueso, sino *nomina iuris*, conceptos jurídicos, creaciones mentales que "*como tales, resultan incapaces de cumplir los complejos requisitos necesarios para la realización e imputación de un delito… La excomunión es una pena que sólo surte efecto sobre las personas reales y sería incongruente aplicarla a las criaturas jurídicas. Además, una vez que esto ocurriera, se correría el riesgo de involucrar en el castigo a miembros inocentes o incapaces, como futuros miembros e infantes...*".

> Gierke dirá que, con este 'truco' retórico, los canonistas separaron a la institución respecto de sus miembros. Hasta el análisis de Inocencio IV, la corporación era una unidad asociativa formada por varios individuos considerados como si fueran uno solo gracias a que toman decisiones en asambleas. En este marco, la actuación de la asamblea se confunde con la de la asociación – corporación. Pero – dice Gierke - los canonistas sustituyeron esta concepción colectivista de la asociación por una institucional (*Anstalt*) que "*sitúa la unidad asociativa en una entidad que trasciende a la totalidad de los miembros, una personalidad asociativa específica, que está representada tanto por la asamblea de todos los miembros como por los administradores*" y por la cabeza (el Obispo, en el caso de las Iglesias locales y el Papa en el caso de la Iglesia universal). Y el instrumento para construir esta "entidad" que trasciende a los miembros es la ficción: la entidad es una "*persona simulada, la persona ficta, repraesentata, imaginaria, ¡el individuo artificial imaginario!*", de modo que incluso "*si la asamblea adopta acuerdos*" no actúa por cuenta propia, sino que lo hace por cuenta de un tercero, la persona ficta (*per alium agit*). Esto, dice Gierke, constituye un 'desapoderamiento' brutal de la asamblea que queda relegada al ejercicio de sus competencias "*de modo que sólo dentro de esta competencia la asamblea representa a la persona simulada*". La regla de la mayoría queda reducida a una forma de adoptar acuerdos en el seno de uno de los dos órganos de cualquier corporación bien constituida.

Los autores posteriores dieron la vuelta al razonamiento de Inocencio IV (*universitas delinquere non potest*) distinguiendo entre la imputación del delito a la colectividad – perfectamente realizable – y la imposición de la pena – no siempre posible. Así, no se castiga a los inocentes, pero se consideran imputables las *universitates* sobre la base de la analogía con los individuos. « si quaeratur, an universitas delinquat, dico quod

sic... » dirá Bartolo. Si la *universitas* es una ficción que los juristas utilizan para extender a las *universitates* normas aplicables a los individuos, la respuesta dependerá del tipo de pena que se trata de imponer. Y la ligazón entre la pena de excomunión y el 'alma racional' que sólo tienen los individuos, lo impide. Pero, fuera de la excomunión, "*la persona repraesentata… (es)… capaz de expresar ciertas características de la universitas por analogía con el individuo*".

> Así, por ejemplo, no hay inconveniente (Dino del Mugello) en absolver a una *universitas* a la que se le hubiera impuesto la pena de "entredicho o interdicto", o sea, la prohibición de asistencia a los oficios divinos, la recepción de sacramentos o la sepultura cristiana. En tal caso, la absolución puede ser colectiva, esto es, absolverse a la ciudad como conjunto. Explica D'Urso que "*Dino tiene claro que la comparación entre universitas y persona es una ficción creada por el derecho y con fines jurídicos: en este caso, razones económicas justifican que se emita una única absolución. La universitas se asimila a la singularis persona para conseguir un resultado práctico, pero su estructura sigue siendo colectiva, hasta el punto de que el effectus absolutionis se transmite* (de la corporación) *a los individuos*". Y lo mismo (Oldrado) con la retirada de privilegios a una *universitas.*

Y lo propio con la responsabilidad civil. Si las *universitates* eran propietarias de sus bienes, nada impedía dirigir una demanda contra toda la *universitas* que respondería con sus bienes.

¿Qué actos – u omisiones – permiten imputar responsabilidad a la *universitas*? La de sus magistrados, rectores, etc, esto es, de sus órganos. En relación con delitos que requieren la mano del hombre, como el homicidio, la solución de Bartolo es apelar a la idea de actuación "per alios", la interposición.

> "*bien a través de sus rectores, en virtud de un mandato anterior o de una ratificación posterior; bien a través de otras personas, a las que se les ha encomendado la tarea "de acuerdo con los estatutos"* se puede imputar "*el acto a la universitas*". Y, en tales casos, "*la pena recaerá en primera instancia sobre los individuos que materialmente realizaron el hecho delictivo; la universitas será perseguida como instigadora o como consecuencia de la ratificación*". D'Urso se refiere a dos ejemplos llamativos en el contexto medieval: el delito de lesa majestad y el de herejía. El emperador Enrique condenó a la ciudad de Brescia a ser arrasada ("*un castigo posteriormente condonado por la clemencia imperial*") por el primero y el papa Clemente V aniquiló la orden templaria por el segundo. Bartolo no ve problema en afirmar que estos delitos pueden ser cometidos por *universitates* y que es posible aplicarles las penas previstas, penas que consisten, en realidad, en la disolución y liquidación/destrucción/confiscación del patrimonio de esas *universitates.*

De lo expuesto se deduce con claridad que los canonistas formularon una doctrina completa de la persona jurídica en la que ésta es una ficción de los juristas para aplicar a corporaciones (tiene que existir un lazo entre los miembros que permite construir una 'unidad') las normas en principio aplicables solo a los individuos.

Savigny: una concepción dual de la personalidad jurídica

Por su propia naturaleza, el patrimonio extiende la capacidad y asegura y refuerza las posibilidades de actuación libre. Esta correlación se aplica no solo al individuo sino también a la persona jurídica: la promoción de los fines de las personas jurídicas, que justifican su reconocimiento por el Derecho, gracias a que dispone de un patrimonio es idéntica a la de los fines del ser humano individual con el suyo".

Savigny

Para lo que sigue, v., Friedrich K. von Savigny, Sistema del Derecho romano actual II que se tradujo en 1879 al español (la segunda parte), resumido aquí. Malte Diesselhorst, Zur Theorie der Juristischen Person bei Carl Friedrich Von Savigny, Quaderni Fiorentini, 11/12, 1983, p 319 ss; Orestano, Diritti soggettivi, Jus, 1960, p 165; Maitland, Introducción a Gierke, Teorías Políticas

Savigny (i) tenía una concepción patrimonialista de la persona jurídica pero (ii) reservó la calificación de personas jurídicas para las corporaciones.

(i) Savigny define la personalidad jurídica a partir del derecho subjetivo y la capacidad para ser parte de una relación jurídica. Sólo y exclusivamente son sujetos de derecho los que pueden ser parte de una relación jurídica, lo que se traduce en que sólo los seres humanos son sujetos de derecho, porque sólo los seres humanos y todos los seres humanos pueden entablar relaciones jurídicas, que requieren de entendimiento y voluntad. De ahí se pasa a llamar 'personas *fictas*' a las asociaciones, las fundaciones, las sociedades anónimas etc consideradas 'parte' de una relación jurídica afirmando que se trata de una ficción; de una remisión o de una equiparación. A los efectos jurídicos pertinentes, consideramos o fingimos que las asociaciones, fundaciones etc son seres humanos. Y lo propio se repite respecto de los derechos subjetivos: el Derecho privado es un sistema de derechos subjetivos, en particular, la propiedad. Los derechos subjetivos los ejerce el individuo a través de su voluntad. De manera que, si queremos que haya titulares de derechos subjetivos distintos de los individuos, hay que fingir que esos titulares son individuos.

Como se ve, Savigny está muy cerca de las tesis de los canonistas. Pero en Savigny es claro que su concepción es patrimonialista porque atribuye a las personas jurídicas derechos subjetivos y capacidad para ser parte de relaciones jurídicas de carácter patrimonial, esto es, derechos reales y de crédito.

Efectivamente, Savigny dirá que "*la persona jurídica no afecta sino al derecho de cosas*". Y añadirá "*las personas jurídicas no son sino sujetos capaces de poseer… las relaciones de derecho que mantienen las personas jurídicas son: la propiedad y los iura in re aliena, las obligaciones, las sucesiones como medio de adquirir el poder sobre los esclavos, el patronato y en los últimos tiempos del derecho romano, el colonato… lo cual nos llevaría a definirlas (a las personas jurídicas) como un sujeto de bienes creado artificialmente*". ("sujeto de bienes" debe entender como titular de bienes). Así resolvía Savigny el problema del siglo XIX: el de los derechos – patrimonios – sin sujeto. Como explicó Orestano: "*si se acepta la teoría de la ficción, no hay dificultades para aceptar la existencia de patrimonios sin sujeto, precisamente porque si hay que*

hablar de un sujeto ficticio (una persona ficta) es porque realmente falta lo que llamamos sujeto. Si tal sujeto real existiese, no sería necesario recurrir a un sujeto artificial o ficticio". O sea, la persona jurídica es una ficción para evitar la existencia de patrimonios que carecen de titular.

Aunque sean los miembros los que "*gozan en exclusiva de la cosa y la propiedad sea en algún modo ficticia y se reduce a proteger a los verdaderos titulares*", Savigny dirá que "*en derecho debe ser considerada y estimársela como propiedad de la corporación*" y no copropiedad de los miembros. "*Las personas jurídicas tienen los créditos y las deudas que resultan de los contratos de sus representantes ordinarios*". En cuanto a las obligaciones *ex delicto*, (responsabilidad extracontractual ex art. 1902 CC) Savigny dice que no hay duda de que las personas jurídicas pueden demandar la indemnización de un daño sufrido como consecuencia de una conducta culpable de otro.

Pero, naturalmente, "*nadie intentará acusar a una ciudad de adulterio ni de bigamia a un hospital... no se podría castigar con el destierro a una comunidad o con la prisión a una iglesia o a un hospicio: en cuanto a la pena de muerte se podría asimilar a la disolución de la persona jurídica*" pero reconoce que esto no impide admitir que pueda responder (patrimonialmente). Lo que no puede es aplicársele el Derecho Penal porque éste se dicta en consideración "*al hombre natural, es decir, un ser libre, inteligente y sensible*", caracteres de los que carece una persona jurídica que es "*sólo un ser abstracto capaz de poseer*" de modo que ni siquiera con la representación puede fingirse una "*voluntad propiamente dicha*" ni, por tanto, efectos penales, solo civiles.

Savigny compara a las personas jurídicas con los menores o los incapacitados: tienen capacidad jurídica pero no capacidad de obrar ("*capaz de propiedad*" pero "*incapaz respecto a los actos necesarios para adquirir*") por lo que la solución ha de ser la misma que con los menores: la representación. Y añade, lógicamente, que la representación en una corporación es de su esencia y no simplemente una forma eficaz de adoptar decisiones en grupos grandes.

En este punto radica una de las discrepancias más notables entre Savigny y Gierke que examinaré después.

A pesar de las semejanzas, Savigny no es un mero reformulador de la teoría de la ficción medieval. Savigny defiende una concepción patrimonialista de las personas jurídicas solo que nos resulta confusa porque, en lugar de hablar de patrimonios, habla de bienes. Y en su exposición demuestra que esta concepción patrimonialista es coherente con la manejada en la Edad Media por los canonistas y por los romanos en el Bajo Imperio y en la época justinianea. Pero, como los canonistas, Savigny equipara persona jurídica y corporación.

En cierto sentido, la pretendida refutación de Maitland a la que me referiré enseguida se convierte en una confirmación del acierto de Savigny: no es posible dar cuenta de las variadísimas formas de personas jurídicas sino es recurriendo a una de esas categorías "voraces" del Derecho, por su afán de explicar cualquier fenómeno jurídico, como son la propiedad o el contrato. Savigny recurre a la 'propiedad' según se ha visto. Yo creo que quería decir al 'patrimonio'.

Cuando Savigny se refiere a las sociedades anónimas de su época (sociedades de ferrocarriles, las primeras sociedades anónimas reconocidas legislativamente) califica a los accionistas de 'copropietarios' de la empresa, esto es, del patrimonio, lo que indica que Savigny consideraba que si los miembros de una corporación tenían derechos sobre el patrimonio de ésta, la calificación jurídica de su posición es la de copropietarios. Como se ve, nada del principio de especialidad o determinación en este punto: "*originalmente se celebra un contrato de sociedad (es decir, con copropiedad de los socios sobre los bienes aportados) y la posterior atribución de capacidad de obrar corporativa (Erteilung der Corporationsrechte) no tiene por objetivo cambiar sustancialmente la relación jurídica interna*", O sea, para Savigny, una sociedad anónima es una *societas* – no hay personalidad jurídica cuando se constituye – cuya estructura patrimonial es la de la copropiedad y el hecho de que se organice corporativamente no cambia la copropiedad porque la organización – *Verfassung* – corporativa sólo tiene por objeto facilitar las relaciones con terceros. Este es el paso que transforma la *societas* en una persona jurídica.

Diesselhorst, Quaderni Fiorentini,, 1983, p 325.

La crítica dirigida contra Savigny es doble. Por un lado, (i) su empeño en considerar la creación de corporaciones como una potestad pública le impidió explicar la libre constitución de sociedades anónimas en el siglo XIX y no es coherente con su concepción patrimonial de las personas jurídicas. Por otro, (ii) Savigny no es capaz de explicar la estructura interna de las personas jurídicas y, por tanto, no da adecuada cuenta de su capacidad de obrar ya que se remite, como para los menores, a la representación ¡legal!

(i) Atribuir capacidad jurídica patrimonial a alguien que no sea un ser humano es, para Savigny, algo que está sólo al alcance del legislador, quien puede dibujar arbitrariamente el contenido de la personalidad jurídica. Una persona jurídica – una corporación – podrá 'hacer' lo que la autoridad que autoriza el 'acto de incorporación' permita. Eso le permitirá explicar la capacidad jurídica de las sociedades de personas.

A juicio de muchos, la libre constitución de sociedades anónimas a partir de finales del siglo XIX supuso un golpe mortal para esta consideración de las personas jurídicas como *personae fictae*. La razón es que, si el legislador permite la libre constitución de corporaciones por los particulares, la construcción de la persona jurídica como 'criatura del Estado' se derrumba.

Pero eso no significa el triunfo de Gierke y de la "libre asociación" de los particulares para perseguir en común fines supraindividuales. La tesis patrimonialista necesita 'decir' menos: que los particulares pueden separar patrimonios por contrato. En realidad, los ingleses nunca lo habían necesitado (v., Maitland, *Introducción,* p 33 ss). El Derecho inglés reconoce a los particulares esa capacidad (lo prueba la existencia de los "*unincorporate groups*") desde comienzos de la Edad Moderna, y aunque no les atribuye expresamente personalidad, "*adopta las medidas oportunas para la continuidad de su existencia*" y para mantener la validez de lo hecho por grupos 'mal' constituidos. Maitland añadirá que, en la tesis savigniana, la

persona jurídica queda en manos del que crea las normas por lo que no puede ser sujeto de derecho en sentido fuerte, no puede tener *"libertades y franquicias, ni derechos de autogobierno"*. Sus derechos de propiedad son débiles porque no hay individuos reales a los que remitirse que merezcan protección frente a la expropiación por el Estado.

(ii) Savigny – dice Maitland – no puede aceptar que la corporación sea capaz *"de nombrar un agente"*, porque si la corporación pudiera nombrar a un agente, *"no habría razón aparente para que no pudiera hacer 'por sí misma' muchos otros actos"*. De ahí que Savigny recurra, no al mandato y la representación para explicar la capacidad de obrar de las personas jurídicas, sino a *"la tutela de tipo romano"* para encontrar *"la analogía correcta"* lo que convierte a las corporaciones en *infantes* o *incapaces.*

Maitland, Introducción a Gierke, Teorías Políticas de la Edad Media, p 19 ss. V., también, Heiman, *Associations,* p 29-32 donde se expone la crítica gierkeana a la tesis de Savigny. Sobre los 'efectos' de la libre constitución de sociedades anónimas sobre la tesis savigniana de la personalidad jurídica, Maitland es confuso. Por un lado dice que no puede interpretarse como *"una pieza del mecanismo del Estado"* y por otro, reconoce que es una *societas,* en el sentido de que también la sociedad anónima es *"otro nombre, un nombre colectivo para los socii"* a pesar del intento del legislador alemán de reconocerle el carácter de corporación, o sea, de *universitas,* lo que chocaría con su naturaleza 'verdadera'. Ahora bien, reconoce que *"la Gesellschaft alemana – y lo mismo podría decirse de la partnership inglesa – muestra una tendencia a evolucionar hacia la organización corporativa, tendencia de la que estaba por completo libre la extremadamente individualista societas de los romanos"*.

Al sostener que la persona jurídica es una criatura arbitrariamente creada por el legislador, incapaz de obrar, Savigny tampoco puede explicar cuándo un patrimonio está (o debe estar) personificado y cuándo no. Savigny – como luego Federico de Castro en España – se remitirá al interés público concretado por el legislador: queda a la discreción del legislador decidir cuándo un patrimonio está personificado o no y qué capacidad de actuación en el tráfico tendrá la criatura así constituida. En definitiva, Savigny no proporciona un concepto racional de persona jurídica ni un concepto que encaje en un Derecho Privado que ponga al individuo y su autorrealización en el centro.

V., Jesús Alfaro, Patrimonio y persona jurídica en Federico de Castro, Almacén de Derecho, 2019. Savigny es igualmente restrictivo en relación con la autonomía que reconoce a las corporaciones: ni siquiera reconoce a la mayoría la facultad de modificar los estatutos o de extinguirla. V., Diesselhörst, *Quaderni Fiorentini,* 1983, pp 333-334.

Ihering

La aportación de Ihering a este asunto es menor. El fenómeno jurídico de la herencia yacente (del que me ocupo en la Parte Especial) planteó a los juristas del siglo XIX un dilema: o afirmaban que la herencia en el período de tiempo que va desde el fallecimiento del causante a la confusión con el patrimonio del heredero era un sujeto de derecho o reconocían que había derechos sin sujeto. La primera es la solución que

propondrá sin mucho éxito Windscheid. Se aceptará, a cambio, una indeterminación temporal de la titularidad – del sujeto – de los derechos lo que lleva a calificar a la herencia yacente como un patrimonio en liquidación.

Al hilo de este problema, Ihering formulará su concepción del derecho subjetivo como un interés protegido jurídicamente (frente a la savigniana de un poder de la voluntad). Y esta concepción le permite disolver el problema de la naturaleza de las personas jurídicas. Un sujeto de derecho es aquel que tiene intereses protegidos jurídicamente y para tener tales no es necesario tener voluntad, que solo tienen los humanos, de modo que para ser sujeto de derecho no hace falta ser humano: solo tener intereses reconocidos y protegidos por el Derecho. Las personas jurídicas se equiparán así – de nuevo – a los niños y los incapaces. Igual que estos, tienen intereses protegidos por el derecho.

Al mismo tiempo, la de Ihering es, en cierto sentido, una teoría analítica. Como no limita los intereses reconocidos y protegidos que permiten calificarlas de sujetos de derecho a los de carácter patrimonial (o sea, derechos subjetivos patrimoniales) dice, en su lugar, que los intereses protegidos por el derecho a través del reconocimiento de la existencia de personas jurídicas son los de sus miembros individuales que los ven así protegidos conjuntamente bajo la persona inventada. ¿Qué pasa con las personas jurídicas que carecen de miembros, como las fundaciones? Ihering dirá que 'miembros' son los individuos "*en cuyo beneficio e interés ha de actuar la fundación… de forma que la propia personificación no es nada más que una forma de asignar un patrimonio determinado a los fines e intereses de un grupo indefinido de personas*" (Orestano).

Kelsen y las doctrinas analíticas

> "*… esta personalidad debía ser considerada como simple mecanismo para ahorrar trabajo, como la taquigrafía o los símbolos matemáticos. La teoría de la corporación que podríamos denominar 'del paréntesis' o 'del signo desarrollable' se halla realmente en agudo contraste con la teoría de la ficción tal como Savigny la concibió… Los miembros reales de la corporación, que en el esquema de Savigny son simples tutores de algo instituido por el Estado, se convierten en… los auténticos 'sujetos' de los derechos y obligaciones atribuidos a la corporación, aunque por artificio del Derecho normalmente estos 'sujetos' se mantengan encerrados en un paréntesis…*"
>
> F. W. Maitland

Jesús Alfaro, Bosquejo de una teoría de la personalidad jurídica, en Almacén de Derecho 2018; Rolando Tamayo y Salmorán, El sujeto del Derecho, Isonomía: 3(1995) págs. 167-189; Carlos S. Nino, Introducción al Análisis del Derecho, 2ª ed, Buenos Aires, 2003, pp 225-235, Cándido Paz-Ares, Sobre la infracapitalización de sociedades, ADC 1983, pp 1587 ss., pp 1592-1593 de donde están sacadas las citas que siguen salvo que se indique otra cosa; Cándido Paz-Ares, Atributos y límites de la personalidad jurídica, en Uría-Menéndez (dirs.), Curso de Derecho Mercantil, 2ª ed., Civitas, Madrid 2006, vol. I, pp. 589 ss; Jerzy Wróblewski, Legal Person: legal language and reality, en Quaderni Fiorentini, 1982/1983; Berman, Law and Revolution, pp 141-142,

resumido aquí. Tzung-Mou Wu - « Personne » en droit civil français : 1804-1914; Anna Pintore, Il concetto di persona giuridica nell'indirizzo filosofico analítico, Quaderni Fiorentini 1982/83, vol II, p 721 ss.

Kelsen no dirá que las personas jurídicas son 'como' los seres humanos. Dirá que, para una Teoría Pura (puramente normativa) del Derecho, los seres humanos han de ser concebidos como personas físicas. Y persona física es un concepto jurídico, no una descripción de la naturaleza, de forma que son personas jurídicas las personas físicas y las organizaciones sociales a las que el Derecho imputa derechos y obligaciones. Pero, mientras las personas jurídicas son sujetos de imputación provisional, los seres humanos (miembros de la persona jurídica) son sujetos de imputación definitiva. Asignar derechos a una persona jurídica es una forma de hablar o, más precisamente, una forma de aplicar normas jurídicas.

Dos son las objeciones que pueden hacerse a las doctrinas analíticas incluyendo la de Kelsen. La primera, más filosófica se refiere a la desconexión entre el concepto de persona y el de dignidad humana. La segunda, más técnica, se refiere a la función de los conceptos jurídicos en la elaboración del Derecho.

(i) Al razonar como hace Kelsen, se pierde de vista que la equiparación normativa entre personas físicas y jurídicas es sólo parcial, esto es, una y otra solo son equiparables si nos referimos a la esfera patrimonial. Kelsen es consciente de esta objeción cuando introduce la idea de 'persona legítima' y considera a las personas jurídicas como 'limitadas' en comparación con las personas físicas. Sin embargo, parece un argumento *ad hoc* que debilita la solidez de la teoría. Si se equipara a las personas físicas con las personas jurídicas, o bien se degrada a los seres humanos a la condición de titulares de patrimonios o bien se ensalza a los patrimonios organizados para participar en el tráfico a la condición de cuasi-seres humanos.

> La crítica de los analíticos a Kelsen consiste en afirmar que "*el hombre en sentido biológico, después de haber sido arrojado por la puerta de la pureza ideológica ('persona física' no es el hombre), reaparece por la ventana de la incoherencia intrasistemática, cuando Kelsen define la persona física como el complejo de normas unificadas porque rigen el comportamiento de un solo individuo… las normas están unificadas en última instancia por el hecho de que regulan el comportamiento de un mismo grupo de hombres*" (Pintore).

(ii) Además, estas doctrinas son reduccionistas – en términos epistemológicos – en exceso. No aprovechan la construcción conceptual del Derecho.

Los analíticos critican la doctrina que llaman tradicional porque se basa en una visión de la persona jurídica como una "*verdadera realidad subjetiva, un verdadero sujeto de derecho, distinto de los hombres de carne y hueso que están detrás… todas… parten de un mismo presupuesto – la persona jurídica es* (para la doctrina tradicional) *un «centro final de imputación», esto es, un sujeto del derecho…*". Además, (las tesis tradicionales) pecan de una cierta circularidad porque utilizan «sujeto de derecho» como sinónimo de «persona». "*Por persona jurídica la dogmática entiende «todo*

sujeto de derecho» pero, del sujeto se limita a decir que es todo ente que tiene derechos y facultades".

Para salir de tal círculo, - según los analíticos – hay que decir que "*persona jurídica no designa un ser humano ni sus capacidades… psíquicas, sino la conducta de un individuo o varios individuos que es contenido de una regulación jurídica*". Estas tesis se conocen también como 'teorías de presentación de normas' y afirman que 'persona jurídica' es una expresión que "*no tiene un referente en la realidad*" pero que permite "*describir de… forma… concisa algunas relaciones o hechos, normas o partes de normas...* El concepto de persona jurídica se refiere así a un conjunto de normas y relaciones. Su función es la de "*simplificar y facilitar*" la presentación o exposición de un grupo de reglas. En palabras de Paz-Ares, la persona jurídica solamente hace referencia "*a un mecanismo* (de imputación) *y no a un centro de imputación que irá a desembocar a los únicos y verdaderos sujetos de derecho que pueden existir: los hombres, puntos finales de imputación… la persona jurídica es un operador sistemático que permite expresar proposiciones complejas (proposiciones de derecho especial referidas a personas físicas) en proposiciones simples (proposiciones de derecho común referidas a la persona jurídica)*".

> O, en palabras de Trimarchi, "*… hay que tener presente que cualquier proposición en la que se compare el concepto persona jurídica o cualquier concepto compuesto con él (ejemplo: el concepto de sociedad), o el nombre de una persona jurídica, no es otra cosa que una forma abreviada, útil por la simplificación que aporta a la discusión, para expresar una o varias reglas jurídicas relativas al régimen de los bienes aportados por los socios y a la actividad dirigida a lograr el fin común*". Pietro Trimarchi, Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni, Milán, 1958 nota 2 p. 14. Como se ve, muy próxima a la teoría del "paréntesis" de Maitland.

En resumen, para los analíticos, la personalidad jurídica no es más que "*una… simple expresión lingüística, una forma corta para evitar largos circunloquios… una especie de etiqueta léxicojurídica según la cual se aplican o no determinados conjuntos de normas a grupos de individuos, a personas físicas a las que no serían aplicables si las tomásemos individualmente porque no serían destinatarios de dichas normas… un instrumento del lenguaje jurídico, útil para resumir una compleja disciplina normativa de relaciones entre personas físicas*"

> Giovanni Turelli, Persona jurídica e Diritto Romano nelle Notas al Código civil di Vélez Sársfield, en Sistema Giuridico Latinoamericano, Brescia 2018, Saccoccio/Cacace (dirs).

La crítica a estas tesis

Wróblewski dice que las tesis analíticas son incompletas porque no dan un significado positivo del concepto de persona jurídica. Si decir que las personas jurídicas son 'análogas' a los seres humanos no proporciona un significado positivo de lo que sea una persona jurídica, decir que la persona jurídica no es más que un resumen de todas las normas aplicables a los individuos que están detrás de la persona jurídica 'filtradas'

por las reglas aplicables a las personas jurídicas tampoco parece hacerlo. Paz-Ares habla de *"descifrar o descodificar, de acuerdo con la normativa interna de la persona jurídica el derecho, la obligación o la competencia que la norma externa – la norma de derecho común – imputa metafóricamente a las personas jurídicas para ver cómo quedan distribuidos realmente entre las personas físicas".*

Lo que sigue está sacado de Anna Pintore, Quaderni Fiorentini 1982/83, vol II, p 721 ss, de donde proceden todas las citas textuales. Para ser justos con las teorías analíticas, hay que afirmar que aciertan en cuanto las personas jurídicas no son un objeto natural y aciertan también en que son un fenómeno normativo, es decir, un producto del Derecho. El reproche que aquí se ha hecho de que no explican las personas jurídicas de tipo fundacional se contesta por algunos autores diciendo que el carácter de la persona jurídica como un mecanismo de imputación no prejuzga la 'calidad' con la que actúen los individuos a los que la norma se remite. Es decir, estos pueden ser los socios, pero también pueden ser los administradores de la persona jurídica. Lo único que ha de aceptarse es que las normas jurídicas se refieren, en último extremo, al comportamiento humano. Así, D'Alessandro, el autor italiano más señero en este ámbito de cuestiones explica que mientras el ser humano es el sujeto lógico de las normas ("*... sabemos 'a quién mirar para comprobar si se ha cumplido el deber o se ha ejercido el poder atribuido por la norma. Ese 'algo' que hay que mirar y que podemos, como mínimo señalar con el dedo, es el individuo humano de carne y hueso"),* los de las personas jurídicas son sólo "*sujeto gramatical*", sintáctico de la frase que expresa una norma y, por tanto, lo que procede es "*identificar, dentro del discurso en el que aparece... las reglas (sintácticas) que permiten eliminarlo y sustituirlo por símbolos significantes, es decir, por nombres de personas físicas. Así, las normas que se refieren a las personas jurídicas pueden traducirse en una o varias normas en las que ya no aparece el nombre de la persona jurídica..., las normas relativas a las personas jurídicas sólo sirven para remitir a un grupo de otras normas, estas últimas relativas únicamente a las personas físicas".* Dicho de otro modo, la aplicación de la norma – la imputación de los efectos - se produce en dos fases: "*para cada persona jurídica existe un conjunto de normas (de orden interno, de organización) que indican precisamente qué personas de carne y hueso deben comportarse como se prescribe para la persona jurídica o ejercer el poder que se le otorga*". De hecho, D'Alessandro dice que "*la función y el significado de la posición X atribuida a la persona jurídica están todos en la referencia a las normas internas* (de la persona jurídica) *que establecen que cuando la persona jurídica está en la posición X, entonces estos u otros órganos están en la posición Y o Z. De modo que esa posición X acaba sirviendo, en última instancia, de nexo... entre una serie de hechos jurídicos -los que precisamente producen la posición X- y los que son sus verdaderos efectos jurídicos, es decir, las posiciones individuales Y o Z*". Así opera la transformación señalada por Paz-Ares: las personas jurídicas no son sujetos de imputación sino mecanismos para imputar la consecuencia jurídica de determinadas normas a personas de carne y hueso.

Esta tesis se ha criticado señalando que pone en cuestión la unidad de conceptos básicos del Derecho como el de propiedad o el de obligación. Más generalmente, lo que puede decirse es que resuelven aparentemente la objeción que se ha señalado sobre las personas jurídicas que carecen de miembros (las fundacionales) pero no resuelven el problema de determinar qué individuos de carne y hueso resultan acreedores, propietarios, es decir, titulares de los derechos subjetivos. En este sentido, las personas jurídicas no son sólo mecanismos de imputación. Son también sujetos a los que se imputan bienes y derechos – patrimoniales – y, por lo tanto, la solución de D'Alessandro de incluir a los que pueden actuar con efectos sobre la persona jurídica pero no son los socios titulares, en último extremo, del patrimonio social, no es tal. Seguimos sin poder explicar qué personas de carne y hueso son los titulares de los bienes y derechos de una fundación. Esto es incompatible con afirmar que "*el sujeto lógico (el verdadero sujeto) de las normas sólo pueda ser un individuo de carne y hueso".* Porque el

patrono de una fundación puede ser sujeto lógico de la norma, "*destinatario de las prescripciones normativas, y el autor del comportamiento jurídicamente regulado*" pero no le podemos imputar – ni a él ni a nadie – la titularidad de los bienes y derechos que pertenecen a la persona jurídica.

Los analíticos prescinden, innecesariamente, de conceptos como el de patrimonio y el de 'actuación con efectos sobre un patrimonio', y el de efectos personales de un contrato asociativo que permiten dar cuenta de forma más precisa del funcionamiento del 'mecanismo de imputación' que es la personalidad jurídica sin necesidad de 'recorrer' el camino completo desde la norma o relación jurídica del Derecho común hasta un ser humano. Y es que la tarea que asignan los analíticos a los que aplican el Derecho no es hacedera si se prescinde de tales conceptos intermedios porque, en la mayoría de las relaciones o de las normas aplicables, la imputación final de los efectos de la norma o la relación jurídica a seres humanos determinados no se produce nunca y, en muchos otros casos, la forma en que los efectos de la norma o la relación se imputan definitivamente a seres humanos concretos a través del derecho de la persona jurídica tienen poco o nada que ver con los efectos directos de la relación o la norma.

V., para lo que sigue, Carlos S. Nino, Introducción al Análisis del Derecho, 2ª ed, Buenos Aires, 2003, pp 225 ss pp 234-235 o Paz-Ares, Atributos, p 529

Para explicarme, utilizaré el famoso ejemplo de Nino. Dicen los analíticos que la afirmación según la cual 'la marca ACME pertenece a la sociedad anónima X' puede traducirse en una mucho más compleja: los socios A, B y C comparten la titularidad de un derecho especial de marca, derecho que se caracteriza porque, a diferencia de la marca BAL, cuyo titular es el ser humano H o el ser humano M, o a diferencia de la marca MAL, de la que son copropietarios H y M,

(i) A, B y C no pueden utilizar la marca ACME para sus negocios individuales, sino sólo para la finalidad concertada en el contrato de sociedad anónima que han celebrado;

(ii) las decisiones de uso las toman los representantes (administradores de la sociedad anónima) que designen por mayoría A, B y C calculada en función de la proporción del capital social que ostente cada uno de ellos en el momento en el que se tome la decisión;

(iii) A, B y C no pueden disponer de la marca ACME si no es conjuntamente y de acuerdo con las reglas sociales sobre representación del grupo, esto es, a través del administrador (que deberá o no seguir sus instrucciones en función del Derecho nacional de sociedades anónimas que sea aplicable);

(iv) Los acreedores de A, B y C en cuanto grupo (esto es, de las deudas contraídas por el administrador de la sociedad anónima actuando en nombre y por cuenta de ésta deberán responder preferentemente los bienes y derechos aportados por A, B y C al

constituir la sociedad anónima más los que haya adquirido el administrador por cuenta de la sociedad anónima desde su constitución) son preferentes para cobrarse sus deudas ejecutando la marca con preferencia a los acreedores particulares de los socios que habrán de ejecutar la propia cuota o participación social (esto es, las acciones titularidad de A, B y C);

(v) de las obligaciones que puedan derivarse de su uso responden limitadamente con la parte que les corresponde en el patrimonio social…

Y así sucesivamente hasta agotar la aplicación al derecho de marca de todas las normas legales y contractuales que rigen la sociedad anónima. Atribuir personalidad jurídica a la sociedad anónima – dijo Nino - permite ahorrar este complejo proceso de traducción, y en este sentido facilita nuestro trabajo. Ahora bien, el uso sólo será inocuo a condición de que nunca olvidemos que la imputación que se hace metafóricamente a la persona jurídica, se descompone o distribuye realmente entre sus miembros de conformidad con sus normas internas. Los miembros de la persona jurídica no dejan de ser titulares de los bienes que forman el patrimonio separado, pero lo son indirectamente y su estatuto respecto de ese patrimonio viene determinado por las normas del Derecho de Sociedades. Es cierto que en muchos casos no será necesario llevar el análisis hasta el final, pero en otros - los casos difíciles de levantamiento del velo- solamente conociendo cómo se produce la imputación final será posible aplicar debidamente la norma o resolver razonablemente el problema jurídico de que se trate.

En realidad, la cosa es mucho más compleja y variada de lo que creía Nino. Porque el administrador de la sociedad anónima puede vender la marca sin, ni siquiera, contárselo a los socios y puede destinar los fondos a adquirir cualquier otro bien. Y, en el caso de personas jurídicas fundacionales, ni siquiera hay seres humanos que ostenten derechos (que puedan ser "centros de imputación" definitiva) de los efectos de aplicar las normas jurídicas correspondientes. De modo que no se ve por qué no debemos recurrir a conceptos como el de patrimonio o el de actuación con efectos sobre un patrimonio o el de contratos asociativos si, a través de ellos, podemos explicar eficazmente cómo funciona el 'mecanismo de imputación' de efectos patrimoniales que es la persona jurídica – en eso se puede estar de acuerdo con los analíticos porque imputación es un sinónimo de capacidad jurídica – y no necesitamos a cambio – en eso no se puede estar de acuerdo con los analíticos – conectar los efectos de la conducta de los administradores de la persona jurídica con sujetos definitivos de imputación que serían, en exclusiva, los seres humanos.

Dicho en otras palabras, los efectos de las relaciones patrimoniales se agotan por lo general una vez que se proyectan sobre un determinado patrimonio al que pertenecen los bienes o derechos, los créditos o las deudas que se adquieren, enajenan o contraen por los individuos que representan en el tráfico a ese patrimonio. El derecho de marca se extingue si el administrador de la persona jurídica

omite las conductas necesarias para evitar su caducidad (art. 54 LM); el derecho de marca, por seguir con el ejemplo, se 'agota' – ahora en sentido técnico del art. 36 LM - una vez que el administrador autoriza la puesta en circulación de un bien marcado; la persona jurídica deja de ostentar la propiedad de la marca si el administrador la cede (art. 47 LM). Todo esto ocurre sin la intervención o incluso conocimiento de los accionistas de la sociedad anónima propietaria de la marca. Y los efectos de las relaciones patrimoniales correspondientes se agotan en el patrimonio personificado, de modo que no se aprecia la utilidad de considerar que esa imputación es sólo provisional.

En términos epistemológicos, las doctrinas analíticas son reduccionistas en exceso. Como dice Deutsch, podemos explicar la estatua de Churchill frente al Parlamento británico en términos de átomos de cobre en la punta de la nariz del estadista inglés, pero no sería una explicación adecuada de la estatua y de su erección ante dicho edificio. No se puede construir una 'buena explicación' de lo que es la estatua a partir de los átomos de cobre, porque la estatua no es un 'fenómeno emergente' de la combinación e interacción de dichos átomos. Una explicación adecuada requeriría hablar de la Segunda Guerra Mundial y del papel protagonista de Churchill en ella. Del mismo modo, no podemos predecir la conducta humana a partir del estudio del funcionamiento de las neuronas y de los genes porque no podemos predecir cómo se comportará un sistema macroscópico a partir de los elementos que lo forman. Y del mismo modo, también, una 'mejor explicación' en el sentido de Deutsch de la persona jurídica es la que la describe como un patrimonio dotado de agencia y no como un mecanismo de presentación de normas o de imputación provisional de normas.

> David Deutsch, The Beginning of Infinity, 2011 p 109-110, citando un libro suyo anterior (The Fabric of Reality). Una explicación clara y breve del significado de las propiedades emergentes en los sistemas complejos se encuentra en Paul Humphreys, Out of nowhere. Does everything in the world boil down to basic units – or can emergence explain how distinctive new things arise?, Aeon, agosto 2018. V., también, George Ellis, From Chaos to Free Will, AEON, junio 2020: la influencia de las estructuras más complejas sobre las más básicas hace incorrecto el reduccionismo. Sobre la base de estas reflexiones se explica, en los tiempos modernos, el libre albedrío de los 'sistemas macroscópicos' a partir de posiciones deterministas en los elementos básicos (v., Carlo Rovelli, Free Will, Determinism, Quantum Theory and Statistical Fluctuations: A Physicist's Take, resumido aquí; v., también, David Orrell, A softer economics, Aeon, 2022. V., también, Kyle Honegger and Benjamin de Bivort, *Stochasticity, individuality and behavior*, Current Biology 28, R1–R16, January 8, 2018, resumido aquí.

Es también un excesivo nivel de abstracción el que permite a las teorías analíticas despachar sin resolver el problema de las personas jurídicas fundacionales. Para posiciones analíticas como la de Ihering, en realidad, se trata siempre de 'entes colectivos' aunque en las fundaciones no hay una base personal. Y un fenómeno así no puede sino calificarse de patrimonio según se ha explicado en los apartados anteriores. Al contrario, la existencia de personas jurídicas fundacionales debería iluminar a los analíticos para examinar correctamente el papel del contrato asociativo

que está en la base de las personas jurídicas societarias. Una sociedad con personalidad jurídica (o una asociación) es una institución jurídica formada por dos piezas: un contrato asociativo que regula las relaciones entre individuos para perseguir un fin en común y un patrimonio destinado a ese fin común. La personalidad jurídica no absorbe estas dos piezas. Sólo la segunda cuando, a través de la primera, los individuos deciden dotar de capacidad de obrar al patrimonio que han formado para, de esa forma y por semejanza con el patrimonio de cada ser humano, conseguir mejor el fin que los llevó a asociarse. Las doctrinas analíticas confunden los dos elementos de las personas jurídicas societarias con lo que ocultan su esencia.

H.L.A Hart o el insuficiente reduccionismo

> "Definición y Teoría en la Ciencia Jurídica" en H. L. A. Hart, Derecho y moral. Contribuciones a su análisis. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, 1962, p 116 ss.). V., un análisis más extenso en Jesús Alfaro, Hart, la personalidad jurídica y el reduccionismo, Almacén de Derecho, 2022

Hart sostiene, básicamente, que es un esfuerzo inútil tratar de determinar la esencia de la personalidad jurídica y que debemos extender intuitivamente – con cuidado –a las personas jurídicas las reglas aplicables a los individuos. Reconoce que el Derecho y las normas "*atribuyen derechos subjetivos y deberes a corporaciones como la Universidad de Oxford, al Estado, a ídolos, a la herencia yacente y también a una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada* – Smith y Cía SL - *constituida para evadir impuestos*" y que lo hacen "*en circunstancias y con consecuencias parcialmente semejantes y parcialmente distintas de aquellas en las cuales esos derechos son atribuidos al Sr. Smith…* ¿En qué sentido decimos lo mismo cuando decimos que "*Smith le debe 10 $ a White*" donde "*tenemos por un lado al hombre Smith y por el otro al hombre Smith*" y cuando decimos que "*Smith y Cía SL debe $ 10 a White*" "*¿qué 'entidad' se corresponde con Smith y Cía SL, en semejante forma a como el hombre Smith se corresponde con el nombre Smith? ¿Qué es Smith y Cía SL?*

El problema con la tesis de Hart es que no nos proporciona criterios para determinar cuándo deben extenderse a las personas jurídicas las reglas que aplicamos a los individuos y cuándo no. Para refutar a Hart basta sustituir persona colectiva o Smith y Cía por 'patrimonio' y se comprobará que su propuesta para que extendamos las reglas aplicables a los individuos a las 'personas colectivas' salvo que algo no nos cuadre, no es de recibo. En efecto, si sustituimos persona por patrimonio en el texto transcrito, el misterio desaparece y las expresiones 'Smith debe 10 a White' y 'Smith y Cía SL debe 10 a White' devienen expresiones homogéneas (se pueden aplicar las mismas reglas a una y otra deuda) porque el Sr. 'Smith' y 'Smith y Cía SL' comparten la cualidad de ser/tener un patrimonio y a los patrimonios se les puede imputar créditos y deudas. Por lo que el enunciado tiene el mismo significado tanto si el deudor es una mujer o un hombre como si el deudor es una persona jurídica. ¿Por qué sabemos que al enunciado 'Smith y Cía SL debe 10 $ a White' y al enunciado 'El Sr. Smith debe 10 $ al Sr. White' se le aplican las mismas consecuencias jurídicas? Porque,

previamente hemos descubierto que, a los efectos de aplicar las normas sobre el pago o cumplimiento de las obligaciones de entregar una cantidad de dinero, es irrelevante que el patrimonio 'deudor' y el patrimonio 'acreedor' sean patrimonios individuales o sean patrimonios cuya titularidad atribuimos a una persona jurídica.

Si ahora cambiamos el enunciado y decimos 'Smith y Cía SL se ha prometido en matrimonio con el Sr. White' o 'La Sra. Smith se ha prometido en matrimonio con el Sr. White', se descubre inmediatamente – intuitivamente – que el predicado del segundo enunciado no es extensible al primero porque, aunque ambos siguen siendo patrimonios, para contraer matrimonio la cualidad que se requiere no es la de tener capacidad patrimonial sino tener la condición de ser humano. Y podemos descartar que Smith y Cía SL sea un ser humano.

En definitiva y contra lo que cree Hart, sin saber 'qué es' Smith y Cía SL', (o al menos, qué no es) y qué tiene en común y en qué se diferencia del Sr. Smith no podemos determinar si el enunciado aplicable al Sr. Smith se aplica igualmente a Smith y Cía SL. De modo que Hart critica adecuadamente, como se ha hecho aquí, el exceso de reduccionismo de las doctrinas analíticas de la persona jurídica, pero es insuficientemente reduccionista en cuanto que se queda en la comparación analógica de los individuos y las sociedades o corporaciones sin tratar de descifrar qué es lo que individuos y sociedades o corporaciones tienen en común que permite extender las reglas dictadas para los individuos a las personas jurídicas. Y para eso, el concepto de patrimonio es adecuado e insustituible.

Las personas jurídicas como personas colectivas

"Eton… is not six hundred boys, nor a collection of ancient buildings"

Harold Laski

La invención de la personalidad jurídica permitió que la concepción individualista absorbiera toda forma de comunidad o sociedad humana… El homo juridicus… trata así lo plural como singular, el nosotros, como un yo

Sapiot

La crítica de Gierke a los canonistas y a la Escuela del Derecho Natural

Para la exposición que sigue de las concepciones de Gierke he utilizado sus Teorías Políticas de la Edad Media, que contiene la Introducción de Maitland; Otto von Gierke, Sulla Storia del Principio di Maggioranza, Milán 2021, con estudio preliminar de Giuliana Stella; Otto von Gierke, Natural Law and the Theory of Society, 1500 to 1800, with a Lecture on The Ideas of Natural Law and Humanity by Ernst Troeltsch, translated with an Introduction by Ernest Barker, volume I, Cambridge 1934; el libro de George Heiman, *Associations,* que contiene trabajos de Gierke sobre las asociaciones en el derecho antiguo y medieval y John D. Lewis,

The Genossenschaft Theory of Otto von Gierke, Madison, 1935 que contiene una traducción al inglés de la lección inaugural como rector de la Universidad de Berlin de 1902 sobre la esencia de las asociaciones humanas, Das Wesen der menschlichen Verbände, en pp 139 ss. Ron Harris, The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business, 2006; Frederick Pollock, Frederic W. Maitland, The History of English Law Before the Time of Edward I, volume I, 1898, reimpresión de la 2ª edición, 2010 pp 512 ss.

Gierke critica las dos concepciones dominantes en su época respecto de la personalidad jurídica: la canónica de la persona ficta (que llega hasta Savigny como se ha visto) y la iusnaturalista. Según ésta – formulada en los siglos XVI y XVIII - la persona moral es una agregación de individuos, un 'derivado' de la celebración de contratos entre individuos.

Gierke dirige tres críticas a las doctrinas citadas. Una, que están basadas en la consideración de los individuos como la base de la Sociedad que Gierke considera que son los grupos. Otra, que, concebir los grupos humanos como 'agregados' de individuos vinculados entre sí por lazos jurídicos, esto es, por contratos es adecuado para las formas contractuales de cooperación entre individuos – la *societas* y las sociedades de personas en general – pero no hace justicia a las corporaciones, esto es, a los grupos organizados espontáneamente para lograr las metas políticas, económicas y sociales de las colectividades humanas. Remata esta crítica señalando que las doctrinas individualistas-contractualistas no pueden explicar cómo se pasa del contrato al sujeto de derecho. La tercera es que las doctrinas contractual-individualistas no pueden explicar la estructura interna de los sujetos de derecho que no son individuos.

De alguna de estas críticas ya me he ocupado al explicar la posición de Savigny y Maitland al respecto. De otras me ocuparé en la Parte Especial. Para un análisis más detallado, v., Jesús Alfaro, La crítica de Gierke a los canonistas y a la Escuela del Derecho Natural, Derecho Mercantil, 2022.

La concepción 'orgánica' de las personas jurídicas

La concepción orgánica de Gierke se funda en unos presupuestos muy 'duros' sobre la estructura de las sociedades humanas. Según Gierke, (i) el ser humano es 'ultrasocial'; (ii) los humanos se relacionan entre sí formando grupos previos al Derecho; (iii) el Derecho regula las relaciones sociales incluidas las que tienen lugar en el seno de esos grupos que están 'organizados' esto es, 'separados' del resto de la Sociedad, que son en cierta medida autónomos, y que sus miembros actúan en el tráfico jurídico colectivamente; (iv) el punto de partida del análisis de las personas jurídicas no puede ser el individuo sino la comunidad. El status jurídico del individuo viene determinado por su pertenencia a un grupo. La "l*a historia no comenzó con los derechos individuales de las personas, sino… comunitarios…El individuo derivaba su capacidad jurídica… del hecho de pertenecer al grupo… A los extranjeros y a los*

esclavos se les negaban los derechos, ya que eran ajenos a la comunidad... La propiedad de la comunidad era al menos tan antigua como la propiedad individual..."

Heiman, *Associations,* pp 33-34.

Sobre esta base, Gierke explica que "*las asociaciones humanas…* (son)… *organismos sociales... seres vivos autónomos*", que existen realmente más allá de los individuos que forman parte de ella y, por tanto, que deben ser consideradas por el Derecho como "*personas de orden superior*". No otra cosa puede deducirse del reconocimiento indiscutido de la personalidad jurídica de las corporaciones. Y reconocer la personalidad jurídica de las corporaciones significa que, "*como los individuos, son sujetos de derechos y obligaciones*"; no "*sombras fantasmales*" sino "*criaturas vivas*" de modo que, cuando el Derecho les reconoce personalidad jurídica, no hace sino "*lo que corresponde a su verdadera naturaleza*".

Obsérvese la importancia que tiene para Gierke negar que las sociedades de personas tengan personalidad jurídica. Reconocerles personalidad jurídica significa tanto como degradar a las corporaciones. Gierke recurre a la distinción entre corporación y *comunidad en mano común.* Las corporaciones son mucho más que una agrupación de individuos que tienen 'en mano común' la propiedad de determinados bienes. La mano común permite la fusión "*de las esferas individuales de interés en una común*" pero es distinta de la titularidad de bienes de la que disfruta una corporación. Gierke acusa así a los iusnaturalistas de ver personas jurídicas por todas partes (personas morales); de 'estirar' "*la idea elástica de la persona moral*" e incluir entre las personas jurídicas incluso a la familia nuclear y "*a la simple copropiedad*". Ese es el precio de "*sacrificar una concepción verdadera de personalidad del grupo*" como algo diferente de los individuos que lo componen.

El argumento de Gierke es falaz. Que se les reconozca personalidad jurídica no significa que su régimen jurídico sea idéntico al de los seres humanos individuales. Pero no para Gierke para quien "*significa que, al igual que el individuo, debe ser una unidad viva físico-espiritual que tiene una voluntad y puede traducir su voluntad en acción*"; un organismo vivo que, en lugar de tener una 'estructura interna' de carácter biológico, la tiene de carácter jurídico: "*el Derecho ordena y domina la estructura interna y la vida de la asociación… A diferencia del individuo,* (es)… *una estructura viva en la que es posible regular la totalidad a sus partes…* ".

Recuérdese lo que se dijo más arriba citando a Ullmann sobre el Derecho como *anima totius corporis popularis.* Además, el ingreso de un individuo en una asociación implica para Gierke que el individuo transfiere parte de sí mismo a "*una unidad vital supraindividual*". De ahí el carácter de personas compuestas. Heiman, *Associations,* p 37: "*la persona tiene la opción de transferir parte de su voluntad a un grupo de personas y crear así una nueva personalidad distinta e independiente en forma de asociación, corporación o comunidad. Al hacerlo, la persona no delega, sino que realmente transfiere a la personalidad-grupo derechos tales como la representación y la administración, y transforma parte de su esencia individual en la voluntad de una nueva persona comunitaria. Esta nueva creación... está dotada de derechos y deberes propios*"; Heiman, *Associations,* p 15, p 16 p 20: "*Sin embargo, el individuo no se borra en este proceso, sino que sigue siendo una persona con derechos y capaz (rechtsfähig) a pesar de la transferencia. Así, la comunidad es una multiplicidad de personas. Pero también es... un cuerpo*

completamente integrado, un grupo mucho más íntimamente ligado que cualquier agregación basada en un mero contrato".

Consciente de que la comparación con los seres vivos conduce al disparate, Gierke recula: "*sólo estoy afirmando que reconocemos en el cuerpo social una unidad vital de un todo que procede de las partes singulares, una unidad que no se encuentra en ninguna otra parte excepto en los seres vivos",* lo que sin duda es una apelación a la ultrasocialidad. Acepta que los seres vivos no pueden servir de modelo y que, en realidad, se refiere a que la asociación "*unifica espiritualmente*" a sus miembros. Pero eso no le impide concluir que "*la totalidad social, como el organismo individual*", es una "*estructura viviente*" y terminar clasificando ambos como "*criaturas vivientes*". Es decir, usa la expresión "seres vivos" en sentido metafórico, pero dice que sin metáforas no es posible el progreso intelectual y que podemos 'percibir' a través de nuestros sentidos a las asociaciones y a las personas jurídicas, por ejemplo, cuando vemos a un regimiento desfilar o a una manifestación de obreros ser reprimida por la policía. Lo que hace nuestro cerebro es interpretar "*unos cuerpos en movimiento*" y deducir de lo que percibimos por nuestros sentidos que todos ellos forman un ser vivo unitario. En sentido contrario, la personalidad de un individuo nos resulta igualmente imperceptible para nuestros sentidos, que solo perciben los movimientos de su cuerpo.

Gierke parece referirse a lo que hoy llamaríamos 'propiedades emergentes' de los sistemas macroscópicos a los que me he referido más arriba. El todo es más que la suma de sus partes, pero naturalmente, lo hace en términos puramente literarios: "*La comunidad activa... no puede identificarse con la suma de sus partes activas; debe ser más bien un todo vivo y unido por encima de los individuos que lo forman... La inducción de la existencia de esa unidad es producto de la experiencia en la que los hechos son la historia cultural. Nuestros hallazgos en el estudio de la historia cultural nos permiten abstraer el concepto de la comunidad social concebida como un todo como un concepto científico básico en todo el campo de la ciencia social".* Y añade que lo percibimos personalmente así cuando comparamos nuestra experiencia como miembros de una asociación con las experiencias sociales que tenemos en la relación con otros fuera de la asociación. Experimentamos, no solo que somos seres vivos individuales, sino también "*que somos parte de un ser vivo superior*". V., supra las indicaciones en el apartado dedicado a Kelsen sobre los fenómenos emergentes. Sobre los orígenes de la conducta 'orientada a fines' parejos a la evolución de la vida sobre la tierra, v., Michael Levin, The Computational Boundary of a "Self": Developmental Bioelectricity Drives Multicellularity and Scale-Free Cognition, Frontiers in Psychology, 2019; Chris Fields & Michael Levin Somatic multicellularity as a satisficing solution to the prediction-error minimization problem, 2019 resumidos aquí. Y, en particular, aquí Y una versión más accesible en Sally Davies, What on earth is a xenobot?, Aeon, 2022 donde se explican las hipótesis según las cuales la selección natural actuaría, principalmente, sobre las células.

Estas pretensiones 'científicas' de Gierke son las que hacen menos convincente la comparación entre las asociaciones y los seres vivos como se verá en el siguiente apartado porque, naturalmente, en 1902, lo que sabíamos sobre lo que es la vida y lo que es un ser vivo y lo que es un individuo o lo que sabíamos sobre cómo interactúa un ser vivo con su entorno (predicción – percepción – reacción) era poco, de modo que el riesgo para los estudiosos del Derecho de caer en el irracionalismo era muy

elevado. Añádase el entorno nacionalista alemán y el resultado es que la concepción gierkiana de la personalidad jurídica difícilmente puede aceptarse como un análisis dogmático-jurídico exitoso.

V., una crítica semejante en Heiman, *Associations*, pp 7-8 "*los sentidos físicos sólo pueden reconocer a los seres humanos individuales y quien adscribe la vida al grupo lo dota de características trascendentales*" Heiman, *Associations*, p 8.

Una crítica jurídica a Gierke: los vínculos entre individuos que dan lugar a una 'comunidad' no son biológicos, son jurídicos.

Las personas –los individuos- tienen una finitud o límite que puede satisfacer nuestra inteligencia, y una infinitud o extensión que puede satisfacer nuestra fe. Tienen finitud o límite en el sentido de que, en todos y cada uno de los esquemas de orden social, cada una de ellas ocupa una posición definida, con su esfera definida de derechos y deberes, bajo el sistema jurídico que necesariamente regula sus relaciones externas entre sí... sub specie aeternitatis, cada una de ellas es "un alma viviente" (como nada más que la persona individual es o puede ser), con un resorte interno de vida espiritual que se eleva más allá de nuestro conocimiento y termina más allá de nuestro conocimiento. Si miramos a los grupos desde este punto de vista, no los llamaremos personas. Los llamaremos organizaciones de personas, o esquemas de relaciones personales… hechos por la mente del hombre… pero nunca como personas en sí, en el sentido en que los individuos son personas".

Ernest Barker

Para lo que sigue, además de los trabajos citados al principio de este apartado, v., Pascal Boyer, Minds make societies, 2018, pp 24-27, resumido aquí; David C. Queller & Joan E. Strassmann, Beyond society: the evolution of organismality, Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci. 2009, Nov 12;364(1533):3143-55; Richard E. Michod and Denis Roze, A Multi-level Selection Theory of Evolutionary Transitions in Individuality, sf; P. A. Ryan, S. T. Powers, and R. A. Watson Social niche construction and evolutionary transitions in individuality, Biol Philos. 2016; *31:59-79*. Los tres trabajos resumidos aquí.

La explicación de Gierke no convence porque traslada a las organizaciones sociales conceptos y categorías propias de los organismos biológicos. Si ya las doctrinas de la *persona ficta* o de la analogía con el individuo resultan discutibles por antropomorfizar a las personas jurídicas, calificarlas de organismos o seres 'vivos' por analogía es, simplemente, desbordar cualquier límite razonable al uso de ésta.

Los humanos tendemos a antropomorfizar ¡incluso a los otros humanos! Pascal Boyer ha explicado que los humanos consideramos a los demás con los que nos relacionamos como "*como personas integradas e íntegras, unitarias, es decir, los antropomorfizamos*". Cada ser humano separado físicamente de los demás es la unidad de referencia para cada ser humano físicamente separado de los demás. El individuo es también la unidad que 'quiere' y 'actúa' de forma coherente y que tiene preferencias. "*Por ejemplo, prefiere el café al té, de manera que sería extraño preguntar qué parte de ese individuo es el que tiene esas preferencias o si hay muchas subpartes del individuo que prefieren el café.* Y esto supone antropomorfizar porque,

biológicamente, "*docenas de sistemas autónomos*" están implicado en la preferencia de un individuo por el té sobre el café. Cuando un coche no arranca – dice Boyer - abrimos el capó y repasamos las piezas del motor en la esperanza de que examinando cada una de ellas podamos averiguar qué le pasa al coche. Así tendríamos que hacer con las conductas humanas que observamos. La aproximación correcta a la conducta humana es pensar en términos de diseño, esto es, en términos de componentes y de relaciones entre los componentes y no en términos de voluntad, creencias o intenciones unitarias que determinan la conducta. Nuestra conducta no está gobernada por un sistema unitario sino por muchos sistemas autónomos que procesan especializadamente la información disponible. El organismo es un compuesto de sistemas, módulos o elementos especializados que interactúan entre sí. Ahora bien, cuando interactuamos con otros individuos, "*entender a los demás como agentes unitarios con preferencias, objetivos, pensamientos y deseos es la base de todos los entendimientos y normas morales… es… la única manera de asignar la culpa y la responsabilidad*", de modo que consideramos al individuo como una unidad cognitiva con un gobierno unitario. Por ejemplo, dice Boyer, "*cuando vemos a un individuo andando en una dirección que, de repente, se para por unos instantes y se da la vuelta y empieza a correr en la dirección opuesta, deducimos irremediablemente que acaba de acordarse de algo que había olvidado previamente y que ahora quiere lograr ese previo objetivo*"

Pues bien, el problema con Gierke es que considerar a una corporación en las interacciones sociales como si fuera un individuo, esto es, como unidad cognitiva con un gobierno unitario, con voluntad, conductas y preferencias coherentes, supone equiparar la asociación de individuos con un organismo. Y esta equiparación requiere, según los biólogos, que la cooperación entre las unidades del nivel inferior se vuelva muy estrecha y el nivel de conflicto entre dichas unidades se mantenga lo suficientemente bajo como para que el resultado sea un individuo que evoluciona con arreglo a pautas propias, es decir, sobre el que actúe la selección natural.

> El organismo se entiende "*como algo más que un grupo de células que cooperan entre sí o un grupo de células que cooperan entre sí y que descienden de un ancestro común… un organismo tiene que tener funciones que mantengan su integridad y su individualidad*", de manera que, una vez "constituido", la selección natural pueda operar a ese nivel. Michod/Roze, A Multi-level Selection Theory.

La analogía, pues, entre la formación de organismos biológicos y sociales no es apropiada ni siquiera con los animales que viven en colonias como las hormigas, puesto que éstas no son, probablemente, individuos. La coordinación entre las unidades inferiores en el seno de un organismo – y en el seno de un hormiguero – se logra mediante señales químicas (bioeléctricas en el caso de las células) y los resultados de tal coordinación son propiedades emergentes del hormiguero, por ejemplo, que el hormiguero 'recuerde' cosas que las hormigas no recuerdan o que todo el grupo se mueva en la misma dirección simultáneamente como la reacción que maximiza la supervivencia del grupo.

V., Deborah M Gordon, An ant colony has memories that its individual members don't have, Aeon 2018; sobre el movimiento de los bancos de peces, Andreas Nieder, The Adaptive Value of Numerical Competence, Trends in Ecology & Evolution, July 2020, Vol. 35, No. 7; Ågren JA, Davies NG, Foster KR. Enforcement is central to the evolution of cooperation. Nat Ecol Evol. 2019 Jul;3(7):1018-1029. doi: 10.1038/s41559-019-0907-1. Epub 2019 Jun 28. PMID: 31239554, resumido aquí.

Un grupo humano no puede equipararse a un organismo vivo, simplemente, porque los organismos sociales no se reproducen y la selección natural no actúa sobre ellos. Los 'replicantes' en las relaciones sociales son los seres humanos individuales. De modo que, por muy estrecha que sea la cooperación entre los miembros de un grupo social, por muy intensa que sea la represión del egoísmo de los individuos que lo forman, éstos – especialmente en los mamíferos – nunca se comportarán como unidades inferiores que componen un organismo considerado como unidad de orden superior.

V., sobre la selección natural en grupos, por todos, Steven Pinker, The False Allure of Group Selection, EDGE, 2012, resumido y comentado aquí.

En este sentido, la aproximación conceptual de la Escuela del Derecho Natural y de los canonistas resulta mucho más aceptable. La analogía entre las personas jurídicas y los individuos puede sostenerse fácilmente si, como aquí se ha hecho, nos fijamos en la atribución de capacidad jurídica patrimonial (imputación de derechos y obligaciones patrimoniales) y de capacidad de obrar (relacionarse con individuos o con otras personas jurídicas). Porque esos atributos de los individuos están presentes también en las organizaciones que calificamos como personas jurídicas. Pero roza el delirio considerar análogos los 'lazos' que unen a los individuos en una asociación con los 'lazos' que unen a los '*sistemas, módulos o elementos especializados que interactúan entre sí*' en el seno de un organismo biológico. Estos son bioquímicos, aquellos son sociales o jurídicos; estos surgen por selección natural (mutaciones por azar que se heredan y favorecen la reproducción del individuo) mientras que aquellos son producto de las interacciones sociales y jurídicas entre los que viven en un mismo territorio. Los lazos sociales son mucho más simples y mucho menos determinantes de la 'conducta' o de la 'voluntad' de la asociación que lo son los lazos que unen a los sistemas o módulos que forman un organismo individual.

Cuando Gierke atribuye al Derecho la función de regular la vida interna de las asociaciones – lo que no hace con el 'organismo' individual – está reconociendo que las asociaciones o comunidades son fenómenos sociales cuya estructura e interacciones entre los individuos – miembros viene determinada por el Derecho, no por la biología y la evolución y, por tanto, que el Derecho ha de poner en el centro al individuo y no al grupo.

Como dice Barker en la Introducción, p xxix, "*una cosa es decir de un grupo que tiene personalidad… y otra decir que el grupo es un organismo, que es un ente físico y que posee atributos físicos … Cuando (Gierke) escribe que existe una 'justificación científica para la*

suposición de una verdadera unidad corpórea y espiritual en los grupos humanos', ha dejado que el grupo-personalidad tome para sí la carne de un grupo-organismo, y ha olvidado su propia advertencia... y dejando de ser una analogía, se ha convertido en una identidad... el organismo es en sí mismo una analogía extraída del mecanismo; pues "órgano" significa una herramienta o instrumento, y cuando hablamos de "órganos" del cuerpo estamos utilizando una analogía de ingeniería. El "organismo social" es una analogía que se basa en una analogía

Si se puede aplicar a los grupos humanos el 'régimen jurídico' que aplicamos a los individuos hay que ser analítico y examinar en qué sentido las asociaciones y los individuos son semejantes. Y aquí, Gierke se equivoca en el mismo sentido que Savigny. Toda la cultura jurídica alemana confunde el concepto de personalidad jurídica con el de personalidad jurídica corporativa según se ha adelantado ya en estas páginas y, por esta razón, no puede explicar que se reconozca capacidad de obrar a las sociedades de personas que carecen de una estructura orgánica. Y este error es fatal porque impide reconocer el sentido de la atribución de personalidad jurídica a fenómenos diferentes de los seres humanos, es decir, impide reconocer que la personalidad jurídica es un fenómeno exclusivamente patrimonial como lo demuestra la evolución del Derecho francés – y el español – que representa la concepción más universalizable de la personalidad jurídica. Si no son individuos sino patrimonios, los problemas de delimitación de las normas aplicables a las personas jurídicas se simplifican radicalmente como espero demostrar en la parte especial.

La vigencia de Gierke

Lo que se acaba de exponer no significa que la concepción gierkeana deba destinarse al museo de los excesos del irracionalismo alemán. A mi juicio, su valor actual reside en que permite superar dos de las objeciones más serias que pueden dirigirse contra las doctrinas de la *persona ficta*.

Gierke pone el acento en la estructura interna de las corporaciones. Esta es una cuestión irrelevante para las doctrinas de la ficción porque la analogía con el ser humano no puede extenderse, obviamente, a la estructura interna, sólo a su consideración como centro de imputación de derechos y obligaciones. De manera que para las doctrinas de la ficción la persona jurídica es una 'caja negra'. Al decir que es un 'organismo vivo' con una estructura sostenida por el Derecho, es posible examinar las relaciones entre individuos en el seno de una persona jurídica; cómo se articulan; cómo se forma la 'voluntad' de la persona jurídica y cómo se designa a quien actúa por ella en el tráfico jurídico. Porque, es evidente, que lo que tiene el Derecho que decir sobre esas cuestiones en relación con un ser humano individual tiene poco que ver (la analogía nos conduce al error) con los que el Derecho debe decir respecto de la estructura y funcionamiento de una persona jurídica. Un acuerdo social no es un acto de voluntad de un individuo; las reglas sobre los vicios del consentimiento no se aplican a los acuerdos sociales; los miembros de una persona jurídica no pueden vincular al patrimonio social como puede hacer cualquier individuo con su patrimonio etc. Objeciones parecidas – no iguales – pueden dirigirse a las teorías analíticas que

no pueden explicar por qué se aplican unas normas y no otras a las relaciones entre los miembros de una persona jurídica. Además, la insistencia de Gierke en la 'asociación' lleva a la construcción del contrato de sociedad como *sui generis* entre los contratos: como el instrumento jurídico que permite a los particulares no intercambiar sino poner en marcha una organización. En este sentido, la aportación de Gierke al Derecho de Sociedades es de la mayor importancia y es mérito de Karsten Schmidt haberlo reconocido como se desarrollará en la Parte Especial.

Gierke tampoco tiene dificultades para superar la calificación de las corporaciones como 'criaturas del Estado' y la teoría de la concesión de la personalidad jurídica como un acto graciable del poder público. La concepción de Gierke encaja a las personas jurídicas en un Derecho Privado general fundado en el reconocimiento de la autonomía privada mucho mejor que la savigniana.

La persona jurídica como persona colectiva

> *"Son entidades dadas a la luz por la mente humana como resultado intelectual de reducir una pluralidad de seres humanos a unidad… El conjunto* (se transforma) *en una persona… distinta de las personas… de cada uno de sus miembros".*
>
> Francesco Galgano

V., para lo que sigue, Frederic William Maitland, Moral Personality and Legal Personality, in 3 The Collected Papers of Frederic William Maitland 304, 307 (H.A.L. Fisher ed., 1911). Un resumen de los trabajos de Maitland sobre estas materias, en Jesús Alfaro, Maitland, el trust y la corporación, Almacén de Derecho, 2018; v., también, Harold Laski, The Personality of Associations, 1901, resumido aquí; Joshua Getzler, Frederic William Maitland – Trust and Corporation, University of Queensland Law Journal, 2016 p 2015 ss ; Ron Harris, The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business, 2006, resumido aquí. Gregory A. Mark, Personification in Three Legal Cultures: The Case of the Conception of the Corporate Unit, 63 Wash. & Lee L. Rev. 1479 (2006); Peter Stein, Nineteenth Century English Company Law and Theories of Legal Personality, Quaderni Fiorentini 11/12,1983, I, p 503 ss. Cándido Paz-Ares, Comentario del Código Civil, Madrid 1991, tomo II, Madrid 1991, art. 1669; Jesús Alfaro, Personalidad jurídica y sociedad, Almacén de Derecho 2019; Pantaleón, ADC 1993, p 1 ss; Francesco Galgano, El concepto de persona jurídica, Revista Derecho del Estado 16(2004), p 13 ss.

La concepción de las personas jurídicas como grupos unificados o personas colectivas ha tenido éxito en el *common law* porque, en el Derecho inglés y luego en el norteamericano, los patrimonios no individuales se organizaban como *trusts,* en cuya construcción, el concepto de personalidad jurídica no aparece. Por eso, tampoco necesitaron los ingleses de la fundación. De modo que la idea de personalidad jurídica aparece tarde y se aplica exclusivamente en el ámbito de las *corporations,* lo que lleva a asociarla, no a la idea de patrimonio sino a la de sociedad, es decir, a la idea de grupo de individuos. El efecto de la personificación de los grupos no será ya separar un

patrimonio y dotarlo de capacidad de obrar, sino unificar al grupo. Maitland dirá que "*el grupo puede ser una persona: coordinada, equiparada al ser humano, a la persona natural*".

> Parece que fue John Austin el que introdujo el término "*legal person*" en inglés hacia 1831 como traducción de "*juristische Person*". Y en sus *Lectures*, afirma que las personas jurídicas sólo tienen derechos "*como una ficción y por razones de brevedad en el discurso*" ("*by a figment and for the sake of brevity of discourse*"). La influencia alemana se tradujo también en atribuir personalidad jurídica solo a las corporaciones, aunque Stein dice que reconocía que las *partnerships* y las *companies* – por oposición a las *joint-stock companies* – podían demandar y ser demandados y adquirir bienes, de manera que lo único que las distinguía era la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. En cuanto a la representación de la compañía, los tribunales ingleses comenzaron aplicaron la doctrina de la agencia (los administradores debían actuar *intra vires* (dentro del objeto social) y si actuaban más alla, la vinculación del patrimonio social requería la ratificación ya que se trataba de una actuación sin poder. La tendencia seguía siendo la de aplicar a las sociedades el derecho de la representación voluntaria y las normas sobre trusts. En una sentencia de los lores de 1872 se lee, sin embargo, que "*the directors are mere trustees or agents of the Company*", no de los socios, por tanto, aunque la adquisición de acciones de otra compañía por parte de su administrador era ilegal por ultra vires, las acciones adquiridas con el dinero de la compañía eran de la compañía.

Antes de Maitland, sin embargo, predominó en Inglaterra la teoría de la ficción de Savigny. Pero cuando Maitland revisó el Manual de Historia del Derecho Inglés de Pollock, introdujo, aligeradas, las tesis de Gierke. En la primera edición se recogía la concepción romanista que distinguía entre copropiedad y personalidad jurídica siguiendo a Bracton.

> Maitland-Pollock, History of English Law en 1898. Así, se afirmaba la distinción entre "*un grupo de hombres que actúan conjuntamente y un grupo de hombres que formen un cuerpo*"; entre lo que pertenece a los "*corporators*" y lo que pertenece a la *corporation*. "*Cuando quinientos o cien hombres dicen: 'Esta tierra nos pertenece, nos pertenece tomados todos juntos', no debemos atribuirles de inmediato… la condición de corporación. Esto lo lograrán cuando puedan decir: 'Nos pertenece, pero no nos pertenece como conjunto de individuos'- Hasta que no se comprenda esta mitad negativa de la doctrina, no hay nada que nos atrevamos a llamar corporación*".

Maitland suprimió el párafo correspondiente en la segunda edición y escribió "*para fines más o menos numerosos un grupo organizado de hombres es tratado como una unidad que tiene derechos y deberes distintos de los derechos y deberes de todos o cualquiera de sus miembros... la corporación, por ejemplo, puede ser propietaria de un terreno y su terreno no será propiedad de la suma de los miembros; y, por otro lado, si todos los miembros son copropietarios de una cosa, entonces esa cosa no es propiedad de la corporación... la unidad corporativa se ha convertido en un sujeto de derechos y deberes... el sujeto... no es una ficción, sino el grupo organizado de hombres... tratado como una unidad pura... un contrato entre una corporación municipal y una sociedad anónima no es una relación entre dos ficciones; es una relación entre dos grupos, pero entre dos grupos cada uno de los cuales está organizado de tal manera que a los efectos*

del asunto en cuestión, y a muchos otros efectos, puede ser tratado como una unidad idivisible y comparado con un hombre" las organizaciones sociales difieren, y también se parecen, a las que estudia la Biología; y esto apenas debería necesitar pruebas.

History of English law, p 514-515.

Una concepción, en alguna medida semejante, puede considerarse también dominante en España en cuanto se considera que una sociedad tiene personalidad jurídica cuando los socios tienen la voluntad de formar un patrimonio separado del individual de cada uno de los socios y de actuar unificadamente en el tráfico.

Esta doctrina es, a mi juicio, incompleta (*infra a*), innecesaria (*infra b*) y errónea (*infra c*). Incompleta porque, no da cuenta de la personalidad jurídica de las fundaciones. Innecesaria porque hay grupos de individuos que actúan unificadamente sin que el Derecho les reconozca personalidad jurídica y errónea porque equivoca el sentido del reconocimiento de personalidad jurídica por el Derecho. El Derecho reconoce personalidad jurídica cuando uno o varios individuos desean destinar un patrimonio a un fin común actuando en el tráfico patrimonial, no cuando varios individuos desean actuar como si fueran uno solo.

a) Parece evidente que si las personas jurídicas fueran personas colectivas sería difícil explicar por qué lo son las fundaciones, que carecen de miembros. El significado de la expresión 'persona jurídica' debe ser el mismo si va referido a una asociación que si va referido a una fundación.

b) Hay sociedades sin personalidad jurídica. Los socios pueden actuar unificadamente designando a un representante sin formar un patrimonio separado del individual de cada uno, es decir, sin constituir una persona jurídica. Las normas aplicables serían entonces las del mandato. Es más, la propia constitución de la sociedad interna puede incluir el otorgamiento expreso o tácito de un mandato a favor de un socio o recíproco entre éstos.

c) El Derecho no inventó la personalidad jurídica para unificar a los grupos sino para destinar patrimonios a fines supraindividuales. En sentido contrario, la idea de la personalidad jurídica no nace asociada al contrato de sociedad como lo demuestran dos hechos: que no se elaborara en el *common law* (si sociedad y personalidad jurídica estuvieran intrínsecamente unidas, también el *common law* habría formulado la categoría) y que sólo en el siglo XIX se planteara la cuestión de la personalidad jurídica de las sociedades de personas.

La persona jurídica como sujeto colectivo: exposición y crítica

Expuestas las objeciones, examinaré en detalle la tesis de la personalidad jurídica como sujeto colectivo tal como se ha formulado entre nosotros. El punto de partida

es el art. 1669 I CC que establece cuándo un contrato de sociedad da lugar a una persona jurídica. Dice el precepto que no hay persona jurídica cuando varias personas celebren un contrato de sociedad, pero cada uno de los socios "*contrate en su propio nombre con los terceros*" que debe entenderse, a mi juicio, en el sentido de que cada socio actúe en el tráfico como titular de su patrimonio. Es decir, celebrando contratos, adquiriendo o enajenando bienes, contrayendo deudas o créditos para su patrimonio individual. Esta forma de explicarlo es preferible, a mi juicio, a la de decir que hay personalidad jurídica si los socios tienen voluntad de 'actuar unificadamente' en el tráfico que es la tesis que ha desarrollado Paz-Ares.

Dice Paz-Ares: "*La sociedad interna es la sociedad que se estructura como vínculo; la sociedad externa es la sociedad que se estructura como organización. La primera es una mera relación obligatoria; la segunda es un sujeto de derecho*". Y añade: "*la diferencia entre una y otra clase de sociedad sólo se advierte… considerando si la sociedad se ha configurado como grupo unificado que, como tal, es portador de relaciones jurídicas o si se ha configurado como una simple relación obligatoria entre los socios*". Obsérvese cómo en Paz-Ares, el 'sujeto' y ¡portador! de las relaciones jurídicas es – no el patrimonio sino – 'el grupo', un grupo 'unificado'.

Para determinar si estamos ante una sociedad interna o externa, habrá que interpretar el contrato de sociedad y decidir cuál es la voluntad de los socios. Dice Paz-Ares que "*en principio… todas las sociedades son externas. Para que la sociedad sea meramente interna es preciso una voluntad negocial claramente establecida en esa dirección…* (como)… *cuando se prevé una cláusula de ocultación o una cláusula de representación indirecta* (o) … *cuando el fin buscado es reglamentar las relaciones entre los socios (v.gr.: sociedades de comunicación de resultados, sociedades de distribución de gastos, sociedades profesionales de medios, cárteles…)*. De modo que si persona jurídica es un grupo que actúa en el tráfico, habrá sociedad interna cuando los socios no quieran participar conjuntamente en el tráfico: "*Así sucede cuando los socios no prevén desarrollar una actividad externa… pero también puede ocurrir cuando, previéndose el desarrollo de actividad externa, los socios decidan no sujetarse en sus relaciones con terceros al derecho de sociedades. En tales supuestos, las relaciones externas no son relaciones unificadas del grupo sino relaciones disgregadas de los socios (de uno, de varios o de todos) que, como relaciones particulares o individuales se rigen por el derecho común*".

Según Paz-Ares, en la sociedad interna – sin personalidad jurídica – "*coinciden productor del acto* (el o los socios) *y destinatario de los efectos* (el o los socios), "*coinciden deuda* (es una deuda del o de los socios) "*y responsabilidad*" (responden los bienes del o de los socios); "*en el lado activo hay comunidad de derechos* (habrá copropiedad de los socios o mancomunidad de acreedores), *en el lado pasivo hay… obligación colectiva* (los socios serán deudores solidarios o mancomunados). Pero si los socios no dicen nada y se deduce de sus actos que tienen intención de "*participar conjuntamente en el tráfico*" – sociedad externa – su agrupación adquiere «*relieve*

real»: "Las relaciones externas son relaciones unificadas del grupo y, por ello, se gobiernan por un derecho especial. Ahora ya "*no coincide deuda y responsabilidad"* (la deuda es de la persona jurídica, de la sociedad, no de los socios; los bienes que responden de las deudas no son los de los socios, sino los de la persona jurídica) "*hay patrimonio separado en el que se insertan unitariamente el lado activo – los derechos – y el lado pasivo – las obligaciones –".*

La discrepancia entre la concepción de Paz-Ares y la que vengo exponiendo en estas páginas es reducida. Se concentra en que, en la suya, la personalidad jurídica nace de la organización del grupo de socios para tener relaciones con terceros como grupo unificado. En la tesis patrimonialista que se sigue en estas páginas, la unificación del grupo – si existe – es siempre producto de un contrato celebrado entre los individuos que forman el grupo. La personificación jurídica es producto de las aportaciones de los socios, de la formación de un patrimonio que se pone al servicio del fin común y al que los socios dotan de capacidad de obrar. Pero la unificación de los socios como grupo no deriva de la personificación. Deriva del contrato de sociedad.

Esto significa que puede haber unificación del grupo en una sociedad interna – sin patrimonio – si los socios lo han decidido así. O, dicho de otra forma, la voluntad de los socios de constituir una persona jurídica es la formar un patrimonio con sus aportaciones, patrimonio que se insertará en el tráfico como si fuera un patrimonio individual y sobre el que los órganos sociales adoptarán las decisiones. Más allá de esa unificación derivada de la formación del patrimonio y referida al patrimonio, es el contrato de sociedad - interna o externa - el que puede tener como efecto que varias personas actúen en el tráfico conjuntamente autorizando a los órganos sociales ha actuar en nombre y por cuenta del grupo.

> Paz-Ares sostiene, por el contrario, que "*El primer aspecto… producción de actos… se logra mediante la técnica… del expendere nomen. El segundo… relativo al régimen de imputación de efectos (de consecuencias jurídicas), se consigue especializando el tratamiento de los derechos y obligaciones del grupo respecto de los derechos y obligaciones individuales de los socios, lo que determina la ruptura de la coincidencia o correspondencia entre productor del acto y destinatario de los efectos, entre deuda y responsabilidad, entre poder y titularidad (el socio no puede disponer de su cuota; el socio no puede reclamar el cumplimiento, pro parte, de un crédito social; el socio no puede evitar su responsabilidad ofreciendo el pago parcial de una obligación social; el socio no puede vincular con sus actividades individuales el patrimonio social".*

Para entender el significado que creo debe darse al art. 1669 CC, puede recurrirse a las sociedades de medios. Supongamos con Paz-Ares que varios notarios de una ciudad se asocian para compartir gastos y mejorar sus instalaciones. Se trata de un contrato de sociedad, pero no nace una persona jurídica porque – según Paz-Ares - la voluntad de los notarios no es actuar conjuntamente en el tráfico y, según la tesis aquí expuesta, porque los notarios actúan en el tráfico con efectos sobre su propio patrimonio, no sobre ningún patrimonio común y separado de aquél. Lo que los notarios 'quieren' cuando constituyen una sociedad de medios es que sean sus patrimonios individuales los que adquieran bienes o derechos, los que generen

créditos y los que contraigan deudas. El contrato de sociedad con los otros notarios lo han celebrado para regular las relaciones entre ellos (entre un notario y otro) como resultado de la persecución del objetivo común que les llevó a celebrar el contrato (reducir los costes de mejorar sus instalaciones) e incluye, probablemente, mandatos recíprocos para actuar en el tráfico como si fueran uno, esto es, por cuenta propia y por cuenta de los otros notarios en ámbitos determinados (p. ej., uno de los notarios se encarga de las relaciones con el propietario del inmueble que han arrendado). Esas relaciones y la actuación correspondiente en el tráfico por parte de los notarios individual o colectivamente pueden generar comunidades de bienes (si adquieren un bien para usarlo todos ellos) o posiciones colectivas en contratos (si contratan a un vigilante jurado para la notaría) o deudas colectivas (si piden un préstamo para reformar el local donde tienen las notarías) pero no un patrimonio distinto del patrimonio individual de cada uno de ellos.

Espero que con este ejemplo se comprenda claramente que la personificación es consecuencia de la formación de un patrimonio con las aportaciones de los socios; que la actuación del administrador de ese patrimonio en el tráfico produzca efectos sobre todos los socios es consecuencia de que todos los socios son titulares del patrimonio. El patrimonio personificado se interpone entre los terceros y los socios. No actúan los socios. Actúa el administrador del patrimonio personificado. Cuando los socios quieren actuar conjuntamente en el tráfico, como si fueran uno, lo que han de hacer es apoderarse recíprocamente o designar un representante común que, lo será de cada uno de los individuos y sus patrimonios.

En términos dogmáticos, la actuación unificada en el tráfico de un grupo de individuos se puede lograr a través de dos instituciones jurídicas: la representación y la personificación jurídica. La personificación sólo es necesaria cuando esa actuación unificada se refleja en la formación y aplicación de un patrimonio común a los fines comunes de los individuos que forman el grupo que actúa unificadamente. De esto se deducen tres consecuencias.

La primera es que la unificación que se logra a través de la personificación jurídica es indirecta, mientras que la que se logra a través de la representación es directa. El administrador de una persona jurídica actúa por cuenta y con efectos sobre el patrimonio personificado, no directamente sobre los patrimonios de los socios. El representante – el socio de una sociedad apoderado por los demás – actúa por cuenta y con efectos sobre los patrimonios de los socios representados.

La segunda es que, simétricamente, puede haber actuación unificada en el tráfico de un grupo de individuos y no existir personificación. El contrato de sociedad – interna – es idóneo para facilitar dicha unificación. Por tanto, no basta para afirmar que estamos ante una persona jurídica con examinar si hay actuación unificada en el tráfico de un grupo de individuos. Es necesario comprobar que la unificación resulta de la formación de un patrimonio al que se ha dotado de capacidad de obrar.

Un grupo de individuos pueden actuar conjuntamente nombrando un representante común, dándole un mandato (apoderamiento) colectivo**,** sin formar un patrimonio separado y, por lo tanto, sin constituir una persona jurídica y esto es lo que ocurre, frecuentemente, cuando se celebra un contrato de sociedad interna. Así ocurre con la Unión Temporal de Empresas (UTE) y, con mayor naturalidad, en los grupos que se forman para avanzar alguna causa política, religiosa o social. La mera celebración del contrato de asociación y la designación de un 'líder' permite afirmar que el líder actúa en nombre de todos los individuos del grupo en lo que a los asuntos para los que se han asociado se refiere. Pero si no se ha formado un patrimonio separado, no hay personificación, de manera que el patrimonio al que se imputarán los derechos y obligaciones que contraiga el representante será, según los casos, el propio del representante o el de los miembros del grupo individualmente considerados.

La tercera es que representación y personificación jurídica son dos instituciones alternativas. La primera tiene como función la de expandir la capacidad de obrar de individuos dotados de ésta y puede producirse como consecuencia de la celebración de un contrato de sociedad. La segunda tiene como función social la de dotar de capacidad de obrar a patrimonios, esto es, a fenómenos que carecen de ella.

Parte especial

El Derecho de la Persona Jurídica y el Derecho de Sociedades

En principio, el Derecho de la persona jurídica se distingue del Derecho de Sociedades. El Derecho de sociedades es Derecho de Contratos: se ocupa de un tipo de contrato y todas sus normas deben poder insertarse sin fricciones en el Derecho de Obligaciones y Contratos por muy particular que sea el contrato de sociedad como contrato de fin común en comparación con los contratos sinalagmáticos. Por eso el fenómeno de la personalidad jurídica, que estudia los patrimonios personificados, no pertenece al Derecho de sociedades. Hay sociedades que no tienen personalidad jurídica y hay personas jurídicas que no surgen de la celebración de un contrato de sociedad. Genuinamente, el Derecho de la Persona Jurídica forma parte del Derecho de Cosas si distinguimos, dentro de éste, las normas que se aplican a los derechos reales (a los distintos tipos de 'señorío' o 'dominio' que los seres humanos tenemos sobre los bienes singularmente considerados) y, por otro, las normas que se aplican a los patrimonios.

Sucede sin embargo que, cuando tratamos de localizar las normas aplicables a los patrimonios personificados, no las encontramos en la parte del Código civil dedicada a las Cosas, sino a las personas y sucede también que el Código civil sólo les dedica

cinco artículos que apenas tienen contenido: los artículos 35 a 39 que ya han sido examinados. Porque las normas correspondientes están, en buena medida, en el Derecho de Sociedades y, sobre todo, en el Derecho de Sociedades de Capital (corporaciones), esto es, en la Ley de Sociedades de Capital (LSC) y en la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (LME) pero también en la Ley de Asociaciones y en la Ley de Fundaciones. De esta manera se vuelve al punto de partida: buena parte del Derecho de la Persona Jurídica forma parte del Derecho de Sociedades, pero sólo formalmente. No sustancialmente. Sustancialmente, el Derecho de la Persona Jurídica pertenece al Derecho de Cosas.

El Derecho de la persona jurídica tampoco pertenece, obviamente, al Derecho de la Persona (bienes de la personalidad). Los seres humanos no son, para el Derecho, personas (físicas) jurídicas. Los seres humanos son para el Derecho el centro y razón de todas sus normas e instituciones (art. 10 CE) y de su justicia o injusticia que es la categoría que estructura el Derecho.

> V., Felix Steffek, Skizzen einer Gerechtigkeitstheorie für das Privatrecht (Sketches of a Justice Theory for Private Law) (September 3, 2014). Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, 2014, resumido aquí.

Por su parte, el Derecho de Sociedades se compone de dos piezas. Una, la relativa al contrato de sociedad, que pertenece al Derecho de Contratos. El contrato de sociedad obliga a los socios a contribuir y organiza la actuación en común de los socios en pos del fin común y del contrato de sociedad puede surgir actuación conjunta de varias personas en la vida social. La otra, relativa al patrimonio social es el objeto del Derecho de la Persona Jurídica.

El contrato de sociedad y la personalidad jurídica

La idoneidad de combinar el contrato de sociedad y la corporación para acumular capital de forma estable

A partir de las Compañías de Indias parece evidente que el contrato de sociedad es el que sirve a los particulares para personificar patrimonios (*joint-stock companies*). Pero esta función no era la que tenía el contrato de sociedad en la Antigüedad o en la Edad Media. En la Antigüedad, probablemente, la *societas* no generaba ni siquiera vínculos jurídicos. Durante la Edad Media el contrato de sociedad no se utilizaba de modo principal, en el ámbito del comercio, para formar patrimonios dotados de capacidad de obrar, sino para regular las relaciones entre varios comerciantes que pretendían ejercer el comercio cooperando entre sí. Los bienes empleados en la aventura común eran propiedad de uno de los socios o de cada uno de ellos o, como mucho, se titulaban en copropiedad. El aspecto patrimonial de la 'compañía' era mucho menos relevante que el aspecto contractual o de actuación en común de varios individuos sencillamente porque las 'empresas' para las que se contraía

sociedad – aventuras comerciales en torno a un viaje o realización de determinadas operaciones comerciales - no requerían de un capital fijo importante.

Pero, una vez más, una institución jurídica pensada para una finalidad, se aprovecha para otra: el contrato de sociedad permitirá regular las relaciones entre los que aportan los cuantiosos fondos necesarios para empresas de gran envergadura y la actuación *uti universi* en relación con ese patrimonio se logra recurriendo a la corporación. El contrato de sociedad era idóneo para tal objetivo porque era de su esencia que los socios realizaran aportaciones para mejor lograr un fin común, lo que permitía acumular capital, esto es, formar un patrimonio que podrá personificarse dotándolo de la estructura de una corporación. Y es que, en efecto, el contenido básico de un contrato de sociedad corporativa se refiere al gobierno e inserción en el tráfico del patrimonio.

Esto significa que la sociedad y la persona jurídica se combinan de tres formas: como sociedad interna, como sociedad con copropiedad o como persona jurídica. Ya hemos hablado de la sociedad con personalidad jurídica, de modo que dedicaré un par de párrafos a la sociedad interna y a la sociedad con copropiedad.

Sociedad interna o contrato sin patrimonio

V., Paz-Ares, Atributos y límites de la personalidad jurídica, p 561 ss.

Supongamos que Antonio, Beatriz y Carlota (en adelante, ABC) quieren realizar un viaje al Karakorum. Celebrarán normalmente un contrato de sociedad (el fin común es el viaje) pero el fin común no requiere que se forme un fondo común separado del patrimonio individual de los socios, esto es, del patrimonio de los socios. ABC no necesitan 'acumular capital' para lograr su objetivo. ABC pueden preparar y realizar el viaje pagando cada uno de ellos sus propios gastos y los comunes a escote. Puede incluso que Antonio reciba el encargo de Beatriz y Carlota de comprar los billetes para los tres, esto es, que A represente a B y a C en la adquisición de los billetes de avión. En este caso, hay contrato de sociedad, pero no hay personalidad jurídica. Estas sociedades son meramente obligatorias, es decir, sólo generan deberes de los socios entre sí porque su objeto es regular las relaciones entre los socios. En las sociedades meramente obligatorias, para actuar uno de ellos por cuenta de los otros dos, basta asumir que se han dado un apoderamiento tácito. Por esta razón se denominan sociedades internas.

Algunos ejemplos de sociedades internas son los siguientes: Cuatro amigos (G, X, Z y M) se están organizando para realizar un viaje de la siguiente manera: X y Z pagarán el alquiler de un coche, M comprará bebidas y unos billetes de tren, y G se limitará a conducir el coche alquilado con el dinero aportado por X y Z. (V., aquí y aquí para un caso semejante). Dos psicólogas, Emma y Palmira (v., aquí) celebran conjuntamente un contrato de arrendamiento de un inmueble para ejercer, individualmente, su profesión. Cada una utilizaba un despacho en exclusiva y compartían los otros despachos y elementos comunes del inmueble (v., aquí). Un grupo de profesores madrileños regenta una academia que gira en el tráfico bajo el nombre de "Academia Sagasta" (SAP Madrid

21-IX-2004). La marca la tenían registrada a su nombre algunos profesores que también eran copropietarios de local, sito en la calle madrileña del mismo nombre. Los profesores reciben directamente de los alumnos a quienes ellos, o profesores por ellos contratados, imparten clases el precio por las mismas y lo ingresan personalmente en su patrimonio, sin que exista reparto alguno de beneficios, existiendo exclusivamente una cuenta bancaria común para que los distintos profesores hagan los ingresos de las contribuciones variables de cada profesor a los gastos generales que genera el uso y mantenimiento del local" (V., aquí).

Pero la fenomenología de las sociedades internas es mucho más amplia. Como señala Paz-Ares, "*desde los cárteles y los sindicatos de voto hasta las uniones temporales de empresas… pasando por los créditos sindicados, los consorcios de emisión de valores, las sociedades de comunicación de ganancias y los holdings en forma de copropiedad, hay un amplio espectro fenomenológico…*" de sociedades internas. Su régimen jurídico ha de extraerse, en el aspecto patrimonial, en su caso, - si, como se ha visto, hay copropiedad sobre los bienes utilizados por los socios para perseguir el fin común – de las reglas de la comunidad de bienes y, en el aspecto obligatorio, de las normas de la sociedad civil que no presupongan la existencia de personalidad jurídica siempre con la idea de que las sociedades internas tienen como función la regulación de las relaciones entre los socios.

A las sociedades internas no se aplican las reglas "*que se refieren a… la afección real de los bienes… al patrimonio común… la preferencia sobre los acreedores individuales de los socios… a la representación, a la liquidación… a la nulidad de la sociedad… a la nacionalidad, domicilio, denominación, concurso… status de comerciante… las normas de Derecho internacional privado…*". Y obviamente tampoco las reglas sobre responsabilidad. No hay patrimonio y, por tanto, no hay responsabilidad. Las deudas son de los socios. No hay actuación de los socios por cuenta y con efectos sobre un patrimonio y, por tanto, tampoco hay imputación de esos efectos a un patrimonio. Ni hay vinculación del patrimonio con otros patrimonios. La imputación y la responsabilidad de lo hecho por cualquiera de los individuos del grupo se conecta directamente a los individuos y sus patrimonios: los vínculos con terceros se establecen entre los individuos y esos terceros.

Sociedad con copropiedad

En el ejemplo del viaje al Karakorum, lo normal es que, por conveniencia, ABC formen un fondo de dinero común para ir sufragando los gastos comunes (para comprar los billetes de avión, para pagar al guía, para pagar las comidas de los restaurantes, para comprar objetos que vayan a utilizar los tres durante el viaje etc) o para adquirir, en común bienes que van a utilizar los tres durante el viaje (tienda de campaña, un botiquín, permisos para acampar…). Puede que ese fondo común no se nutra solo de dinero, es posible que cada uno aporte cosas de su propiedad que pueden ser útiles para el viaje y que se consumirán en éste (Antonio trabaja en L'Oreal y tiene cremas solares; Beatriz en Bayer y tiene medicamentos OTC y Carlota trabaja en una agencia de viajes y consigue que les tramiten los visados y permisos necesarios).

Si ponen el dinero o las cosas en común, lo puesto en común y lo comprado con el dinero puesto en común deja de ser propiedad individual de cada uno de ellos y cada uno de los bienes que forman ese fondo pasa a ser propiedad colectiva. Pero como el objetivo común sigue siendo realizar el viaje y consumir lo adquirido con los fondos puestos en común, el recurso a la copropiedad para organizar la 'propiedad colectiva' de ABC es suficiente. ABC devienen copropietarios o comuneros ("comunidad de bienes" arts. 392 ss CC). Lo que era de Antonio, ahora es de Antonio, Beatriz y Carlota (proindiviso). ABC no son titulares de un patrimonio que no sea el suyo individual. No hay, acumulación de fondos que se vayan a invertir en formar bienes de capital (o capital fijo) y no hay necesidad de personalidad jurídica.

> "*No existen más patrimonios que los individuales de los socios, copropietarios por cuotas de los bienes dedicados a la consecución del fin común*". Pantaleón, AAMN, 1997 Esta es la sociedad – contrato que configura las relaciones obligatorias entre los socios – con copropiedad a la que se refiere el art. 1669 CC. "*La formación de un patrimonio social no es imprescindible, pero es frecuente en las sociedades que se forman para adquirir bienes. Ahora bien, lo adquirido pertenece en copropiedad a los socios por cuotas y se rige por las normas de la comunidad de bienes. Cada socio puede disponer de su cuota*" Fleischer, Holger and Cools, Sofie, Internationale Trajektorien und Trends im Recht der Personengesellschaften (International Trajectories and Trends in Partnership Law). Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR), Vol. 48, No. 3, pp. 463-506, June 2019. Obsérvese que Holger y Cools llaman "patrimonio" al objeto de la comunidad de bienes, lo que aquí se ha rechazado.

Casos dudosos de patrimonios personificados

> V., Paz-Ares, Atributos y límites de la personalidad jurídica, p 561 ss.

Introducción

Los casos dudosos entre copropiedad y personalidad jurídica se plantean cuando los particulares no han expresado su voluntad al respecto al celebrar el contrato de sociedad. ¿Cuándo han de ser considerados los socios como copropietarios de cada uno de los bienes y cuándo miembros de una persona jurídica?

A estas alturas, la cuestión no debería ofrecer dificultades: hay que comprobar si la voluntad de los socios ha sido la de formar un patrimonio común y separado de su patrimonio individual y si lo han dotado de capacidad de obrar.

(i) Si lo que es común a varias personas es una sola cosa – un solo bien mueble o inmueble – es probable que estemos ante una situación de copropiedad o comunidad de bienes, aunque haya sido objeto de una compra en común (por ejemplo, una barrica de vino o una imagen de la Virgen María en una urna). Lo más probable es que los miembros del grupo que celebran el contrato de sociedad quieran, simplemente, regular sus relaciones en relación con el bien adquirido en común y que faciliten que cada uno pueda usar como le plazca lo que es de todos asegurando, a la vez, que no hay perturbaciones recíprocas y que no se sobreexplota lo que es el recurso común

(se retiene la estatua de la Virgen en la casa del más fuerte de los miembros del grupo) o que los socios quieran simplemente obtener las ventajas de comprar en común (comprar más barato y, en su caso, revender con mayor ganancia o diversificar riesgos – si no se puede revender lo comprado en común a un precio mayor, las pérdidas se reparten). A esos pactos se refiere el art. 392 II CC. Se aplican las normas de la copropiedad o comunidad de bienes y a los acuerdos entre los socios, las del contrato de sociedad. Los socios son condueños de la imagen de la Virgen o de la barrica de vino y son socios.

> Obsérvese que estas son razones distintas de las que se leen a menudo para explicar la distinción entre sociedad y comunidad cuando se dice – por imitación de la doctrina italiana – que la copropiedad es 'estática' mientras que la sociedad es 'dinámica'.

(ii) Cuando, por el contrario, asistamos a la formación de un fondo común a partir de las aportaciones de bienes, derechos o industria por parte de uno o varios individuos y dicho fondo común se forme por alguna razón u objetivo que quieran alcanzar los individuos que lo forman mediante la aplicación de dicho fondo a ese objetivo (no sólo pero principalmente mediante la formación de 'capital fijo') entonces, es probable que estemos ante una persona jurídica.

Algunos ejemplos de sociedades con personalidad jurídica discutida pero que debe afirmarse:

→ "*La sociedad fue constituida con un capital de 2.000 euros, aportado a partes iguales por dos socios al 50%: la Sra. Juana y el Sr. José, administradores solidarios de la sociedad. La sociedad se constituyó para la explotación de un negocio de bar-cafetería. La sociedad intervenía en el tráfico concertando actos y contratos, como resulta hecho consentido, según se desprende de las alegaciones de las partes. El litigio versa sobre la responsabilidad contractual de una sociedad civil cuyo objeto consistía en la realización de operaciones mercantiles. La peculiaridad del caso radica en que la demanda… se dirigía tanto contra la sociedad, (J & J SC), y contra sus dos socios fundadores, (Doña Juana y Don José).* El caso está extractado de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de noviembre de 2020 (v., aquí).

→ Las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor – SGAE, AGEDI y AIE – demandan a una Comisión de Fiestas de un pueblo. El juez de lo mercantil condena a pagar a la presidenta de la Comisión de Fiestas y ésta recurre en apelación. En el pleito, la presidenta dice que la Comisión de Fiestas no existe, que ella es presidenta de una Asociación de Amigos de Carballeira que no ha sido demandada. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 2 de febrero de 2021 le da la razón (V., aquí).

→ El juzgado y el Supremo reconocieron legitimación activa a la "Comunidad de Usuarios Albujón Solar" para reclamar al promotor de los huertos solares la indemnización de los costes de reparar los defectos observados en las instalaciones que la demandada había construido para evacuar la energía producida por cada uno de ellos. Es la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2020 (V., aquí).

La herencia yacente

La herencia es un patrimonio, es decir, una unidad abstracta de bienes que constituye un ámbito independiente de responsabilidad y un centro autónomo de imputación de derechos y obligaciones.

Peña y Bernaldo de Quirós

El Derecho de sucesiones es la parte del Derecho privado que regula el destino de las relaciones jurídicas, activas y pasivas, de una persona cuando muere, tratando de llenar la laguna que esa persona, llamada causante, ha dejado con su muerte

José Luis Lacruz

Por herencia yacente se entiende el patrimonio hereditario desde que el causante muere hasta que se confunde con el patrimonio de su sucesor (porque éste acepta). Los romanos, obviamente, no se preguntaron acerca de si la herencia yacente tenía personalidad jurídica, pero inventaron soluciones para los problemas que esta situación causaba. "*¿Los bienes que forman una hereditas iacens no tienen dueño legal y cualquiera puede apropiarse de ellos, ya que el ex-propietario ha muerto y el nuevo no ha aparecido todavía? ¿A quién pertenecen los frutos cosechados y los animales nacidos durante este intervalo? ¿Quién tiene derecho al pago hecho por el deudor de un difunto?*"

Tzung-Mou Wu, Lost in Translation: The Verbal Change From Persona to Person, 2001; Mitteis, Römisches Privatrecht, p 100 y ss. Alfonso Castro Sáenz, Precisiones terminológicas sobre la herencia yacente: res nullius in bonis y hereditas iacet, 1995; Para una descripción del régimen jurídico en el Código civil y derechos forales de la responsabilidad del heredero por las deudas del causante v., Mónica García Goldar, La responsabilidad del heredero por deudas sucesorias en el código civil españoly en los derechos autonómicos, Rev. Boliv. de Derecho Nº 28, julio 2019, pp. 248-295; y, en general, v., Tomás Rubio, Fundamentos del Derecho de Sucesiones, Sevilla 2022; Riccardo Orestano, Diritti soggetivi e diritti senza soggetto , *Jus*, 1960, pp 148 ss.

Los romanos utilizaron el término 'persona' (máscara) para referirse a que la herencia ocupaba el lugar del causante (lo 'representaba') cuando se trataba de imputar el pago de una deuda por un tercero o la propiedad de los frutos de los bienes que formaban parte de la herencia. El cobro o los frutos se imputaban «a la herencia». Si el muerto habría tenido derecho al pago o derecho a los frutos, se fingía que la herencia yacente tenía el mismo derecho. Así, en el ejemplo del fallecimiento de Ticio, arrendador de un inmueble a Cornelia, la 'herencia' de Ticio tenía derecho a seguir cobrando las rentas del arrendamiento que pertenecían – como un derecho de crédito – al patrimonio que es la herencia. La herencia yacente parece 'capaz'; se le pueden imputar derechos y obligaciones y se puede decir que 'el crédito a la renta del arrendamiento 'es' o 'pertenece' a la herencia.

Pero tales efectos sólo los atribuimos en la medida necesaria para proteger la integridad de la herencia. Para evitar que los herederos de Ticio, en nuestro ejemplo,

se vean privados de un derecho – la renta – que 'pertenece' a la herencia. Que no haya un sujeto de derecho con capacidad de obrar (porque el muerto está muerto y el heredero todavía no ha aceptado) no es obstáculo para que reconozcamos que determinados bienes forman parte de ese patrimonio. O sea, la herencia yacente tiene capacidad jurídica porque se le pueden imputar derechos y obligaciones.

La capacidad jurídica de la herencia yacente se explica suficientemente percatándonos de que los patrimonios persisten a la desaparición de su titular en tanto no sean liquidados o no se suceda en ellos. Esto basta para explicar los efectos descritos sin que sea necesario atribuir capacidad de obrar a la herencia yacente y, por tanto, considerarla una persona jurídica. Ni la herencia adquiere bienes o derechos como consecuencia de un acto de voluntad ni la persistencia del patrimonio tiene como finalidad servir al titular – que ha desaparecido -. El patrimonio persiste en interés de acreedores y herederos y, para proteger tales intereses a preservar la integridad del patrimonio, personificar la herencia yacente es, no solo innecesario, sino contraproducente

> Para comprobar que se elevan los riesgos para acreedores, sobre todo, basta con pensar en el caso en el que el heredero entra en posesión de los bienes de la herencia sin realizar el inventario y confundiéndolos con su propio patrimonio. En tal caso, la herencia estaría 'personificada' (su titular sería el heredero) y, en función de lo endeudado que estuviera el heredero, el riesgo asumido por los acreedores del causante podría elevarse mucho.

De manera que los 'administradores' de la herencia (albacea, contador-partidor) se asemejan más a un liquidador que a un agente que proporciona capacidad de obrar al patrimonio hereditario (lo dota de 'voluntad'). Porque el patrimonio hereditario no está destinado a ser explotado mediante su inserción en el tráfico jurídico-patrimonial sino a confundirse con el patrimonio del heredero o ser liquidado (pagadas las deudas) y repartido entre herederos y legatarios.

> Este razonamiento tiene consecuencias para la comprensión adecuada de la liquidación societaria como se verá en la Parte Especial.

Se puede concluir, pues, que la herencia yacente es un patrimonio en transmisión o liquidación. No una persona jurídica. Si fuera una persona jurídica, además, la herencia yacente habría sucedido al causante y se produciría una nueva sucesión cuando la herencia dejase de ser yacente y se produjera la *aditio* o confusión con el patrimonio del heredero.

> Orestano, Jus, 1960, p 154-156, lo que dio lugar a la idea de que podían existir derechos y patrimonios sin sujeto.

Los bienes gananciales

Los bienes gananciales (los bienes de ambos cónyuges destinados a levantar las cargas familiares y que son titularidad de ambos hasta que se disuelve el matrimonio

y se liquida) no conforman una persona jurídica porque carecen de agencia o capacidad de obrar. Cuando los cónyuges actúan, siempre lo hacen con efectos sobre su propio patrimonio, es decir, en su propio nombre y, según estén cumpliendo su obligación de atender a las cargas familiares, la responsabilidad se extiende a los bienes del patrimonio de su cónyuge que sean comunes. Cuando los cónyuges contraen matrimonio, no forman un patrimonio distinto del individual para levantar las cargas familiares. Se obligan a utilizar el propio e individual para ese fin. Y si no hay un patrimonio distinto del patrimonio individual de cada socio, mucho menos puede haber uno dotado de capacidad de obrar. Cuando actúan en el tráfico, los cónyuges lo hacen en su propio nombre – en los términos del art. 1669 CC -. Que, de las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges respondan los bienes gananciales y, por tanto, determinados bienes que están en copropiedad entre los cónyuges prueba, precisamente, lo contrario: que los bienes gananciales no están personificados. El régimen económico-patrimonial del matrimonio debe verse, más bien, como un mecanismo 'contable' para asignar bienes, créditos y deudas en las justas proporciones a los patrimonios individuales de cada cónyuge.

En todo caso, la cuestión de si el patrimonio ganancial es una persona jurídica es dudosa. En Jesús Alfaro, La naturaleza del patrimonio ganancial, Derecho Mercantil, 2016, aventuraba que podía serlo

Los fondos de inversión

Il legislatore dispone, vale a dire comanda, permette o vieta; ma non definisce e non classifica

Bonelli

Para lo que sigue, v., John D. Morley, The Separation of Funds and Managers: A Theory of Investment Fund Structure and Regulation 123 Yale Law Journal 1228 (2014), resumido aquí ; Agustín Madrid Parra, "La especial propiedad del patrimonio de los fondos de inversión y de titulización", RMV 6(2010). Angelo Busani, Conseguenze della soggettività del fondo immobiliare (passaggio di immobile da fondo a fondo, sostituzione della s.g.r., fusione di fondi, Le Società 11/2017, 1239; Angelo Busani e Andrea Fedi, Fondi comuni d'investimento con «personalità» e patrimonio, Il Sole 24Ore, 2016; G. Ferri Jr, Soggetività Giuridica e Autonomia Patrimoniale nei Fondi Comuni di Investimento en Orizzonti del Diritto Commerciale; Giovanna Marchetti, La natura giuridica dei Fondi Comuni di Investimento tra Soggetività e Separazione Patrimoniale, Giustizia Civile, 2014; G. Marchetti, La natura giuridica dei fondi comuni di investimento e la liquidazione coatta amministrativa della società di gestione del risparmio; Giustino Verì, Il fondo comune di investimento, preso sul serio, 2017; Valeria Renzulli, I Fondi Comuni di Investimento: aspetti inerenti alla separazione patrimoniale, 2015; A. Gallarati, La trascrizione degli acquisti immobiliari perfezionati da SGR e Trustee per conto di fondi privi (o meno?) di soggettività giuridica. Soluzioni non univoche., in Riv. dir. banc., dirittobancario.it, 30, 2016. Lo que sigue está basado en Jesús Alfaro, La naturaleza jurídica de los fondos de inversión, Almacén de Derecho, 2020-2022.

Un fondo de inversión mobiliaria se forma con las aportaciones de una pluralidad de partícipes (mínimo de 100) que se entregan a una entidad 'depositaria' y que son administradas por una entidad llamada 'sociedad gestora' en interés – deber

fiduciario – de los partícipes (v., los arts. 3 y ss Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, LIIC y art. 2.1 Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva, RIIC), la cual deberá invertir los fondos en valores mobiliarios (acciones, obligaciones etc) que tengan el perfil de riesgo deseado por los partícipes y descrito en los documentos que acompañan a la suscripción del fondo. El fondo se rige por un reglamento (v. art. 3.2 LIIC).

> Hay también fondos de inversión en inmuebles. En tal caso, el art. 38.3 LIIC prevé que los inmuebles adquiridos por la sociedad gestora para el fondo se inscriban en el Registro de la Propiedad a nombre del fondo.

Lo característico de un fondo de inversión es que está separado del patrimonio del depositario y del de la sociedad gestora (v., art. 6 LIIC). Esto significa que en caso de concurso del depositario o la gestora, los acreedores de uno u otra no pueden atacar el fondo para cobrarse sus créditos. Los partícipes pueden reclamar su cuota en el fondo a voluntad (*'a la vista'*) porque el valor liquidativo del fondo se determina a diario (art. 5.3 LIIC). Las posiciones de los partícipes son fungibles y los partícipes, a pesar de su denominación, no participan en la organización o gobierno del fondo, que queda en manos de la sociedad gestora. En lugar de un contrato de sociedad, los partícipes 'suscriben' las participaciones que le ofrece el promotor del fondo.

La sociedad gestora ha de cumplir con la normativa de las empresas de inversión y ha de atenerse al reglamento del fondo cuya naturaleza jurídica podría encuadrarse en la referencia del art. 392 II CC a los pactos obligatorios para regular las relaciones entre copropietarios. El contenido de estos reglamentos incluye la identificación del fondo, los derechos de los partícipes, la política de inversión (art. 31 LIIC), y la modificación y liquidación. El reglamento se completa con el folleto que incluye las comisiones e información sobre la entidad gestora.

El art. 3 LIIC califica al fondo de inversión de patrimonio separado "*sin personalidad jurídica*" y el art. 46.2 LIIC dice que las "sociedades gestoras actuarán en beneficio de los partícipes" y que "*le corresponderán… las facultades del dominio sobre el patrimonio del fondo, sin ser propietaria del mismo*". El art. 46.4 LIIC obliga a la gestora a exigir al depositario la responsabilidad en el ejercicio de sus funciones en nombre de los partícipes. El art. 5 d) LIIC establece que cada partícipe, individualmente, puede "*exigir responsabilidades a la sociedad gestora y al depositario por el incumplimiento de sus obligaciones legales y reglamentarias*".

> v., las Directrices sobre conceptos fundamentales de la Directiva de Gestión de Fondos de Inversión alternativos de la *European Securities and Markets Authority*.

Los fondos son una forma de copropiedad o comunidad de bienes. Eso significa que las relaciones entre los inversores y los gestores se articulan a través de un contrato de intercambio semejante al mandato o la comisión y en el que la posición del mandante se estandariza de manera que el número de partícipes pueda ser muy

elevado y lograrse, así, la diversificación de riesgos pretendida con la constitución del fondo.

El inversor es un copropietario cuya cuota se documenta en una 'participación'. Esta incorporación de su derecho a un documento (a una anotación contable electrónica más bien) hace innecesarias las decisiones colectivas a las que se refiere, en sede de la comunidad de bienes, el art. 398 CC, decisiones que se sustituyen por reglas en el reglamento del fondo sobre suscripción y rescate de las participaciones. Esta rigidez permite, por ejemplo, evitar que los inversores puedan dar instrucciones mayoritarias a los gestores modificando así, el nivel de riesgo asumido al realizar la aportación al fondo. En fin, la separación entre la gestión de los fondos (encargada a la sociedad gestora) y su custodia (al depositario), reduce el riesgo de apropiación que, en otro caso, debería ser conjurado con la capacidad de los inversores, de destituir y sustituir a los gestores.

> Según informa Renzulli, esta tesis es la sostenida por el legislador francés que ya desde 1957 estableció que los fondos de inversión son "*objeto de copropiedad de los inversores*" y rechazó siquiera que existiera un contrato de sociedad entre los partícipes.

Se trata, pues, de una comunidad de bienes, aunque el artículo 3.1 LIIC y 2.1 RIIC definan los fondos de inversión como patrimonios separados y el art. 6 II LIIC diga que los partícipes no responden de las "*deudas del fondo*". En ambos casos, se trata de una 'forma de hablar'. Veamos por qué.

Sucede con los fondos de inversión, algo parecido a lo que ocurre con la copropiedad de una biblioteca o de un rebaño o cualquier otra *'cosa compleja formada por elementos individualizados'*: hay que entender que cada comunero es copropietario de cada uno de los bienes que forman el *corpus ex distantibus.* Esta calificación es adecuada, sobre todo, por la homogeneidad y fungibilidad de los derechos que forman el fondo: valores que representan derechos de crédito frente a terceros incorporados a acciones, obligaciones y valores negociables en general. Que los partícipes aporten dinero no cambia la calificación. Es una comunidad de bienes derivada de una 'compra en común'. No hay, pues, dificultad alguna en explicar las reglas aplicables a los fondos de inversión tales como la adquisición en copropiedad de los nuevos valores con los fondos procedentes de la venta de otros o la imputación al fondo de los dividendos o intereses que produzcan los activos financieros adquiridos con el dinero aportado por los partícipes (recuérdese lo que se ha dicho de la herencia yacente).

La sociedad gestora no es un órgano del fondo. Es un mandatario común de los partícipes y recibe un mandato individual de cada uno de ellos. La gestora no puede actuar con efectos sobre el fondo en el sentido de adquirir bienes o generar derechos o enajenar bienes o contraer deudas. Sólo puede emplear el dinero que los partícipes ponen a su disposición, según el mandato recibido, para adquirir y enajenar valores que reúnan las características recogidas en el Reglamento. La sociedad gestora

responde frente a los partícipes (art. 5.3 d LIIC). Si el fondo de inversión fuera una persona jurídica, respondería frente al fondo como los administradores de una sociedad anónima responden frente "a la sociedad" (v., art. 236.1 LSC). La gestora puede disponer de los fondos que han aportado los partícipes (art. 3 LIIC) como si fuera su propietaria porque así lo exige el cumplimiento del mandato recibido. Un mandatario o comisionista que recibe los fondos necesarios para ejecutar el encargo ha de atenerse a las instrucciones, actuar en el mejor interés del mandante y rendir cuentas del destino de los fondos (arts. 250 I y 263 C de c) y la ejecución del encargo incluye el poder de disposición sobre los valores adquiridos con el dinero aportado por los partícipes. Tales poderes de disposición de la gestora son los típicos de un mandatario al que se hace una provisión de fondos cuando se le encarga que adquiera bienes para el mandante o, viceversa, al mandatario al que se le entregan bienes para que los venda. Naturalmente que, en ambos casos, tiene poder de disposición del dinero y de la cosa respectivamente (el art. 3 LIIC se limita a reproducir el art. 1713.2 CC). Ahora bien, la sociedad gestora no puede liquidar el fondo ni puede retirar para sí los frutos – intereses o dividendos – que produzcan los bienes que forman parte del fondo (v., art. 40.4 LIIC).

Los partícipes no responden de las deudas del fondo "*sino hasta el límite de lo aportado*" art. 6. II LIIC porque así resulta del encargo realizado por los inversores, no porque el legislador limite la responsabilidad de los partícipes. En realidad, hablar de 'responsabilidad' de los inversores tiene el mismo sentido que hablar de responsabilidad de los copropietarios. Frente a los terceros, no responden ni el 'fondo' ni los partícipes, responde la gestora (art. 247 II C de c). El tercero que contrate con la sociedad gestora tendrá acción contra ésta y viceversa. Y el gestor tendrá derecho a quedar indemne de su gestión cargando al fondo los gastos correspondientes.

En fin, que los acreedores de los partícipes no puedan apoderarse de los activos financieros en los que se han invertido los fondos no es tampoco nada que no pueda explicarse con las reglas sobre la copropiedad y el mandato. En la medida en que el fondo es un *pro indiviso*, los copropietarios no lo son de cada uno de los valores adquiridos con sus fondos, sino de una cuota ideal de todos ellos. Sólo previa división de la cosa común pueden cobrarse los acreedores de los partícipes. Dado que las participaciones son liquidables a la vista (*rectius,* se dividen los bienes individuales que forman el *corpus ex distantibus* que es el fondo), la cuestión carece de importancia práctica.

> Otra figura dudosa respecto de si tienen personalidad jurídica es la de la sección de una cooperativa (art. 5 Ley de Cooperativas). El hecho de que no esté dotada de órganos propios que le permitan actuar (capacidad de obrar) permite dar una respuesta negativa (v., art. 5.4 LCoop respecto de las secciones de crédito donde se excluye que tengan personalidad jurídica independiente de la cooperativa).

La Unión Temporal de Empresas

Para lo que sigue v., sobre todo, Cándido Paz-Ares, Uniones de empresas y Grupos de sociedades, en Uría-Menéndez, Curso de Derecho Mercantil, 2005, pp 493ss. Lo que sigue está publicado en Jesús Alfaro, La UTE como forma consorcial de grupo de sociedades, Almacén de Derecho 2022.

La forma jurídica societaria más simple es la del consorcio. Los consorcios se constituyen entre varios empresarios para abaratar determinados costes de explotación de las empresas asociadas (por ejemplo, los costes relativos a la llevanza de la contabilidad o a la implantación de un sistema informático) o para afrontar inversiones que exceden de la capacidad financiera o del nivel de riesgo que puede asumir cada una de ellas (por ejemplo, un programa de investigación en I + D o la apertura de una oficina común en el extranjero). La causa que anima los consorcios es, pues, mutualista.

Un consorcio puede articularse como una persona jurídica o no. Por ejemplo, la finalidad legal típica de la agrupación de interés económico (AIE) es precisamente "*facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios*" (art. 2.1 LAIE) y tiene personalidad jurídica. Otra forma jurídica para articular un consorcio es la unión temporal de empresas (art 7 de la Ley de 26 de mayo de 1982, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas), cuyo cometido es arbitrar un "*sistema de colaboración entre empresarios [...] para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro*".

El art. 7.2 de la Ley dice que la UTE no tiene personalidad jurídica. La figura del gerente no se configura como órgano social, sino como apoderado singular de todos los miembros (v. art. 8 d) de la Ley); la unión temporal no dispone de un patrimonio social afectado con carácter real al fin común (v. art. 8 e) 5 de la Ley). En principio, no resulta necesario demandar a todas las empresas-socias, porque la propia ley hace responsables solidaria e ilimitadamente a todas ellas (art. 7.2.8 de la Ley).

El art. 8 de la Ley en sus puntos 5 y 7 obliga a incluir en la escritura de constitución de la UTE "*las aportaciones… al fondo operativo común que cada Empresa comprometa en su caso, así como los modos de financiar o sufragar las actividades comunes*" en el caso de que "*existiesen*" con lo que está dando a entender que se puede constituir una UTE en la que los socios vayan poniendo los medios financieros y reales necesarios para construir la infraestructura directamente desde su propio patrimonio y liquidando, con posterioridad, con los otros miembros de la UTE, es decir, la financiación de la UTE puede realizarse adelantando los socios los fondos necesarios.

El propio artículo exige que consten en la escritura "*los modos*" de financiación o de "*sufragar las actividades*".

En la escritura ha de constar también (apartado Siete) "*La proporción o método para determinar la participación de las distintas Empresas miembros en la distribución de los resultados o, en su caso, en los ingresos o gastos de la Unión*" lo que indica que estamos ante un fenómeno parciario. Lo único que hay que regular es cómo se van a compartir los gastos y los ingresos y el resultado de restar los primeros a los segundos (resultados). No hay una regulación de la toma de decisiones sobre el patrimonio social – inexistente – ni de su formación – régimen de la aportación, bienes aportables, modo de transmisión… – ni de su liquidación – preferencia de acreedores de la UTE sobre los miembros - …

El legislador tampoco habla en ningún momento de deudas o créditos de la UTE ni de bienes o derechos que sean de su titularidad. A la "*responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común*" se refiere el punto ocho del art. 8 de la ley para decir, simplemente, que "*será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros*". Es decir, no incluye una referencia a que la UTE responda. Las deudas y créditos son de los miembros de la UTE.

La UTE parece disfrutar de los atributos de la personalidad jurídica. En relación con el nombre – lo más confuso – el art. 8.1 dice que en la escritura pública de constitución se debe hacer constar "*la denominación o razón*" (social) *que será la de una, varias o todas las empresas miembros, seguida de la expresión. Unión Temporal de Empresas*". Si el legislador exige que la UTE tenga un nombre, estaríamos ante un indicio de que se trata de una persona jurídica. Esta sería, no obstante, una conclusión apresurada, porque la función del nombre aquí es, simplemente, la de permitir al gerente *expendere nomen*. Es decir, el nombre es un instrumento para facilitar el establecimiento de relaciones entre cada una de las empresas miembro y los terceros a través del gerente que identifica así (i) que está actuando por cuenta de los miembros de la UTE y (ii) en relación con las actividades que constituyen el objeto de la UTE.

Por tanto, la UTE no tiene nombre en el sentido que lo tiene una persona jurídica (identificar el patrimonio responsable) y mucho menos un individuo (derecho al nombre). Y tampoco tiene domicilio ni nacionalidad. Cuando la ley citada se refiere a la nacionalidad o al domicilio lo hace al de "*los otorgantes*". El domicilio de la UTE (al que hace referencia el punto cuatro del art. 8 de la ley) es el domicilio fiscal que deberá tratarse de un domicilio "*situado en territorio nacional*" y que se corresponde – no con el de la inexistente persona jurídica – sino "*el propio de la persona física o jurídica que lleve la gerencia común*". En cuanto a la nacionalidad, dado que la UTE es una sociedad, es necesario identificar el derecho aplicable al contrato que une a los miembros y el que se aplicará a las relaciones entre éstos y el gerente y entre los miembros y los terceros. Y este se determina de acuerdo con las normas de Derecho Internacional Privado relativa a los contratos (de sociedad).

Por último, el gerente es un factor común, un mandatario común dotado de un poder de representación que se extiende por mandato legal al giro o tráfico relacionado con la obra que es objeto de la UTE.

> La importancia del gerente en la UTE no se puede exagerar. A diferencia del factor diseñado en el Código de comercio, el gerente de la UTE tiene un poder de representación exclusivo, de manera que los socios no pueden actuar por sí mismos en relación con lo que constituye el objeto social (dice el art. 8 d) II: "*Las actuaciones de la Unión Temporal se realizarán precisamente a través del Gerente, nombrado al efecto, haciéndolo éste constar así en cuantos actos y contratos suscriba en nombre de la Unión*"). Como la UTE carece de personalidad jurídica, si uno o todos los socios contratan con un tercero, quedarán obligados con él de acuerdo con las reglas generales.

Y, en fin, el gerente de la UTE permite que un grupo de individuos pueda actuar a través de un representante común sin necesidad de formar un patrimonio común y separado del patrimonio individual de cada socio, lo que prueba que para actuar unificadamente en el tráfico no hace falta personificar al grupo, sino nombrar un mandatario común lo que, como se ha explicado, puede resultar de la propia celebración del contrato de sociedad y apoya la incorrección de la concepción de la personalidad jurídica como personificación de un grupo.

Formas sui generis de personas jurídicas

Introducción

A las personas jurídicas personalistas y corporativas, los ingleses añadieron el *trust* y los alemanes la llamada comunidad en mano común (*Gesamthand*). La *Gesamthand* no es más que un nombre para la persona jurídica personalista, de forma que no me ocuparé específicamente de ella. Me ocupo brevemente del trust, la sociedad unipersonal y la sociedad profesional.

> Sobre la deformación de la *Gesamthand* que ha practicado la doctrina alemana para explicar la personalidad jurídica de las sociedades de personas v., Jesús Alfaro, La comunidad en mano común y las sociedades de personas, Almacén de Derecho 2020, donde se resume y comenta el trabajo de *Volker Beuthien, Die Gesamthand – was ist das eigentlich? ZGR 2019, 664–701.*

El *trust*

> Para lo que sigue, v., Miguel Virgos, El trust y el derecho español, Madrid 2006 (las citas entrecomilladas son de este trabajo); Maitland, *Introducción,* p 38 ss; James E. Penner, The Common Law Controversy Over the Nature of the Trust . Morley, John D. and Sitkoff, Robert H., *Trust Law: Private Ordering and the Branching of American Trust Law*, 2019, resumido aquí; M. W. Lau, The Nature of the Beneficial Interest. Historical and Economic Perspectives, 2013; Y más indicaciones en Jesús Alfaro, El encaje del trust en las categorías del civil law, Almacén de Derecho, 2020; y Jesús Alfaro, El trust, la persona jurídica y el patrimonio de afectación, Almacén de Derecho, 2021; Smith, Lionel, The Re-Imagined Trust (October 17, 2011); Lionel Smith, Re-Imagining the Trust: Trusts in Civil Law, L. Smith, ed., Cambridge University Press, 2012, Lionel Smith, The Duties of Trustees in Comparative Perspective, 2016, 24 European

Review of Private Law 1031-1052; Lionel D. Smith "Trust and Patrimony" Revue générale de droit, vol. 38, n° 2, 2008, p. 379-403. Resumidos aquí, aquí, y aquí. Zenati-Castaing, RIDC 67(2015), pp. 23-43. Zenati-Castaing, La propriété; Lusina Ho, Trusts: the Essentials, en Lionel Smith (ed), The Worlds of the Trust, 2013, pp 1 ss.

Un *trust* es un negocio jurídico por el que un individuo (el fundador, constituyente o *settlor)* pone un conjunto de bienes bajo el control y administración de otro (el *trustee*). Por efecto de este negocio, el *trustee* adquiere la titularidad de ese fondo patrimonial sujeto a la obligación de administrarlo en interés de un tercero (el beneficiario) o de la promoción o consecución de un objetivo determinado.

Para insertar el *trust* en el Derecho español, se ha recurrido a veces a los negocios fiduciarios: "*en los que una persona actúa con los fondos que se ponen a su disposición en interés de otra*". Pero esta construcción no explica por qué la constitución del *trust* tiene como efecto sustraer esos bienes de la agresión de los acreedores personales del *settlor*, del *trustee* y del beneficiario. Del primero, porque ha transmitido la propiedad de sus bienes al constituir el *trust*. Del segundo, porque es un administrador. Y del tercero porque lo único que pueden atacar sus acreedores son "*sus derechos frente al trust y si el trust se configura como discrecionary, protective o spendthrift ni siquiera eso*". Solo de las deudas generadas por el *trustee* en su condición de tal responden los fondos que forman el *trust*. ¿Y todo eso por qué? Porque el *settlor* es libre de hacer con su patrimonio lo que le parezca. Y puede ordenar – constituyendo un *trust* – que los fondos no entren en su propia herencia ni en el patrimonio del beneficiario ni, por supuesto, en la quiebra del *trustee.*

Con esta descripción, resultará claro que, para reconocer el trust del *common law* en un sistema jurídico de *civil law,* la solución más simple y directa es la de considerar el *trust* como una persona jurídica. Esta calificación aproxima la figura del *trustee* a la del administrador – órgano – de una persona jurídica. El trust expresa la estrecha conexión entre la libre gestión del propio patrimonio y la constitución de personas jurídicas y sugiere, como luego se explicará en detalle que las tesis que pretenden que la personificación de un patrimonio es una concesión graciable del legislador son incoherentes con un ordenamiento como el nuestro fundado en la autonomía privada y que reconoce el derecho de propiedad.

Esta calificación del trust como persona jurídica permite resolver la cuestión más problemática del *trust:* la protección del beneficiario cuando el *trustee* enajena abusivamente (infringiendo sus deberes como *trustee*) bienes que forman parte del *trust*. ¿Es esta protección meramente obligatoria o es real? ¿Es decir, el beneficiario puede (rei) perseguir el bien vendido por el trustee en el patrimonio en el que se encuentre o sólo tiene acciones contra el trustee? La respuesta es que el beneficiario tiene la misma protección que la persona jurídica. Si el adquirente del bien vendido abusivamente por el *trustee* es un comprador de buena fe en el sentido de que no sabía ni podía saber que el *trustee* estaba abusando de su cargo al enajenar el bien, el *beneficiary* sólo tiene acción contra el *trustee*. Exactamente igual que cuando un administrador de una persona jurídica abusa de su poder de representación y el tercer adquirente es conocedor del abuso. v., Philipp Scholz, Missbrauch der Vertretungsmacht durch Gesellschafter-Geschäftsführer, ZHR 182 (2018) 656–683, resumido en Jesús Alfaro, El

abuso del poder por el representante orgánico (administrador social), Almacén de Derecho 2019. La necesidad de otorgar acciones al *beneficiary* contra el tercero en estos casos es imprescindible si no queremos que los derechos del beneficiario sean papel mojado (Ho, Trusts, p 11).

El trust es, pues, una persona jurídica y el propietario de los bienes es el trust. Que el *trustee* no deba seguir las instrucciones del *beneficiary* cuando administra los bienes es irrelevante. Tampoco ha de seguirlas el administrador de una sociedad anónima de Derecho alemán o estadounidense. En fin, si un trust carece de *beneficiaries* – los *charitable trusts* – la calificación conforme a nuestro Derecho es la de fundación.

Originalmente el *settlor* transmitía unos bienes – inmuebles – a un *trustee* con la perspectiva de recuperarlos para los herederos del *settlor* a su fallecimiento. Pero una vez que el *settlor* y sus herederos vieron protegidos sus derechos frente al *trustee* con acciones reales, el *trust* se convirtió en un sistema para separar patrimonios. No como como una alternativa a la *corporation,* sino como una alternativa a la personalidad jurídica (Así, sin embargo, Morley, John D., The Common Law Corporation: The Power of the Trust in Anglo-American Business History (January 25, 2017). Columbia Law Review, Vol. 116, No. 8, 2016, resumido aquí. En el sentido del texto, Henry Hansmann y Ugo Mattei, A., The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis, May 1998). Ambas, la sociedad anónima y el *trust*, dice Morley, permitían "*transmitir de manera segura*" la propiedad de los bienes que se querían dedicar al desarrollo de una actividad económica por parte de un grupo de inversores a un sujeto jurídico distinto de cada uno de los inversores. Lo que Morley no explica es que si la forma de separación patrimonial elegida era el *trust,* seguía siendo necesario un contrato entre los inversores (normalmente la constitución de una *partnership* o una *company* no 'incorporada') que adquirían las acciones emitidas por los *trustees.* Que, formalmente, no se considerara al fondo entregado en *trust* una persona jurídica es irrelevante. El concepto de personalidad jurídica no había aparecido ni siquiera en el lenguaje jurídico inglés y no lo haría hasta bien entrado el siglo XIX precisamente por influencia alemana. Por tanto, los *business trusts* no pueden compararse con las sociedades anónimas porque no son categorías homogéneas. Los *trusts* han de compararse con otras formas de separar patrimonios. Una sociedad que ostenta un patrimonio en *trust,* era un sucedáneo casi perfecto de una *corporation*. Sobre la subrogación real en el trust, v., Ho, Trusts, p 9. Y p 14 respecto de la relación entre el trustee y el beneficiary: el primero tiene deberes fiduciarios frente al segundo (v., sobre el significado de los deberes fiduciarios, Jesús Alfaro, Juega por mi: los deberes de lealtad de los administradores, Almacén de Derecho, 2016).

La correspondencia del *trust* con la personalidad jurídica es total, lo que cambia son las 'piezas' o elementos de la dogmática jurídica que se utilizan para explicar los efectos. En el Derecho continental, el negocio jurídico – fundacional o el contrato de sociedad – y el patrimonio. A través del primero, se dota de reglas de gobierno y capacidad de obrar al segundo. En el *Common Law,* el acto de constitución del *trust* y la imposición de deberes fiduciarios o, si se quiere, la conversión en 'fiduciaries' de los que reciben el encargo de gestionar el patrimonio.

La sociedad unipersonal

V., La Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único y los arts. 12 ss LSC Esta parte está basada en estas dos entradas del

Almacén de Derecho de 2020, Jesús Alfaro, El Derecho de Sociedades y la sociedad unipersonal (I) y Jesús Alfaro, El Derecho de Sociedades y la sociedad unipersonal (y II) y sobre todo, Guillermo Jiménez Sánchez/Alberto Díaz Moreno, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, La Sociedad Unipersonal, Madrid 2001, aunque en algún punto, he modificado mi opinión.

La sociedad unipersonal es un fenómeno exclusivamente patrimonial. El acto de constitución no es un contrato (no hay pluralidad de partes) sino un negocio jurídico fundacional ya que implica la afectación de un conjunto de bienes a un fin provocando la división del patrimonio del socio único en, al menos, dos masas patrimoniales. La regulación de este tipo de persona jurídica fundacional se encuentra en el Derecho de Sociedades por muy buenas razones. Una, por la rigidez de nuestro Derecho de Fundaciones. La otra, porque una sociedad unipersonal está 'programada' para dejar de serlo. Basta con que el socio único venda una parte de las participaciones o acciones que componen su capital o amplíe el capital permitiendo la suscripción de las nuevas acciones a otras personas.

En este sentido, bien puede decirse que la constitución de una sociedad unipersonal sustituye eficazmente, en términos de costes de transacción a la constitución sucesiva de una sociedad anónima o limitada (arts. 41 ss LSC). Si alguien quiere distribuir las acciones de una sociedad entre un grupo muy grande de personas, no es hacedero que todas ellas concurran a la constitución de la sociedad, pero es sencillo constituir una sociedad unipersonal y, a continuación, transmitir las participaciones a cuantas personas se desee.

Por tanto, no serán aplicables a la sociedad unipersonal las normas del Derecho de Sociedades que se basen en la pluralidad de socios o, mejor dicho, las que se basen en el carácter contractual de la sociedad. Y serán aplicables, por el contrario, las que regulan la persona jurídica. El art. 15 LSC, atribuye al socio único el ejercicio de las competencias de la junta general pero las normas que regulan la celebración de una junta no le son aplicables. Es obvio que el socio único no tiene que convocarse a sí mismo ni tiene que hacer una lista de asistentes ni tiene que abstenerse en ningún caso, ni está limitado en el contenido de los acuerdos por ningún orden del día etc. El socio único no es el administrador de la sociedad. Por tanto, no representa ni puede vincular al patrimonio separado. Ha de designar un administrador. La norma protege así a los terceros porque les permite confiar en que la sociedad unipersonal tiene la misma estructura orgánica que cualquier sociedad y, por tanto, que si contratan con sus administradores, tal como los publica el Registro (art. 234 LSC), el patrimonio social quedará vinculado.

Una sociedad se puede constituir como unipersonal o devenir unipersonal por la acumulación en una sola mano de todas las acciones o participaciones (art. 12 LSC).

El artículo 13 LSC ordena publicar en el Registro Mercantil la unipersonalidad. El legislador considera que, dado que el patrimonio 'social' es un subconjunto del patrimonio del individuo (del socio único) los terceros pueden ver reducidos sus costes de contratar con el individuo si pueden percatarse de que el individuo no responderá con todo su patrimonio, sino únicamente con el afectado a la actividad empresarial. Esta es la justificación aparente del art.

14.1 LSC que 'sanciona' la falta de inscripción en el Registro Mercantil de la unipersonalidad con la pérdida de la responsabilidad limitada haciendo al socio único responsable de las deudas de la sociedad unipersonal. Esta consecuencia es absurda porque nada impide a una persona jurídica constituir una sociedad unipersonal, de modo que esa pretendida transparencia no se logra. Tampoco viene impuesta por la Directiva europea sobre sociedades unipersonales, de hecho, ni siquiera la obligación de hacer constar en toda la documentación la condición de unipersonal como establece el art. 13.2 LSC.

La sociedad profesional

V., Aurora Campins, La sociedad profesional, Madrid 2000, Cándido Paz-Ares, El concepto de sociedad profesional, RdS 54(2018) y Aurora Campins, La sociedad profesional, Almacén de Derecho, 2015

Una sociedad profesional es un acuerdo entre varios profesionales liberales (abogados, médicos…) para ejercer en común su profesión. Lo específico es que, para hacerlo, los socios no solo ejercen la profesión en sociedad, sino que forman un patrimonio común que dotan de capacidad de obrar. De manera que serán de la sociedad profesional las deudas y los créditos que generen en su actividad profesional los socios y será la sociedad profesional la parte en los contratos que celebren con terceros. Los dos elementos clave son, pues, la imputación a la persona jurídica de los derechos y obligaciones patrimoniales derivados del ejercicio de la profesión y que la 'aportación' de los socios profesionales consiste en ejercer su profesión a través de esa persona jurídica.

Esto significa que, del patrimonio de la persona jurídica, forma parte, como aportación, la actividad de los socios como profesionales liberales: los socios se 'obligan' a desarrollar su actividad profesional con efectos sobre la sociedad. Pero, naturalmente, los que realizan la actividad profesional sólo pueden ser seres humanos que tengan la titulación correspondiente, esto es, los abogados o los médicos.

Obsérvese también que la imputación a la persona jurídica de la actividad profesional realizada por los profesionales solo afecta a los aspectos patrimoniales. No elimina los elementos personales de la relación entre el cliente y el abogado o el paciente y el médico. Por ejemplo, los socios profesionales han de inscribirse individualmente en el Colegio de Abogados o de Médicos, aunque se trate de un tipo societario – sociedad anónima o limitada – en el que la identificación de los socios no se exige y aunque la sociedad también deba inscribirse en el Colegio. Las participaciones sociales son intransmisibles (arts. 7,8 y 10 LSP) y los socios 'actuantes' (los profesionales que hayan intervenido en la prestación del servicio profesional) responden ilimitadamente (art. 11 LSP).

La cuestión de la responsabilidad limitada

Todo orden social estable refleja un contrato social subyacente. Como dijo Peter Diamond, "las corporaciones tienen responsabilidad limitada porque el Estado se la da". Los privilegios que se conceden a las corporaciones -la personalidad jurídica- implican un quid pro quo con la sociedad. Antiguamente, el soberano autorizaba la constitución de corporaciones para llenar las arcas de la corona y las de los clientes de ésta. Hoy en día, se supone que el objetivo es más elevado e incluye la mejora del bienestar social. La cuestión de cómo se ha roto el contrato social -aunque nadie haya usado explícitamente la expresión- y de lo que se necesita para arreglarlo es un asunto de la mayor importancia

Dani Rodrik / Olivier Blanchard

si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent

Ulpiano

Introducción

La doctrina mayoritaria ha considerado tradicionalmente la responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales como un rasgo de la personalidad jurídica corporativa. De manera que la diferencia entre ésta y la personalidad jurídica de una sociedad de personas consistiría, no solo en la existencia de órganos sino también en la responsabilidad ilimitada de los socios por las deudas del patrimonio social en las personalistas frente a la responsabilidad limitada en las corporaciones. O, en la feliz expresión acuñada por Paz-Ares, el patrimonio de las primeras estaría 'separado' del patrimonio de los socios mientras que estaría 'incomunicado' con éste en las segundas.

V., por todos, Pantaleón, AAMN, 1997 con referencias ulteriores. Este 'mito' según el cual la responsabilidad limitada de los accionistas por las deudas de la corporación es un privilegio, goza de gran popularidad. V., últimamente, Horst Eidenmüller, Shell Shock: In Defence of the 'Real Seat Theory' in International Company Law, Oxford Blog Business Law, 2022 y la reflexión de Rodrik y Blanchard que se ha transcrito al comienzo de esta sección.

A mi juicio, esta comprensión de las diferencias entre sociedades de personas y sociedades de capital no es correcta. La personalidad jurídica es un predicado jurídico unitario. Y se predica en el mismo sentido de una sociedad civil y una sociedad anónima (o, para el caso, de una fundación o una asociación). Si un patrimonio está personificado, se le pueden imputar deudas cuando éstas hayan sido contraídas por los que tienen atribuida la función de actuar en el tráfico con efectos sobre ese patrimonio (administradores) y, simétricamente, de dichas deudas sólo responden, en principio, los bienes que forman dicho patrimonio. Eso es lo que significa que los patrimonios responden.

Desde esta perspectiva, el problema de la responsabilidad limitada de los accionistas es un falso problema. Los accionistas no responden de las deudas de la sociedad anónima porque la sociedad anónima es un patrimonio personificado y de las deudas

de cada patrimonio se responde, en principio, con los bienes que pertenecen al patrimonio por cuya cuenta se contrajo la deuda. No otros patrimonios. Se necesita de un criterio de imputación objetiva específico para hacer responsable de una deuda un patrimonio distinto de aquel – personificado – cuyo administrador (el propio individuo o su representante en el caso de los patrimonios individuales o el administrador en el caso de las personas jurídicas) contrajo la deuda actuando con efectos sobre dicho patrimonio. Como se verá inmediatamente, tal me parece la mejor explicación de la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas de la sociedad colectiva.

La responsabilidad de los que gestionan patrimonios ajenos

Lo que sigue está basado en Jesús Alfaro, Una nota sobre el pretendido privilegio de la responsabilidad limitada de los accionistas, Almacén de Derecho 2021; Jesús Alfaro, Los administradores como delegados de los socios en las sociedades de capital, Almacén de Derecho 2021, no obstante, contiene alteraciones de importancia también en cuanto al fondo del análisis; Andreas Engert (en Gregor Bachmann, Horst Eidenmüller, Andreas Engert, Holger Fleischer and Wolfgang Schön, Regulating the Closed Corporation, Volume 4. In the series European Company and Financial Law Review – Special Volume, 2014 capítulo 4 The Board of Directors, pp 88-89); Jesús Alfaro, Jesus, Limited Liability of Shareholders: Status Quaestionis (September 2007). Derecho de Sociedades y Gobierno Corporativo, Flor de María Cordova, ed., p. 398, Grijley, Lima, 2008; Jesús Alfaro, «La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad «externa» de los administradores sociales. 2ª edición», InDret 1.2007; v., también, Miguel Iribarren, La responsabilidad de los socios por los acuerdos en la Junta general, Madrid 2022; Mathias Siems, Regulatory Competition in Partnership Law 2008); Marta Pantaleón, Delito y responsabilidad civil extracontractual: una dogmática comparada, Madrid 2022.

Quizá, la forma más persuasiva de argumentar que de una deuda responde el patrimonio por cuya cuenta se contrajo y sólo ese patrimonio, pasa por preguntarnos cómo es posible que el Derecho no haga responsable por las deudas de un patrimonio a los individuos que controlan, gestionan, se benefician o están relacionados de cualquier manera significativa (*stakeholders*) con ese patrimonio. Porque, así planteada la cuestión, se observa que está ligada a los criterios generales de responsabilidad civil y penal, o sea, a los de la imputación objetiva, en particular, a los casos de responsabilidad por hecho ajeno; se observa, en definitiva, que no se trata de una pregunta específica del Derecho de Sociedades o de la Persona Jurídica.

Los problemas más difíciles, en este ámbito, son los casos de *respondeat superior*. Además de los casos relacionados con la responsabilidad extracontractual (art. 1903 CC), el derecho de contratos y numerosas normas legales imponen responsabilidad a un individuo (*rectius,* a un patrimonio) por los actos de otro individuo al que le une una relación jurídica contractual o establecida por la ley. Por ejemplo, el mandante responde frente al tercero por lo hecho por el mandatario cuando éste tenía poder para vincularle; el fiador responde del pago de la deuda contraída por el deudor y las personas jurídicas responden de las obligaciones contraídas por sus representantes legales (administradores). Fundamental, al respecto, Fernando Pantaleón, Comentario del Código civil, Madrid 1991, tomo II, Artículo 1901; Pablo Salvador Coderch, Juan Antonio Ruiz García, Antoni Rubí Puig, Carlos Ignacio Gómez Ligüerre, Respondeat Superior I, InDret 2002; Pablo Salvador Coderch, Carlos Ignacio Gómez Ligüerre, Respondeat Superior II,

De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización, InDret, 2002; sobre la repetición de la sociedad contra el administrador cuando la primera es condenada por haber participado en un cártel como consecuencia de la conducta del administrador v., Kersting, Christian, Organhaftung für Kartellbußgelder (Recourse Claims Against Organs for Cartel Fines) (July 1, 2016). ZIP (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht) 2016, 1266-1275, comentado aquí.

Observa Engert que lo que permite liberar de responsabilidad a los socios frente a los terceros por lo actuado por los administradores de una sociedad anónima o limitada es, precisamente, la imposición de deberes a los administradores frente a los terceros que se relacionan con el patrimonio social. Esta apreciación tiene un gran interés porque pone el foco sobre la justificación más profunda de la inexistencia de responsabilidad de los socios por las deudas del patrimonio personificado: un criterio de imputación objetiva. Porque hay administradores que tienen la competencia exclusiva de actuación con efectos sobre el patrimonio, podemos 'liberar' a los accionistas de la responsabilidad que resulte de dicha actuación. Responderá el patrimonio de la sociedad y, eventualmente, el patrimonio personal de los administradores.

Por un lado, las deudas de la corporación son deudas del patrimonio de la corporación, no son deudas del patrimonio individual de los socios. Pero, por otro, los socios de una sociedad anónima o limitada responderán – su patrimonio podrá ser atacado – de todas aquellas conductas y efectos dañosos que les sean imputables. Si el socio mayoritario ordena al administrador que no pague el salario a una trabajadora porque ha tenido una discusión con ella en el campo de golf, la trabajadora podrá demandar no sólo a la sociedad – su empleador – sino al socio mayoritario que indujo al administrador a no pagar y, con ello indujo a la persona jurídica empleadora a incumplir su deber derivado del contrato de trabajo.

> Como explicara Trimarchi hace sesenta años, «*si se permitiera a la junta sustituir a los administradores en la administración de la sociedad… éstos se liberarían de responsabilidad*". Perderíamos en protección de los terceros porque "*no se podría… aplicar analógicamente a los socios las sanciones previstas para los administradores* (y aunque se pudiera) … *no se podría sancionar eficazmente a los miembros de la junta de accionistas… debido a su gran número y a la facilidad con la que cada uno de los socios podría argumentar que su actuación fue de buena fe, esto es, que no había sabido del carácter dañoso del acuerdo social*».

El acierto de Engert está, precisamente, en reconocer que, en cuanto el patrimonio social está separado del patrimonio individual de cada socio, es conforme con el sistema jurídico liberar al patrimonio de cada socio de responsabilidad, cualesquiera que sean sus relaciones con el patrimonio de la corporación, si puede considerarse que la ley ha asignado la tarea de la que surge la responsabilidad a otra persona.

Tal ocurre, precisamente, con la constitución de una persona jurídica, al designarse a los administradores. Con el nacimiento de la persona jurídica, 'nace' el sujeto de derecho y se constituye el patrimonio que será, en principio, responsable en exclusiva

de las resultas de la conducta de sus órganos (o de los individuos que actúen con efectos sobre él), esto es, los (patrimonios de los) socios, como (los patrimonios de) todos los demás 'interesados' (*stakeholders*) dejan de ser responsables de dichas consecuencias (piénsese en los beneficiarios de una fundación, en los vecinos de una ciudad o en los feligreses en una asociación religiosa) cuando el patrimonio se personifica con la designación de los administradores. Es, pues, necesario aducir un título de imputación específico y diferente para que los socios respondan con su patrimonio de las deudas de la persona jurídica creada. La constitución convierte a la persona jurídica (y, por tanto, a su patrimonio) en el único responsable de las deudas que contraigan sus administradores y libera, no solo a los socios, sino a cualquier (patrimonio de) tercero de responsabilidad por las resultas de la actuación de los administradores de la persona jurídica. En la irresponsabilidad de los socios no hay, pues, más 'privilegio' que en la irresponsabilidad de los propios administradores (que no responden con su patrimonio individual de las deudas de la persona jurídica que administran) o la de cualquier otro interesado en la persona jurídica (trabajadores, clientes, proveedores…).

La responsabilidad del socio colectivo por las deudas sociales de la sociedad colectiva

La conclusión alcanzada en el apartado precedente parece contradecirse con la responsabilidad de los socios de una sociedad regular colectiva – prototipo de la sociedad de personas – por las deudas de la sociedad establecida en los arts. 127 y 148 I C de c.

> Sobre la responsabilidad del socio colectivo, exhaustivamente, Cándido Paz-Ares, La responsabilidad del socio colectivo, Madrid 2016

La 'leyenda' construida a partir de estos preceptos es que la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad es la regla general pero el legislador, por razones de fomento de la acumulación de capitales concedió a los socios de las corporaciones mercantiles el privilegio de la responsabilidad limitada a su aportación. Esta es una leyenda que no merece seguir siendo contada. Es de la esencia de cualquier corporación que los socios no responden con su patrimonio de las deudas de la corporación. Ni los vecinos respondían de las deudas de la ciudad, ni los monjes de las deudas del monasterio, ni los estudiantes de las deudas de la universidad, ni los comerciantes de las deudas del consulado, ni los artesanos de las deudas del gremio. Ni los súbditos de las deudas del reino. Era impensable, pues, que los accionistas de una sociedad anónima del siglo XVII o XVIII respondieran con su patrimonio de las deudas de la corporación – sociedad anónima.

> V., Alfaro, InDret, 2016, apartado 3; Alfaro, Regulated companies, Almacén de Derecho 2019. La excepción pudo ser la de las compañías del sector financiero, donde solía establecerse una responsabilidad adicional a la de la aportación como una forma de aseguramiento de la solvencia de estas compañías de seguros o bancarias. En realidad, se trataba, probablemente,

de una responsabilidad limitada pero no a la aportación desembolsada sino a la aportación prometida, de forma semejante a lo que ocurre aún hoy con el socio comanditario. Sobre la responsabilidad a la suma de aportación del socio comanditario v., Paz-Ares, La sociedad en comandita en Curso de derecho mercantil / coord. por María Luisa Aparicio González; Rodrigo Uría (dir.), Aurelio Menéndez Menéndez (dir.), Vol. 1, 2006, pp 743-774. Las referencias a las compañías pre-contemporáneas de seguros o bancarias se encuentran en Carlos Petit, From Commercial Guilds to Commercial Law: Spanish Company Regulations *(1737/1848)*, 2017, resumido aquí. Y Carlos Petit, Ignorancias y otras historias, o sea, responsabilidades limitadas, Anuario de historia del derecho español, 60, 1990, págs. 497-508: Frente a la previsión de límites a la responsabilidad del socio en la charte de la Compagnie des Indes Orientales, en la Compagnie generale des Assurances los socios respondian ante terceros «*au sol la livre et à proportion de son interet», quedando internamente obligados a prestaciones excepcionales en caso de desbalance*". Para el caso de los bancos, Richard Button and Samuel Knott, Desperate adventurers and men of straw: the failure of City of Glasgow Bank and its enduring impact on the UK banking system, 2015 resumido aquí, y Haelim Park Anderson and Sumudu W. Watugalay, The Impact of Extended Liability on Bank Runs: Evidence from the Panic of 1893, 2017, resumido aquí. En Inglaterra, la discusión sobre la responsabilidad limitada fue muy tardía. V., Stein, Quaderni *11/12, 1983, I,* p 503 ss. Stein dice que reconocían que las *partnerships* y las *companies* – por oposición a las *joint-stock companies* – podían demandar y ser demandados y adquirir bienes, de manera que lo único que las distinguía era la responsabilidad de los socios por las deudas sociales. Las *companies* "*no son puras corporaciones, porque sus miembros están más o menos obligados por las deudas sociales*" pero tampoco son puras sociedades de personas porque "*se reconoce que sus miembros forman un cuerpo separado". "Las principales dificultades derivadas de la falta de concesión de la personalidad jurídica por el rey o el parlamento eran asegurar la continuidad de la organización y distinguir la propiedad de la organización de la de sus miembros. Estas dificultades se superaron en gran medida mediante el uso del trust*". En 1844 se elimina la necesidad de una decisión parlamentaria autorizativa de la constitución de una sociedad anónima pero se mantiene la responsabilidad ilimitada de los socios que solo se comienza a eliminar en 1851 y se establece en 1855 para facilitar la inversión de los rentistas (Stein, p 507). V., también, Claes Peterson, Juristische Person und Begrenzte Haftung der Aktionäre. Ein Beitrag zur Geschichte des Aktienrechts in Schweden, Quaderni, 11/12, 1982/83, p 521 ss.

Por tanto, no hay una regla general (responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad) y una excepción (que la sociedad sea una sociedad anónima). La razón por la que los socios colectivos responden es específica y no se puede deducir de ella, *a contrario,* que si el codificador proclama que los accionistas no responden de las deudas de la sociedad (v., art. 153 Código de comercio de 1885 y los arts. 276 a 278 C de c 1829), está otorgándoles un 'privilegio' porque la norma de 'derecho natural' habría de ser que los accionistas respondieran de las deudas de la corporación.

V., por ejemplo, Francesco Galgano, El concepto de persona jurídica, Revista Derecho del Estado 16(2004), p 13 ss. La personalidad jurídica, concluye Galgano, p 21, "*es la sumatoria de algunas derogaciones a los principios generales… en especial… el beneficio de la responsabilidad limitada… Introducido en 1800 el concepto de persona jurídica, sólo muta la reconstrucción teórica de la responsabilidad limitada: ésta deja de ser vista como responsabilidad del socio limitada a su aporte y se manifiesta como irresponsabilidad del socio frente a las deudas de la sociedad… sin embargo, la concepción de la sociedad anónima como persona jurídica no es el fundamento de la limitación de la responsabilidad del accionista, es solo es una justificación teórica y a posteriori. En efecto "la personalidad jurídica es el resultado de un gran proceso cultural dirigido a reconducir… las desviaciones del principio de la responsabilidad limitada.*

Gracias al concepto de personalidad jurídica… la responsabilidad limitada del accionista no se considera ya, como antaño, un privilegio en cuanto excepción al principio general de la responsabilidad ilimitada… se transforma en la aplicación del principio general… el accionista no responde de las obligaciones sociales con su propio patrimonio por la natural razón de que se trata de obligaciones de un tercero, esto es, por la misma natural razón por la cual el sr. A no responde de las obligaciones de B". Para la crítica de Galgano, v., Petit, AHDE, 1990, págs. 497-508: "*retroproyección de un conocido dogma del Derecho de sociedades anónimas a la Europa del Antiguo Regimen*". Y, para la discusión al respecto de la doctrina tradicional española, v., v., Jerónimo López y Manuel González Enriquez, Significado y régimen jurídico actual de la sociedad de responsabilidad limitada, ADC, 1952, p 607 ss, p 614 ss., que concluyen que el reconocimiento de personalidad jurídica a las sociedades de personas no se vinculó a la responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales: "*nadie había pensado en que la concesión de personalidad a las sociedades tuviera como resultado la alteración en el régimen de responsabilidad, típico de cada una de las formas sociales*". V., también, Wilhelm Endemann (Die Haft für die Gesellschaftsschulden. p 387 ss en, Studien in der Romanisch-Kanonistischen Wirthschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des Siebenzehnten Jahrhunderts, Berlin 1874): "*los comanditarios sólo responden de forma limitada con su aportación de capital. Siempre que no se mencione su nombre en la razón social. Si permiten que el socio administrador dé su nombre cuando contrata por cuenta de la sociedad, entonces son verdaderos socios que responden "por las" operaciones así contratadas, y no les ayuda el hecho de que se les mencione en la sociedad simplemente bajo la designación e compagni, que en sí misma sólo indica una responsabilidad limitada y deja al acreedor la tarea de instruirse sobre el alcance de la misma*". Esto explica por qué nadie se planteó la posibilidad de que los accionistas de las 'nuevas' Compañías de Indias pudieran responder de las deudas de la sociedad 'anónima': si una sociedad se ha constituido exclusivamente con aportaciones de capital ("*sociedad de capital puro*") y en la que los socios "contratan a factores para las tareas comerciales", ninguno de los socios responderá. La sociedad "*se ha convertido finalmente en un sujeto jurídico independiente separado de los socios*" (Endemann). Para la discusión en relación con la 'inventada' sociedad de responsabilidad limitada v., López/González Enriquez, ADC, 1952, p 614 donde afirman que "*la configuración externa del nombre – la razón social – ha perdido… todo su significado… al permitir sociedades limitadas con denominación objetiva y anónimas con razón social… para pasar a ser decisivo, en cambio, el sentido que el nombre… tiene en cada tipo de sociedad*".

Si el Código de Comercio de 1829 (art. 277 y 278) y el de 1885 (arts. 153 y 156) recogen la responsabilidad de los accionistas limitada a su aportación es porque esa era la tradición reflejada en la responsabilidad de los socios comanditarios a cuya posición se equiparaba la de los accionistas.

Dice Heckscher (*Mercantilism*, pp 367-368) que la responsabilidad limitada pone de relieve el carácter independiente (separado) del patrimonio de la empresa en relación con el patrimonio de los accionistas individuales. Y esta independencia es tan "evidente" que no se piensa ni por asomo en reclamar nada a los accionistas si los bienes del patrimonio independiente son insuficientes para pagar a todos los acreedores. Los accionistas de las primeras corporaciones comerciales neerlandesas no fueron nunca responsables de las deudas sociales porque tenían la consideración de comanditarios. Y los socios en comandita no respondían de las deudas de la compañía

Lo que hay que explicar, pues, es qué llevó a los codificadores a imponer la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas de la sociedad "*sean o no*

gestores" – art. 127 C de c - si se reconoce a ésta personalidad jurídica. Para entenderlo, hay que hacer un repaso histórico.

Las sociedades colectivas de la Edad Moderna consistían típicamente en acuerdos entre pocos socios para el desarrollo de un negocio concreto.

> V., muchos ejemplos en Rodríguez de Gracia, Hilario, Asociaciones mercantiles y compañías de minoristas y mayoristas en Toledo (1570-1630), 2014; Guadalupe Carrasco, Los instrumentos del comercio colonial en el Cádiz del siglo XVII (1650-1700), Madrid 1996; Jesús Alfaro, Commenda y préstamo a la gruesa (ventura o riesgo de mar), Almacén de Derecho, 2022. Los estudios de la *compagnia* indican que la responsabilidad con su patrimonio personal de los socios colectivos estaba vinculada a su intervención en los negocios jurídicos correspondientes, y no tanto a su condición de socios. Jesús Alfaro, El contrato trino y el art. 96.1 LSC, Almacén de Derecho, 2016; D. de Ruysscher, Entity shielding y los inicios del patrimonio de las sociedades (Amberes, siglos xvi-xvii), AHDE, XC, 2020.

Históricamente, lo que distingue una sociedad colectiva de formas como la *commenda* o el contrato trino es la 'responsabilidad externa' de los socios colectivos, consecuencia de que los negocios de la compañía se realizan bajo su nombre que figura, normalmente, en la razón social. Porque el socio actuante realizaba el negocio ostensiblemente en nombre de la sociedad (*expendere nomen societatis*), para el tercero, la situación es la misma que si estuviera contratando con todos los socios colectivos a la vez, lo que justificaba la responsabilidad de los otros socios aunque no fueran 'gestores' del negocio concreto que hizo surgir la deuda. De la actuación representativa a afirmar que los demás socios se estaban vinculando personalmente con el tercero hay sólo un paso y el legislador acabó imponiendo esta responsabilidad como un añadido a la de la sociedad por los elevados costes que tenía para los terceros distinguir el patrimonio social del patrimonio individual de los socios en las épocas pre-contemporáneas en las que no había obligación de contabilidad ni registro ni un Derecho de Quiebras eficaz.

Que la ratio de la responsabilidad de los socios colectivos por las deudas sociales tiene que ver con su actuación personal en el tráfico se refleja bien, en primer lugar, en los antecedentes del art. 127 C de c. Así, en las Ordenanzas de Bilbao (T. XIII de las Compañías), se lee: "*todos los interesados en una Compañía serán obligados á abonar, y llevar á debida execucion, á pérdida, ó ganancia, qualesquiera negocios que cada compañero haga, y execute en nombre de todos con otras personas, y negociantes fuera de ella; saneando cada uno las perdidas que puedan suceder, hasta en la cantidad del capital, y ganancias en que fue interesado, y resultaren del total de la Compañía*". Hasta aquí, las Ordenanzas se limitan a establecer la responsabilidad del patrimonio social por las deudas contraídas a cargo de éste por el socio legitimado para administrar. Pero, a continuación, añade: "*entendiendose, que aquel, ó aquellos, baxo de cuya firma corriere la Compañia, estarán obligados, demás del fondo, y ganancias que en ella les pertenezcan, con todo el resto de sus bienes, habidos, y por haber, al saneamiento de todas las perdidas, aunque que estos tales, alguno de ellos entrase sin poner caudal en dicha Compañía*".

Es decir, que responde con su patrimonio sólo el socio cuyo nombre figura en la razón social. Parece decisiva la inclusión del nombre en la razón social y también, aunque menos, la participación del socio en la celebración del negocio. Es más, este último criterio acabará invirtiéndose porque sólo podrán vincular a la sociedad los socios que figuren en la razón social o tengan un mandato de todos sus consocios y acabará siendo ilimitadamente responsable cualquier socio cuyo nombre aparezca en la razón social con independencia de si administra o no la compañía (*cujus nomen expenditur, expressum est, o cujus nomine societas intituiatur)*. Los socios que sólo aportaban capital (los comanditarios) no aparecían en la razón social con lo que la relación entre administración, razón social y responsabilidad personal se tornaba perfecta.

V., art. 126 C de c que supone que en la razón social figuran los nombres de todos los socios colectivos. Y dice Petit, (*From Commercial Guilds)* que "*los contratos bilbaínos demuestran que casi siempre, los socios respondían ilimitada y solidariamente de las deudas comunes, con independencia de que tuvieran o no poder para celebrar contratos en nombre de la compañía o no".* En el Código de 1829 tras el 267 – del que trae causa el vigente 127 - se lee en el art. 270 que "*en las compañías en comandita son también responsables solidariamente de los resultados de todas sus operaciones el socio o socios que tengan el manejo o dirección de la compañía o estén incluidos en el nombre o razón comercial de ella*. Resulta evidente de lo transcrito y de lo transcrito más arriba de las Ordenanzas de Bilbao que, por lo menos hasta el Código vigente, lo decisivo no es la condición de socio colectivo, sino la inclusión en la razón social y la actuación en el tráfico en nombre y por cuenta del patrimonio social (v., también el art. 273 C d c de 1829 que, de nuevo, no se refiere a los socios colectivos sino a los "socios gestores"). V., también el art. 147 II C de c que, al extender la responsabilidad al socio comanditario que permite la inclusión de su nombre en la razón social, dice que "*quedará sujeto… a las mismas responsabilidades* (no que un socio colectivo sino) *que los gestores".*

La interpretación del art. 127 C de c más conforme con la tradición pasa por afirmar que el precepto impone la responsabilidad de los socios colectivos porque, como administradores natos, actúan o permiten que se actúe en su nombre al incluir su nombre en la razón social. Cuando aparecen las corporaciones comerciales, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales ni se plantea porque es evidente que la corporación tiene personalidad jurídica propia y su propio nombre, por lo que, una vez que el legislador – el codificador francés y luego el español – reconoce personalidad jurídica expresamente a las sociedades mercantiles de personas, lo coherente es interpretar la responsabilidad personal de los socios colectivos por las deudas sociales a la luz de dicha personificación y buscar su *ratio* en la peculiar posición de éstos en relación con los acreedores de la sociedad colectiva y no en una inexistente regla según la cual, de las deudas de una persona jurídica societaria responden sus socios. Y, en este sentido, lo procedente de *lege ferenda* es, probablemente, terminar con esta fianza legal una vez que el patrimonio de la sociedad colectiva puede identificarse y los terceros disponen de mecanismos a bajo coste para determinar qué bienes pueden atacar para cobrarse sus créditos.

Por lo demás, la doctrina es conforme en que la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad colectiva es indemnizatoria y se asemeja a una fianza legal, lo que indica que responden por una deuda ajena.

Sin embargo, la potencia de la 'leyenda' es tal que, lejos de liberar de responsabilidad a los socios colectivos, el legislador europeo y el español de las agrupaciones de interés económico (AIE) ha reafirmado la responsabilidad de los socios por las deudas sociales (art. 24 Reglamento Europeo de la Agrupación de Interés Económico y art. 5 Ley de Agrupaciones de Interés Económico). Aunque la tentación de considerar estas normas como 'interpretación auténtica' de la tesis aquí combatida, creo que la AIE es un caso especial: dada su función auxiliar de la actividad individual de sus miembros y que carece de ánimo de lucro 'para sí misma' (art. 2.2 LAIE) la analogía con la UTE (la AIE puede verse como una UTE con personalidad jurídica) explicaría suficientemente la imposición de responsabilidad por las deudas sociales a los socios.

> También puede verse el caso de las sociedades agrarias de transformación. El art. 1.2 del Real Decreto 1776/1981, de 3 de agosto que las regula, prevé la responsabilidad subsidiaria y mancomunada de los socios por las deudas de la sociedad pero, añade, "*salvo que estatutariamente se hubiera pactado su limitación*", lo que es, tan significativo, que no necesita comentario.

En todo caso, la posición que aquí se defiende se refuerza examinando el régimen de responsabilidad de los socios comanditarios e industriales. Los primeros sólo aportan capital, los industriales solo trabajo. Los primeros no responden con su patrimonio de las deudas del patrimonio social (art. 148 IV C de c). Los industriales, según la doctrina dominante, sí, pero quizá sea el momento de volver a la interpretación tradicional del art. 141 C de c y entender que tampoco responde de las deudas sociales. No se ve, en efecto, por qué el comanditario habría de arriesgar sólo su capital, pero el industrial habría de arriesgar no sólo su trabajo sino todo su patrimonio. De manera que se confirmaría el carácter excepcional de la responsabilidad personal de los socios colectivos porque del régimen de los socios comanditarios e industriales se deduce con claridad que la cuestión de la responsabilidad de los socios no está ligada al tipo societario sino a la posición del socio en la organización social.

> Jesús Alfaro, Caso: la responsabilidad del socio comanditario por las deudas sociales, Almacén de Derecho 2019; Jesús Alfaro, El socio industrial y su participación en el capital y en los beneficios, Almacén de Derecho 2016.

El artículo 1698 CC: ¿son responsables los socios de las deudas de la sociedad civil?

> Para lo que sigue, v., Cándido Paz-Ares, Comentario del CC, tomo II, art. 1698, pp 1481-1482; José María Manresa y Navarro, Comentarios al Código Civil español, tomo XI, Madrid, 1911; Jerónimo López y González Enríquez, ADC 1952, p 611 ss; Antonio J. Quesada, La personificación de las sociedades civiles, RDPUCV, 32 (2009), pp 133-181 este último con indicaciones exhaustivas de la doctrina española.

En la misma línea conviene traer a colación el art. 1698 CC que reza que «*los socios – de la sociedad civil – no quedan obligados… respecto de las deudas de la sociedad*». He omitido a propósito la palabra 'solidariamente'. La doctrina mayoritaria actual lo

interpreta *a contrario* (no quedan obligados solidariamente significa que quedan obligados mancomunadamente) y sostiene que «*La responsabilidad de los socios* (de una sociedad civil) *es personal e ilimitada".* Los que niegan tal responsabilidad aducen dos motivos: la personalidad jurídica de la sociedad y que, si la responsabilidad del art. 127 C de c para los socios colectivos es una fianza, "*la fianza, a tenor de lo dispuesto por el art. 1827, no se presume".*

> Paz-Ares (Comentario art. 1698 CC Ministerio de Justicia, 1990) cita a Blas Pérez-González y José Alguer que, dice, sostienen que los socios de la sociedad civil no responden. Manresa parece sostener lo mismo que Paz-Ares: que la responsabilidad de los socios de una sociedad civil por las deudas sociales es mancomunada y no solidaria como la de los socios de una sociedad colectiva (v., un resumen de la posición de Manresa aquí). Castán, Batlle y Bonet, en Código Civil, de Scaevola, XXV, Madrid 1933, pp 465-466, *apud*, Jerónimo López y González Enríquez, ADC 1952, p 617, opinan como Pérez-González y Alguer.

El art. 1698 CC es todo menos claro porque es un precepto que formaba parte de una regulación de la sociedad civil pensada como *societas* y no dice que los "*socios se obligan*" sino precisamente, que "*los socios no quedan obligados*". Y el tenor literal del art. 1697 tampoco es un argumento porque indica los requisitos para "*que la sociedad quede obligada*" y no se refiere a los socios como mandantes.

En el Proyecto de CC de 1851, donde la sociedad no tenía personalidad jurídica, había que determinar cómo se distribuía entre los socios la responsabilidad derivada de la conducta de un socio cuando el negocio realizado con el tercero se refiriera al objeto de la sociedad. En tal caso, era una deuda con pluralidad de deudores si y solo si el socio que la hubiere contraído lo hubiera hecho con poder de los demás socios. En otro caso, el socio actuante, aunque pretendiera actuar para el interés colectivo del grupo de socios, sería el único obligado. Así se explica el tenor literal del art. 1591 del Proyecto 1851: "*no quedan obligados mancomunadamente respecto de las deudas*" (contraídas por un socio por cuenta de "la sociedad") y el tenor del art. 1592 del Proyecto 1851: "*el socio que no tiene poder* (de los demás socios) *no puede obligar a los demás*", naturalmente con el límite de que se hubieran beneficiado ("*sino en cuanto al lucro que recibió la sociedad y en proporción al interés de cada uno en ella*"). Sucede, sin embargo, que la celebración del contrato de sociedad implica, ex art. 1589.1ª del Proyecto 1851 que los socios se consideren recíprocamente apoderados como exigencia del principio de igualdad, de manera que el caso de no vinculación será excepcional. Pero eso no cambia la conclusión: los socios quedan obligados con su patrimonio porque el que ha actuado lo ha hecho debidamente apoderado por cada uno de ellos. Así que la responsabilidad por la deuda así contraída se explica fácilmente en aplicación de las reglas del mandato representativo, no sobre la base de las normas sobre la persona jurídica.

A la vista de lo expuesto, a mi juicio, no hay buenos motivos para afirmar la responsabilidad de los socios civiles por las deudas de la sociedad. Si la sociedad civil tiene personalidad jurídica, los socios no responden de las deudas sociales. A lo que

se ha expuesto en general sobre la unidad del concepto de personalidad jurídica y en particular sobre el fundamento de la responsabilidad de los socios colectivos puede añadirse el argumento de la doctrina tradicional en el sentido de que no se puede presumir una garantía de los socios con tan poco apoyo en el texto de la norma.

El falso problema de los acreedores extracontractuales

Afirmar que los socios de una sociedad con personalidad jurídica no responden de las deudas sociales no deja desprotegidos a los acreedores extracontractuales *(non adjusting creditors* en la jerga de la literatura económica). Es tal, por ejemplo, el viandante al que se le derrumba un muro de una finca, cuando pasea por la calle de una ciudad, muro de un inmueble que es propiedad de una sociedad anónima y cuyo mantenimiento era defectuoso. Y la razón es que los criterios para determinar el patrimonio responsable al que puede atacar el dañado para obtener la indemnización, son autónomos y no se ven afectados por la separación entre el patrimonio de la sociedad anónima y el patrimonio de los accionistas.

> La expresión "non adjusting creditors" proviene de A. Bebchuk and J.M. Fried, 'The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy', 105 Yale LJ (1996) p. 857 at pp. 881-890.

Así, no cabe duda de que responde el patrimonio de la sociedad y, además, el del jefe de mantenimiento (o, a falta de éste, el administrador) sobre el que pesaba el deber de garantizar la inocuidad de los inmuebles propiedad de la misma. Son los criterios de imputación objetiva generales de la responsabilidad civil los que determinan qué patrimonio es responsable.

El Derecho de la responsabilidad extracontractual no se rige por los mismos principios que la contractual, en lo que a la determinación del responsable de indemnizar el daño se refiere. Obligado a cumplir un contrato está el que lo haya celebrado. Obligado a indemnizar un daño está el que haya causado la 'perturbación' o haya actuado con 'culpa o negligencia' y eso sólo pueden hacerlo seres humanos.

> Sobre el concepto de "perturbación" para identificar las conductas penalmente relevantes, v., Marta Pantaleón, Delito y responsabilidad civil extracontractual, Madrid 2022, capítulo II, p 86-88: "*una conducta perturbadora*" requiere que "*el potencial responsable se haya comportado en relación con los intereses ajenos de forma contraria a las expectativas sociales jurídicamente reforzadas*"… "*la categoría dogmática que más se asimila a la perturbación es el concepto jurídico-civil de imprudencia o… la 'culpa o negligencia' a la que se refiere el art. 1902 CC*"

Además, si los seres humanos actuaban con efectos y en interés de un patrimonio personificado, también responderá ese patrimonio. Por tanto, no hay un déficit de protección de las víctimas de conductas dañosas causado por la responsabilidad limitada de las sociedades de capital.

Tampoco hay nada que cambiar en el Derecho de Grupos en relación con la responsabilidad frente a acreedores. Basta con aplicar correctamente las normas sobre responsabilidad contractual y extracontractual. O aplicar las normas ya previstas para situaciones especiales (responsabilidad frente a los trabajadores, responsabilidad concursal, responsabilidad por ilícitos antitrust cometidos por la filial…). Esto lo he explicado con algo de detalle en Jesús Alfaro, Limited Liability of Shareholders: Status Quaestionis, 2007 y en Jesús Alfaro, La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad «externa» de los administradores sociales. Segunda edición», *InDret* 2007, con amplias indicaciones. Al examinar los casos de levantamiento del velo volveré sobre esta cuestión. Sobre la responsabilidad penal de los socios v., Jesús Alfaro, ¿Responsabilidad penal de los socios por los actos de los administradores?, Almacén de Derecho, 2022.

Los atributos de la personalidad jurídica

Jesús Alfaro, Los atributos de la personalidad jurídica, Almacén de Derecho 2019; Jesús Alfaro, Lección: la nacionalidad de las sociedades (lex societatis), Almacén de Derecho 2016; Uwe John, Einheit und Spaltung im Begriff der Rechtsperson, 1982, resumido aquí. Cándido Paz-Ares, La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica: las cuentas en participación con más indicaciones de bibliografía española; Cándido Paz-Ares, La reforma del registro mercantil, Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Vol. 6, 1988, págs. 469-504

Aunque la personalidad jurídica sea un fenómeno exclusivamente patrimonial, a ese patrimonio separado tenemos que darle un nombre (razón o denominación social), un domicilio y una nacionalidad. No porque sea semejante a un ser humano, sino porque para poder insertarlo en el tráfico patrimonial necesitamos identificarlo (¿a qué patrimonio se imputará la deuda contraída por el presidente de Telefonica?); atribuirle un domicilio (¿dónde comunicamos la presentación de una demanda de daños que deben indemnizarse con cargo a ese patrimonio?) y determinar qué normas jurídicas le serán aplicables (¿qué derecho se aplica a ese patrimonio? ¿el español, el francés o el mexicano?). Esto es lo que significa atribuirle una «nacionalidad».

La nacionalidad de las personas jurídicas

La nacionalidad de un ser humano es, ante todo, la expresión jurídica de su integración en una comunidad nacional, de ahí que se atribuya en virtud de vínculos como el parentesco (*ius sanguinis*) y el lugar de nacimiento (*ius soli*). La nacionalidad es un atributo ligado a la personalidad del individuo, parte sustancial de su estado civil y criterio determinante del reconocimiento de sus derechos políticos.

Por el contrario, la nacionalidad de las personas jurídicas no expresa la conexión de los miembros (o del fundador) con una comunidad nacional, sino que actúa simplemente como mecanismo de selección de la Ley aplicable (*lex societatis*) al contrato de sociedad o negocio jurídico fundacional y al patrimonio. Decir que una sociedad es española es decir que se aplican las normas del Derecho español de sociedades a su "*capacidad, constitución, representación, funcionamiento,*

transformación, disolución y extinción» (art. 9.11 CC, STS 19-II-1993). El art. 9.11 CC no sólo recoge la *lex societatis,* sino también la *lex patrimonii* que, porque es eficiente que coincida, lo hace con la *lex contractus*.

> *Cfr.,* lo que sucede con la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* o a la ley aplicable al matrimonio, los otros dos hechos o actos o negocios jurídicos que provocan la constitución de un patrimonio separado, la herencia yacente en el primer caso y el patrimonio conyugal en el segundo).

El domicilio de las personas jurídicas

Lo propio respecto del domicilio. En relación con los individuos, el domicilio cumple muchas funciones, pero es «*uno de los criterios de identidad de la persona*». Dice von Tuhr que es «*el lugar en que una persona constituye el centro de su vida… es ordinariamente de libre elección*». Las personas jurídicas han de tener un domicilio para el mejor ejercicio y cumplimiento de sus derechos y obligaciones patrimoniales (v., art. 9 LODA; art. 6 LF). Es el criterio para determinar el lugar de cumplimiento de las obligaciones (art. 1.171.III CC); para atribuir la competencia registral (v. art. 17 RRM) y judicial (art. 66 LEC); para reunir la asamblea u otros órganos sociales (art. 175 LSC); para hacer notificaciones o ejercitar derechos etc. Compárese con las funciones que el domicilio despliega en relación con los individuos y que afectan a su *status* personal, desde la comisión de delitos (abandono de hogar, allanamiento de morada) a las obligaciones conyugales pasando por la titularidad o ejercicio de derechos (voto, derecho a prestaciones públicas…) y se comprobará que el domicilio de una persona jurídica sirve al gobierno del patrimonio, por tanto, a los aspectos contractuales y sirve a la participación del patrimonio en el tráfico jurídico – como punto de conexión que permite localizar el patrimonio que es parte de una relación.

El nombre

> Lo que sigue está extractado de Jesús Alfaro, Una comparación entre el nombre civil y la denominación social, Almacén de Derecho 2022.

La denominación social parece ser, a las personas jurídicas, lo que a los seres humanos sería el nombre. Pero esta analogía es incorrecta. Las personas jurídicas no tienen un nombre en el sentido que lo tienen los individuos. El art. 50.1 de la Ley del Registro Civil dice, correctamente, que "*Toda persona tiene derecho a un nombre desde su nacimiento*". La LSC no dice nada parecido. Se limita a obligar a las sociedades a incluir en sus estatutos una denominación acompañando la indicación del tipo societario y a establecer una prohibición de identidad en la denominación social (arts. 6, 7 y 23 a) LSC). Esto significa que "*el nombre* (de los individuos) es *objeto de un derecho subjetivo, protegido contra terceros*", un 'bien de la personalidad' porque todos tenemos derecho a ser identificados ya que, ser identificados es lo que

nos permite ser considerados como un individuo 'único' distinto de los demás. En la misma línea, el nombre de los individuos está protegido por la Ley Orgánica de Protección del Honor, de la Intimidad y de la Propia imagen.

El derecho al nombre es un derecho subjetivo. No es un 'derecho real' ni tiene un contenido monopolístico, es decir, no incluye en su contenido el derecho al uso exclusivo del mismo como ocurre con los signos distintivos (marcas, nombres comerciales…) aunque actúa como un límite a estos. Pero, a diferencia de otros bienes de la personalidad, el nombre de los individuos puede ser objeto de negocios jurídicos que permitan a su titular obtener rentas del mismo, esto es, 'comercializarlo' dentro de los límites derivados del orden público.

V., Büchler, AcP, 206 (2006), pp. 300-351:

Por el contrario, las denominaciones sociales no son comercializables porque no constituyen un derecho subjetivo de las personas jurídicas ni, por supuesto, un derecho real análogo al derecho de marca. No tienen valor patrimonial. La denominación social es un requisito legal para que se reconozca personalidad jurídica a un patrimonio (v., art. 56.1 d LSC sobre las causas de nulidad: no expresarse la denominación de la sociedad en los estatutos). De modo que nada impediría que cada sociedad anónima o limitada se denominara con un código alfanumérico, pero sería evidentemente inconstitucional que la Ley del Registro Civil asignara un nombre a cada recién nacido con forma de código alfanumérico.

La denominación social tiene una mera función identificadora. Es un signo lingüístico que nos permite identificar al patrimonio; indicar a qué patrimonio dotado de agencia nos referimos. Nos permite 'referirnos' y 'dirigirnos' a ese patrimonio dotado de agencia e indicar a quién le imputamos los efectos patrimoniales. La denominación social no tiene la función de distinguir bienes, productos o servicios en el mercado por su origen empresarial.

La denominación social no puede transmitirse. Puede modificarse, pero la modificación no tiene ningún efecto patrimonial

Naturalmente, decir que no es un derecho patrimonial es compatible con que la asignación de las denominaciones concretas se rija por el criterio de prioridad temporal (*prior tempore*) determinado por el orden de la solicitud al Registro Mercantil Central (v., art. 408.2 RRM) y con que se prohíba la inscripción de una sociedad con un nombre idéntico a otra (arts. 407 y 408 RRM). La prohibición de identidad formal de denominaciones sociales (que no existe en el caso de los nombres de personas) protege el funcionamiento eficaz del Registro. Si se permitiera que estén inscritas simultáneamente dos sociedades con idéntica denominación, el Registro no podría funcionar. El Registrador no sabría en cuál de las dos hojas debería realizar las inscripciones que se le presentan o qué sociedad ha nombrado o

destituido al administrador etc. La *ratio* de la prohibición de identidad sustancial o material es distinta. Aquí se trata de proteger a la sociedad inscrita frente a perturbaciones en su actividad en el tráfico causadas por la existencia de otras personas jurídicas que se denominan de forma tan semejante que sería difícil para los terceros identificar a su contraparte. La mecánica registral no se ve perturbada. Al Registrador le es siempre posible comprobar que no se trata de la misma sociedad ya que las denominaciones no son idénticas. Es éste, pues, un interés particular de la sociedad inscrita y, naturalmente, como cualquier interés particular, disponible. Se explica así que el art. 408.2 RRM establezca que en caso de identidad sustancial pero en ausencia de identidad formal, la nueva sociedad puede inscribirse con la denominación sustancialmente idéntica siempre que lo autorice la sociedad afectada: *Volenti non fit iniuria.*

Personas jurídicas y derechos fundamentales

Los grupos no tienen ningún derecho moral al bienestar independientemente de sus miembros; los grupos simplemente no son el tipo de ser que puede tener un estatus moral. No sienten dolor ni placer. Son los individuos, seres sensibles cuya vida puede ir mejor o peor, los que sufren o prosperan, y por eso su bienestar es objeto de la moral. Es extraño, por decirlo suavemente, admitir que los individuos puedan ser sacrificados legítimamente en aras de salvaguardar la «salud» de una especie de cosa que es eternamente incapaz de sufrir o prosperar, en el sentido de suscitar demandas de justicia.

Will Kymlicka

Pedro Cruz Villalón, Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas, REDC 1992, p 63 ss; Tomás Vidal Marín, Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional, *InDret*, 2007; José Manuel Díaz Lema, ¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?, RAP (120) 1989, pp 79 ss; Bastida y otros, Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, Barcelona 2004, capítulo 4: Ángel Gómez Montoro, La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, *Cuestiones Constitucionales*, 2(2000), pp 23-71; Ángel Gómez Montoro, La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación (1), REDC 22 (2002), p 49 ss; Ciepley, David A, *Member Corporations, Property Corporations, and Constitutional Rights* Law and Ethics of Human Rights 11 (1): 31-60 (April 2017), resumido aquí. Macey, Jonathan R. and Strine, Leo E., *Citizens United As Bad Corporate Law* (August 16, 2018), resumido aquí. Elisabeth de Fontenay, Individual Autonomy in Corporate Law (March 28, 2018). Harvard Business Law Review, Vol. 8, 2018). Andrea Tina, , Brief reflections on Burwell v. Hobby Lobby, inc.(Supreme Court of the United States, June 30, 2014) from an Italian Corporate Law Scholar's perspective, Stato, Chiese e pluralismo confessionale, 13/2016

Una versión preliminar de lo que se expone a continuación se publicó en dos entradas del Almacén de Derecho de 2020, Las personas jurídicas no tienen derechos fundamentales: de ninguna clase (I) y Las personas jurídicas no tienen derechos fundamentales: de ninguna clase (II), Pero, como en ocasiones anteriores, lo que se expone a continuación supone una modificación significativa de lo que allí se dijo.

¿Se puede lesionar el honor del Ayuntamiento de Sobrescopio (Asturias, España)? No y dos veces no. No, porque las personas jurídicas no tienen honor. Y no, porque la

Corporación municipal de Sobrescopio es una persona jurídica pública (forma parte del Estado) y las personas jurídicas públicas no son titulares de derechos fundamentales (al revés, están obligados por los derechos fundamentales de los ciudadanos). No son ciudadanos (v., STS 15-VI2016 comentada aquí). Esto último es obvio, lo que no es tan obvio es que tampoco las personas jurídicas privadas tienen derechos humanos.

Si las personas jurídicas son patrimonios dotados de capacidad de obrar, lógicamente, a un patrimonio no pueden 'pertenecer' derechos u obligaciones que no sean patrimoniales porque es de la esencia de un patrimonio estar formado por bienes. Cuando se constituye una sociedad y se realizan las aportaciones de los socios o cuando los socios de una asociación se obligan a realizar aportaciones periódicas, se obligan a realizar aportaciones patrimoniales. Si contratan a un empleado, el patrimonio social adquirirá un derecho de carácter obligatorio frente al empleado (que «deberá» al patrimonio su fuerza de trabajo en los términos pactados). Por el contrario, los bienes de la personalidad o derechos personales de los asociados permanecen en la cabeza de los individuos aun cuando la participación en la sociedad o asociación les sirva para desarrollarse como individuos y ejercitar sus derechos fundamentales.

De modo que si el Ordenamiento legitima a las personas jurídicas para ejercer pretensiones relacionadas con tales derechos y libertades no es porque las considere titulares de tales derechos, sino porque se ve afectado algún derecho patrimonial de la persona jurídica (art. 38 CC).

Por ejemplo, si se discute –como se discutió en la sentencia *Citizens United* del Tribunal Supremo norteamericano– si las empresas pueden financiar sin límite a los partidos políticos y las campañas electorales y se tiene una concepción de la persona jurídica como una persona colectiva, se tenderá a considerar, como consideró el Tribunal Supremo norteamericano, que el legislador no puede poner límites a la actividad política de las empresas porque estaría limitando la libertad de acción política de los accionistas, estos sí, individuos de carne y hueso. Es obvio, en efecto que nada debería impedir a los ciudadanos, individual o colectivamente, hacer donaciones a los políticos de su preferencia.

Pero una normativa estatal que prohíba a las compañías mercantiles hacer donaciones a partidos políticos no hace nada de eso. Es una normativa declarativa que pone de manifiesto que los administradores de una persona jurídica no pueden actuar *ultra vires* en el destino que dan al patrimonio social. Porque la *General Motors* o *Google* no son una 'agrupación de ciudadanos' (recuérdese, las personas jurídicas no son grupos personificados ni personas colectivas) sino patrimonios separados que fueron constituidos con las aportaciones de los accionistas para fabricar y vender automóviles o para explotar un buscador de internet repartiéndose las ganancias de tal actividad. Por tanto, los accionistas no transfirieron a los órganos

de las sociedades anónimas en las que ostentan acciones el ejercicio de sus derechos de participación política. Si, por el contrario, se considerara que los administradores de una compañía como *Google* han recibido tal encargo por parte de sus accionistas en la medida en que las donaciones a los partidos políticos pueden aumentar el valor de la empresa porque reciban un mejor trato por parte de los poderes públicos o, interpretando *in bonam partem* las intenciones de los administradores, para evitar, simplemente, que los políticos maltraten a la compañía entonces**,** entra dentro de los poderes del Estado para regular la actividad económica ¡y no dentro de los poderes del Estado para establecer límites a la libertad de participación en la vida pública! la posibilidad de prohibir las donaciones empresariales. Y, desde el punto de vista de la corporación, ésta no estará ejerciendo, ni siquiera en representación de sus miembros, un derecho de participación en la vida pública, sino que estará adoptando medidas discrecionales en relación con el patrimonio social que, a juicio de los administradores, maximiza el valor de la empresa.

> V., Jesús Alfaro, ¿Infringen sus deberes los administradores sociales que hacen lobby?, Almacén de Derecho 2016.

Otro tanto ocurre con la publicidad comercial. Cuando las compañías mercantiles hacen publicidad, pueden apelar a la libertad de expresión sólo en la medida en que la publicidad es un acto expresivo y que la realización de publicidad es una medida adecuada para maximizar el valor del patrimonio social. Pero la ley puede prohibir a las compañías mercantiles la participación en la contienda política (haciendo publicidad) sin infringir los derechos fundamentales de nadie. De la persona jurídica, porque las personas jurídicas no tienen derecho a participar en la contienda política y de los miembros o socios de esa persona jurídica porque no se asociaron para participar en la contienda política, de manera que los administradores actuarían *ultra vires* si emplearan el patrimonio que tienen asignado gestionar para fines distintos de los descritos en los estatutos y en su objeto social.

Observaciones parecidas y aún con mayor rotundidad pueden hacerse en relación con la sentencia *Hobby Lobby* también del Tribunal Supremo de EE.UU. *Hobby Lobby,* una sociedad anónima, pretendía que su derecho a la libertad religiosa se veía afectado porque una norma legal le imponía la obligación de cubrir el coste de los anticonceptivos en el seguro médico que había de ofrecer a sus empleados. El ponente de la sentencia dijo que "*cuando se extienden derechos constitucionales o legales a las corporaciones, el objetivo es proteger los derechos de los individuos*" que utilizan las corporaciones como "*una forma de organización para alcanzar los objetivos que desean*". Pues bien, es un disparate afirmar que los accionistas de *Hobby Lobby* constituyeran esta sociedad para ejercer colectivamente su libertad religiosa. Constituyeron la empresa para ganar dinero vendiendo artesanías. La compañía – y sus órganos – no ejercían, pues, el derecho a la libertad religiosa de sus socios. La normativa pública no es más que una regulación del seguro médico que, al imponer obligaciones sobre un patrimonio no puede – metafísicamente – afectar a la libertad religiosa de nadie.

En el mismo sentido, Tina, Stato, Chiese e pluralismo confessionale, 13/2016, p 10.

Las personas jurídicas no son titulares ni siquiera del derecho fundamental de propiedad. Por ejemplo, cuando una sociedad anónima recurre ante los tribunales una actuación expropiatoria de la Administración, puede decirse con propiedad que son los socios los que están defendiendo su derecho de propiedad a través de la sociedad. Porque son los socios los que han constituido el patrimonio que se ve afectado por la actuación de la Administración. Y son los socios los que, al asignar la administración de ese patrimonio a los órganos sociales, están apoderándolos para que defiendan el mismo frente a los intentos de apropiación por parte de terceros y, naturalmente, por parte de la Administración Pública. De nuevo pues, y también para los derechos fundamentales de contenido económico, sólo los individuos son titulares de derechos fundamentales. Las personas jurídicas tienen la propiedad de bienes concretos porque son patrimonios personificados y esos bienes pertenecen a esos patrimonios, pero no porque esos patrimonios personificados sean titulares del derecho fundamental de propiedad. El derecho de propiedad es un bien de la personalidad y sólo los individuos son titulares de tal derecho. En las fundaciones, el derecho de propiedad que se defiende es el del fundador (forma parte del derecho de fundación).

Lo propio puede decirse respecto de la libertad contractual (art. 10.1 CE y art. 1255 CC). Si este derecho a celebrar contratos vinculantes forma parte de la autonomía privada y ésta es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad de los individuos, solo estos – los socios – serán los titulares del derecho fundamental. Que una persona jurídica pueda ser parte de un contrato, en otros términos, no se explica como ejercicio de un derecho fundamental a celebrar contratos; se explica porque los socios (o el fundador), al constituir la persona jurídica, autorizaron a los órganos de la persona jurídica a celebrar contratos por cuenta y efectos de los socios en el ámbito patrimonial delimitado por el patrimonio de la persona jurídica.

Hay derechos o deberes que son, desde este punto de vista, 'incoloros' porque son instrumentales de otros derechos. Los derechos de defensa y a la tutela judicial (art. 24 CE) – si es que es un auténtico derecho fundamental - sirven a la defensa y tutela no sólo de los derechos humanos sino también de derechos patrimoniales, por ejemplo. El honor es 'patrimonio del alma' y, por tanto, un derecho exclusivamente humano, pero la reputación comercial es un derecho patrimonial porque es valioso.

V., *contra*, en los dicta, la STSde 7 de noviembre de 2019, ECLI: ES:TS:2019:3529, comentada aquí, donde se propone articular estas pretensiones a través de la Ley de Competencia Desleal. V., también lo que se dijo *supra* sobre la comercialización del nombre de los individuos.

Una asociación no es titular del derecho fundamental de asociación. Los derechos que se consideran contenido esencial del derecho de asociación (de asociarse, de no asociarse y de organizar autónomamente las relaciones entre los socios) son de titularidad individual y 'han sido puestos en común' al celebrarse el contrato de sociedad o asociación.

Correctamente, Cruz Villalón, REDC 1992, p 76 «*la titularidad de los derechos fundamentales por parte de estos grupos no es una consecuencia de que los mismos se encuentren dotados o no de personalidad jurídica*". Así disuelto el problema – el concepto de persona jurídica es irrelevante para determinar quién es titular de derechos fundamentales y quién está legitimado para ejercerlos – las afirmaciones del Tribunal Constitucional son perfectamente compartibles. En la STC 64/1988 se dice con bastante precisión que «*es indiscutible que en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo como sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos*»… «*es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental*».

El planteamiento aquí defendido permite, además, dar razón de por qué a un sindicato se le reconoce el derecho de huelga (*rectius,* el derecho a convocar una huelga) pero a una sociedad anónima, no. O por qué el derecho real de propiedad se reconoce a todas las personas jurídicas pero el derecho a la participación en la vida pública solo a las asociaciones y, de forma señera, a los partidos políticos. La explicación es, en todos estos casos la misma: no se reconocen derechos fundamentales a las personas jurídicas. Se reconocen derechos fundamentales a los individuos incluyendo su ejercicio y defensa de forma colectiva permitiéndoles formar patrimonios dotados de capacidad de obrar para dedicarlos a tal fin.

La afirmación de nuestro Tribunal Constitucional (STC 23/1989 FJ 2), siguiendo a la doctrina constitucional alemana, según la cual "*los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas*" carece de contenido porque se limita a replantear la pregunta acerca de la naturaleza jurídica de las personas jurídicas. Es decir, si se sigue la tesis de la persona ficta, a preguntarnos en qué medida es suficientemente análoga una persona jurídica a un ser humano para poder extenderle los derechos fundamentales. Las tesis analíticas funcionan algo mejor, porque extenderán los derechos fundamentales a las personas jurídicas en la medida en que sea necesario para garantizar los derechos de los individuos que están 'detrás' de la persona jurídica. Pero la teoría patrimonialista es la que funciona mejor de todas, también en este punto. Dado que las personas jurídicas son patrimonios dotados de capacidad de obrar, lo relevante es olvidarnos de la personalidad jurídica y fijarnos en el contrato o negocio jurídico que dio lugar a la formación del patrimonio personificado. El análisis del contenido de ese contrato – de sociedad – o ese negocio jurídico – fundacional – nos permitirá determinar si la regla relativa a un derecho fundamental debe aplicarse a la sociedad o a la fundación de que se trate. La tesis patrimonialista está en este punto muy próxima a las tesis analíticas porque el de los derechos fundamentales de las personas jurídicas es un falso problema. Se trata de examinar los derechos fundamentales de los individuos que forman patrimonios para mejor

conseguir sus fines en relación con la consecución de tales fines o se asocian para actuar unificadamente.

> Como la asociación, la fundación carece de dignidad y personalidad. Y en la medida en que las fundaciones son sólo patrimonios afectos a un fin dotados de capacidad de obrar, el reconocimiento de personalidad jurídica es suficiente para considerar garantizado el derecho de fundación, derecho del que son titulares, obviamente los fundadores, no las propias fundaciones. Los derechos que deban reconocerse a la fundación deben poder remitirse al propio derecho a fundar. Por ejemplo, las fundaciones deben ser titulares del derecho de propiedad porque si no lo fueran – si el Estado pudiera apoderarse de sus bienes discrecionalmente – no podría decirse que ese Estado estuviera reconociendo y garantizando el derecho a fundar (del fundador, que puede estar muerto y en todo caso, no interesado en litigar). Lo propio con la libertad de expresión o de asociación: deben reconocerse a las fundaciones en la medida en que su ejercicio por los individuos que ocupan los órganos fundacionales pueda considerarse como "ejecución" del derecho a fundar.

El nacimiento de la personalidad jurídica y la inscripción en el Registro Mercantil

Introducción

> *"¿Por qué la teoría política, que acudió a los juristas para adoptar la mayor parte de sus ideas, tomó de ellos el contrato social en lugar del acto de constitución de una sociedad en apariencia mucho más apropiado"*
>
> F. W. Maitland

La atribución de personalidad jurídica a un patrimonio no depende de la inscripción del contrato de sociedad en un registro sino, como se ha visto, de que los que forman el patrimonio lo doten de capacidad de obrar. Las sociedades con personalidad jurídica tienen, no obstante, la obligación de inscribirse en algún registro público. Excepto la sociedad civil (art. 1665 y ss. CC), las sociedades mercantiles personalistas – colectiva, comanditaria, agrupación de interés económico -, y las corporaciones – anónimas y limitadas fundamentalmente– tienen que inscribirse en el Registro Mercantil. Las cooperativas han de hacerlo en el de cooperativas, las fundaciones en el de fundaciones y las asociaciones en el de asociaciones.

Pues bien, *grosso modo,* cuando una sociedad que debe estar inscrita en el Registro mercantil no lo está, se dice que la sociedad es irregular.

> Digo *grosso modo* porque a la sociedad no inscrita se le denomina sociedad en formación durante el período que va desde el otorgamiento de la escritura pública (la redacción del documento notarial que contiene el contrato de sociedad) hasta la inscripción en el registro mercantil (arts. 36-38 LSC). Una sociedad en formación termina, pues, como ha explicado Maribel Sáez, porque se disuelva o porque se 'transforme' en la sociedad de capital definitiva (anónima o limitada) o porque, por ministerio de la ley, se 'transforme' en una sociedad de personas al caer en la 'irregularidad', arts. 39-40 LSC)

Si la sociedad irregular tiene personalidad jurídica o, *rectius,* la personificación de un patrimonio no depende de la inscripción en un registro, ¿qué consecuencias tiene el incumplimiento de la obligación de inscribir una sociedad? La única regla específicamente aplicable a las sociedades irregulares por el hecho de serlo es la de la responsabilidad de los actuantes (art. 36 LSC). Es decir, junto al patrimonio social, de las deudas generadas a cargo de ese patrimonio por los administradores o mandatarios designados por los socios, responde también el patrimonio del administrador o mandatario que hubiera contraído la deuda por cuenta de la sociedad no inscrita**.** Se observa, claramente, el paralelismo de esta regla con la responsabilidad de los socios colectivos. En ambos casos estamos ante una fianza legal.

El nacimiento de la persona jurídica y la formación del patrimonio separado en las sociedades de personas y en las corporaciones

> Para lo que sigue v., sobre todo, Cándido Paz-Ares, Comentario del artículo 1669 CC en Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia, II, 1991 y, al respecto, Jesús Alfaro, Persona Jurídica y Sociedad, Almacén de Derecho 2019 y Jesús Alfaro, La doctrina de la sociedad nula y la teoría de la personalidad jurídica, *Diálogos Jurídicos* 2022, apartados VI y VII; Pantaleón, AAMN, 1997

En nuestro Derecho, la persona jurídica societaria nace con la constitución de la sociedad y no con la inscripción de la sociedad en el registro mercantil. Como dice Pantaleón, "*jamás en la historia de la persona jurídica se hizo de la inscripción en registros oficiales la piedra de toque para distinguir los entes asociativos provistos y carentes de personalidad*". La personalidad jurídica "nace" en el momento de la celebración del contrato de sociedad porque es en ese momento en el que los socios forman el patrimonio y lo dotan de capacidad de obrar.

> Paz-Ares desmontó eficazmente la tesis según la cual, las sociedades adquirían su personalidad jurídica con 'la publicidad de hecho', esto es, "*desde el momento en que comienzan las operaciones sociales y la sociedad se manifiesta como tal en el tráfico mediante el ejercicio de la actividad nomine societatis*". Paz-Ares dijo, con razón, que eso impide establecer un momento preciso para afirmar la existencia de una persona jurídica (¿cuántas "operaciones" son necesarias? ¿Cómo puede adquirirse la personalidad jurídica realizando actos – las operaciones – que sólo puede realizar alguien dotado de personalidad jurídica, esto es, con capacidad jurídica? ¿Cuándo se considera que las aportaciones pasan a ser propiedad de la sociedad y dejan de serlo de los socios?) al margen de otras consecuencias igualmente inasumibles: las aportaciones "*permanecen en la propiedad común de los socios (con la consiguiente posibilidad de ser embargadas pro quota, por sus acreedores particulares);… la sociedad no publicada no puede reclamar sus derechos (v.gr.: un crédito cedido, la indemnización de un seguro en que quedara subrogada, el premio de un billete de lotería aportado, etc); … los acreedores extracontractuales no pueden dirigirse contra el patrimonio social; que los bienes aportados no pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad a nombre de la sociedad…*" Desde la concepción de la personalidad jurídica que se mantiene en estas páginas, la tesis de la publicidad de hecho es, además, arbitraria, ya que anuda la formación del patrimonio a la celebración de alguno o algunos contratos con terceros por el administrador de ese patrimonio.

Es cierto que el momento en el que se forma la persona jurídica es conceptualmente distinto en las sociedades de personas y en las sociedades de capital – corporaciones. En las primeras, tal momento coincide *ministerio legis* con la celebración del contrato de sociedad porque los socios de una sociedad de personas son administradores 'natos'. Por tanto, no hay duda de que, desde el momento de la celebración del contrato de sociedad, hay un patrimonio personificado, esto es, un patrimonio al que se le pueden imputar derechos y obligaciones patrimoniales y dotado de capacidad de obrar porque los socios pueden actuar en el tráfico con efectos sobre el mismo.

En las sociedades de capital, la situación es distinta porque el patrimonio formado por las aportaciones de los socios no tiene 'quien lo gobierne' en el momento en el que se constituye la sociedad. Los socios han de designar a los individuos que pueden proporcionar al patrimonio social la capacidad de obrar. Esto sucede (art. 22.1 e) LSC) con el otorgamiento de la escritura pública (sociedad en formación). El contrato de sociedad anónima o limitada es un contrato formal también en el sentido de que la personificación como corporación de capitales requiere la escritura pública. Se confirma así que la inscripción registral es irrelevante a los efectos aquí discutidos.

> Si los socios 'programan' constituir una sociedad anónima o limitada y proceden a celebrar el contrato, acordar los estatutos y designar administradores pero no otorgan la escritura pública, no estaremos ante una sociedad anónima o limitada en formación pero no cabe duda de que estaremos ante una persona jurídica. Si, finalmente, la sociedad se documenta en escritura pública pero no se inscribe y deviene irregular, art. 39 LSC, la personalidad jurídica no se ve afectada. Es decir, la irregularidad no hace que el patrimonio social pierda ni la capacidad de obrar ni la capacidad jurídica. Sólo se ven afectadas las reglas de gobierno del patrimonio en la medida en que las corporativas sean incompatibles – que no lo son o lo son en muy escasa medida – con las normas del Código de Comercio o el Código Civil sobre la sociedad colectiva o civil respectivamente.

Lo anterior se confirma con la referencia a las asociaciones. El art. 5.2 LODA establece que es con el otorgamiento del 'acta fundacional' (en documento privado, no necesariamente en documento público) con el que la asociación adquiere "su personalidad jurídica y plena capacidad de obrar". Y, nuevamente, el legislador ha impuesto como contenido de dicha acta fundacional "*La designación de los integrantes de los órganos provisionales de gobierno*" (art. 6.1 e) LODA) al margen de los estatutos sociales que deben, también, incluirse en el acta (art. 7).

El caso de las fundaciones es especial. Según el art. 4.1 LF, la fundación que supone ejercicio del derecho de fundación, adquiere su personalidad jurídica con la inscripción en el registro de fundaciones de la escritura pública de constitución. Esta derogación de las reglas generales se explica por el peculiar régimen jurídico al que están sometidas las fundaciones, en particular, porque están sometidas a la tutela de la Administración Pública (protectorado arts. 34 ss LF). Coherentemente, el art. 13 LF regula de forma diferente la 'fundación en formación' a lo dispuesto en los arts. 19 ss esp. arts. 36 ss LSC) y no permite a los patronos iniciar la actividad hasta la inscripción

en el registro de fundaciones y ordena al Protectorado destituir a los patronos y nombrar nuevos si la inscripción no se produce en el plazo de seis meses.

Nulidad del contrato de sociedad y personalidad jurídica

En un caso de 1880, un tribunal alemán tenía que decidir sobre la demanda presentada por un administrador concursal a través de la que pedía que se condenase al accionista al desembolso de los dividendos pasivos, esto es, la parte del precio de la acción suscrita y no entregada a la sociedad. El accionista se defendió diciendo que su declaración de suscripción de las acciones estaba viciada (otro de los socios le había engañado) y que, por tanto, no estaba obligado a desembolsarlas. El Tribunal estimó la demanda y dijo que la denuncia del vicio del consentimiento sufrido por el suscriptor no tiene efectos retroactivos; que el suscriptor no solo «*se obliga… frente a la sociedad, sino que a través de la suscripción el accionista participa en la constitución de un sujeto de derecho y hace posible que la sociedad pueda exteriorizarse y participar en el tráfico jurídico. La sociedad no puede evitar su exteriorización, incluso aunque conociera, en dicho momento, la existencia del vicio. Con su constitución, debe ingresar en el tráfico. Aunque se deshiciera lo hecho…. no por ello dejaría de existir, sobre todo cuando se trata de derechos de terceros*»

> Oechsler, NJW 2008, 2471, p 4272. Lo que sigue está basado en Jesús Alfaro, La doctrina de la sociedad nula y la teoría de la personalidad jurídica, Diálogos Jurídicos, 2022, p 21 ss, publicado también en los Estudios Homenaje a Ricardo Alonso Soto, Madrid 2022. V., también, Jesús Alfaro, La sociedad y los terceros: relaciones internas y externas, Derecho Mercantil, 2022,

La doctrina de la sociedad nula, de una antigüedad pasmosa, ya que se remonta, por lo menos, al siglo XVII, se resume diciendo que cuando los vicios que han afectado a la celebración de un contrato de sociedad obligan a declarar su nulidad, son necesarias reglas especiales sobre la suerte del patrimonio personificado. Estas reglas no existen en el Derecho Contractual general porque los contratos tienen, en principio, solo efectos obligatorios de modo que la nulidad de un contrato conducirá a la disolución o extinción de los vínculos y, a lo más, a la restitución de los bienes o derechos objeto del contrato que se hayan transmitido en ejecución de las obligaciones contractuales. Dado que se ha formado un patrimonio y este patrimonio no desaparece con la declaración de nulidad, son necesarias reglas especiales respecto de las que ordenan la devolución de las aportaciones a los socios (restitución de las prestaciones), que han de sustituirse por la liquidación si se quiere tutelar adecuadamente a los terceros que se han relacionado con él. De modo que, aunque el contrato de sociedad sea nulo, no desaparecen ni las obligaciones asumidas por el patrimonio social con terceros en virtud de los contratos que se hayan celebrado por cuenta de la sociedad (p. ej., se han comprado mercancías para revender) ni las obligaciones asumidas por los socios en lo que se refiere a la formación de dicho patrimonio, esto es, básicamente, la de desembolsar las aportaciones prometidas y, en su caso, las de administrar dicho patrimonio.

> Ahora bien, tras la declaración de nulidad, no hay ninguna necesidad de considerar que continúan vigentes los pactos obligatorios contenidos en el contrato social (por ejemplo, las prohibiciones de competencia o las prestaciones accesorias o los derechos de adquisición preferente).

La doctrina de la sociedad nula (arts 56 y 57 LSC), suele describirse diciendo que (i) si se ha celebrado un contrato de sociedad; (ii) se ha formado un patrimonio separado con las aportaciones y (iii) el motivo de nulidad o anulabilidad subsiste en el momento en el que se ejercita la acción de nulidad (v., art. 9.2 LAIE *a contrario*), la consecuencia de la estimación de la demanda no es la restitución de las aportaciones a los socios ni la eficacia retroactiva de la nulidad sino a la apertura de la liquidación lo que se traduce en que, en principio, los terceros que se hayan relacionado con la persona jurídica no se ven afectados por la nulidad.

> No hay "sociedades de hecho", es decir, que exista un contrato de sociedad es imprescindible para que pueda aplicarse la doctrina de la sociedad nula. Si los socios no han celebrado tal contrato pero han creado la apariencia de formar parte de una sociedad y se dan los restantes requisitos de la responsabilidad por apariencia, los socios responderán frente al tercero, pero no por aplicación de la doctrina de la sociedad nula sino por apariencia

Así se recoge ahora, para las sociedades de capital en principio, (a) en el artículo 57.1 LSC que establece que, declarada la nulidad, los vínculos entre los socios se extinguen, pero los socios no pueden recuperar sus aportaciones sin proceder previamente a la liquidación del patrimonio social. (b) El apartado 2 del mismo precepto recoge la regla de la relatividad de la nulidad: la nulidad del contrato de sociedad no afecta a la vinculación del patrimonio social con terceros. (c) En fin, el apartado 3 del art. 57 LSC recoge la preferencia de los acreedores respecto de los socios en la liquidación del patrimonio social y la obligación de los socios de desembolsar la parte de sus aportaciones al capital que hubiera quedado pendiente si el desembolso es necesario para satisfacer a los acreedores.

Esto es todo. Sin embargo, suele decirse que la doctrina de la sociedad nula incluye reglas especiales que reducen el elenco de causas de nulidad relevantes. Así, los vicios del consentimiento y otros vicios que afecten a las declaraciones de voluntad de alguno o algunos de los socios no acarrearían la nulidad del contrato de sociedad por el juego de la doctrina objeto de estas páginas. A mi juicio, es cierto que estos vicios no provocan la nulidad del contrato de sociedad pero no lo hacen porque el de sociedad es un contrato plurilateral y un contrato de duración, no porque se haya formado un patrimonio personificado como efecto de su celebración que es el fundamento de la doctrina de la sociedad nula. Por tanto, estos vicios han de tratarse con las herramientas propias del Derecho contractual de sociedades teniendo en cuenta que las reglas generales sobre la nulidad de los contratos, pensadas para los contratos sinalagmáticos, no se adaptan bien al contrato de sociedad en su condición de contrato de duración y plurilateral.

La estructura interna de las personas jurídicas: los órganos sociales

La doctrina general de los órganos sociales

Lo que importaba no era el individuo..., sino… el cargo que ese individuo ocupaba... El cargo absorbía al individuo… Por muy finamente ejecutadas que estén las iluminaciones de los manuscritos medievales de las escuelas de Reichenau o Canterbury, por ejemplo, los hombres allí representados no son en absoluto hombres reales, sino meros tipos. Toda individualidad está ausente… Al artista no le faltaba habilidad,… le faltaba la percepción de los rasgos distintivos del individuo que retrataba. Pero, al mismo tiempo, esos retratos muestran que el artista se esmeró infinitamente en representar las vestimentas y la parafernalia del oficio que su sujeto ocupaba…

Walter Ullmann

En una corporación, todas las competencias que permiten su autogobierno se atribuyen a órganos**,** es decir, a (i) cargos que tienen asignadas (ii) funciones para cuyo cumplimiento se les atribuyen (iii) competencias y facultades y que son (iv) ocupados por individuos que pueden ser socios (miembros) o no. Las corporaciones están, por lo general, organizadas dividiéndose las competencias entre un órgano de gestión y representación – el órgano de administración – y un órgano que articula la participación de los miembros de la corporación en el gobierno de la sociedad, que es la asamblea o Junta General de socios.

Eventualmente, y para grandes corporaciones, la supervisión de los gestores puede encargarse a un órgano especializado: el consejo de vigilancia, por ejemplo, en la sociedad anónima europea o el protectorado en las fundaciones y, en general, el consejo de administración en pleno en las sociedades cotizadas respecto del consejero-delegado. En la doctrina medieval de la corporación, el órgano asambleario tiende a identificarse con la corporación. Cuando la asamblea toma decisiones, la corporación está actuando *per se.* Cuando actúa a través de administradores o empleados, actúa *per alium.* Sólo con la construcción canónica de la persona jurídica como persona ficta o imaginada, en el siglo XII, se podrá decir también que cuando actúa la asamblea, actúa *per alium.* Porque este *alium* es la persona jurídica de la que la asamblea queda reducida a un 'órgano' que sólo refleja la 'voluntad' de la persona jurídica cuando actúa dentro de sus competencias. Así logra la canonística unificar todas las personas jurídicas. Gierke, *Sulla Storia,* p 100.

Ambos órganos son necesarios, esto es, el legislador no permite a las corporaciones que tienen miembros (asociaciones, sociedad anónima…) que prescindan de ellos porque, mediante la adopción de acuerdos, los órganos proporcionan 'voluntad' a la corporación.

En el caso de la fundación, sólo hay un órgano que es el patronato que es vigilado por un organismo estatal que ejerce lo que la ley llama el 'protectorado'.

En las personas jurídicas simples, son los propios individuos que han celebrado el contrato de sociedad los que gobiernan y actúan con efectos sobre el patrimonio personificado. Se entiende, pues, que el socio de una sociedad personalista como la

sociedad civil o la sociedad colectiva tenga el derecho a participar en la administración de la sociedad mientras que el accionista o el miembro de una asociación o de una sociedad anónima carezcan de tal. Como dice K. Schmidt, la sociedad personalista nace ya con el 'órgano' de administración cubierto por los propios socios. Los socios colectivos son administradores natos y una asamblea de socios no es necesaria porque no es necesario adoptar acuerdos por mayoría según se explicará. A esto se le llama 'autoorganicismo' de la persona jurídica simple o personalista.

> V., Christine Osterloh-Konrad, Die Selbstorganschaft in der Personengesellschaft: Wesenszug oder Anachronismus? ZGR 2/2019). El autoorganicismo es la única diferencia que resta entre sociedades de personas y corporaciones y resta como derecho dispositivo, esto es, los socios de una persona jurídica personalista pueden configurar su gobierno y actuación en el tráfico como si fuera una corporación.

Su calificación como órganos

(i) permite asegurar la continuidad de la función con independencia de la suerte que corran los individuos que componen el órgano en cada momento. La existencia de órganos permite hacer a la organización insensible al cambio o desaparición de sus miembros porque los órganos sustituyen a los individuos. El administrador de una sociedad anónima – incluso cuando es un administrador único – es un órgano social porque la existencia y continuidad de la persona jurídica no depende de la suerte del individuo que ocupe el cargo o 'dignidad' de administrador. Y esto es aplicable no sólo a los administradores sino también a la junta de socios o a un concilio, o al pleno de un ayuntamiento, o a un claustro universitario.

(ii) Explica por qué lo decidido por los predecesores vincula a los que ocupan posteriormente el cargo (*factore nomine dignitatis obligat successorem*);

(iii) Explica por qué, en el caso de los 'miembros natos' de una corporación, no es necesaria su designación cuando se produce sucesión en el cargo que tiene la condición de miembro nato (ej., el gobernador del Banco de España es consejero nato de la CNMV, *ergo*, cada vez que cambie el gobernador, cambiará la composición del consejo de la CNMV) y, en fin,

(iv) explica la importancia del *expendere nomen,* esto es, de que el titular del órgano exteriorice su condición de tal para determinar sobre qué patrimonio recaen los efectos de su conducta.

> En estos términos resume Kantorowicz la función y el significado del *Dignitas non moritur.* (Los dos cuerpos del rey, pp 387 a 393, resumido aquí).

Órganos y representantes

El concepto jurídico de órgano es de tipo específico y no debe confundirse con el concepto individualista de representante. Aquí no se trata de que una persona autónoma sea representada por otra persona autónoma. Pero, al igual que cuando el ojo ve, la boca habla y la mano agarra, es el ser humano el que ve, habla y agarra, así, cuando el órgano actúa dentro de sus competencias, es directamente la unidad viva del conjunto la que actúa. A través del órgano, pues, la persona colectiva invisible se nos aparece como una unidad perceptiva, deliberativa, voluntaria y dotada de agencia

Otto von Gierke

"Gierke tiene razón en que la actuación de los órganos sociales ha de considerarse como actuación propia de la sociedad y Savigny tiene razón en que eso no obliga a calificar tal actuación como un comportamiento propia y éticamente responsable"

Karsten Schmidt

(A company) '… has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre'

Lord Denning

Sebastian Krieg, Gesellschaften als Erben. Erbrechtliche und steuerrechtliche Perspektiven, 2013; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4ª ed. 2002, § 10.2 y § 10.4; Theodor Baums The Organ Doctrine: Origins, Developments and Actual Meaning in German Company Law 2016, resumido y criticado aquí; José María Gondra La contribución del Derecho Mercantil a la dogmática general de la representación, AFDUAM 8 (2004), pp. 195-212., resumido aquí. Volken Beuthien, "Zur Theorie der Stellvertretung im Gesellschaftsrecht", Festschrift W. Zöllner, Colonia et al. 1998, p 87 ss; José Girón, Derecho de Sociedades, 1976 y Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas, 1952; Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Teil Die juristische Person, 1983, resumido aquí y aquí. Jennifer Payne, Corporate attribution and the Lessons of Meridian (June 2, 2014), en PS Davies & J Pila (eds), The Jurisprudence of Lord Hoffmann: A Festschrift for Leonard H. Hoffmann, Oxford, 2015, resumido aquí.

Para explicar los efectos sobre el patrimonio personificado de lo decidido o hecho en el tráfico por los que ocupan los órganos de una persona jurídica se suele decir que los administradores de la persona jurídica (los administradores sociales, la junta directiva de una asociación o el patronato de una fundación) ostentan la representación orgánica y que ésta sería diferente de la representación voluntaria del Derecho Civil general. Es decir, los administradores – órgano – no serían meros mandatarios con poder (mandato representativo). Serían representantes orgánicos de la persona jurídica.

Se plantean, pues, dos doctrinas alternativas para explicar la capacidad de obrar de las personas jurídicas. Una afirma que los administradores de una persona jurídica son representantes de los socios miembros de la persona jurídica, de manera que basta con recurrir al contrato de mandato y al poder de representación para explicar por

qué lo hecho por los administradores de la persona jurídica despliega sus efectos sobre ésta (se le imputa a ésta). Otra – la teoría orgánica – afirma que la institución de la representación voluntaria es insuficiente para explicar la capacidad de obrar de las personas jurídicas.

> Para que alguien pueda actuar eficazmente por cuenta de otro hacen falta dos elementos. Un poder de representación y la contemplatio domini, esto es, comunicar o hacer público al tercero el carácter de representante del que actúa (representación directa, en la nomenclatura usada en Derecho español). Este segundo elemento no forma parte de la *agency* en el *common law* que siempre ha permitido la acción directa del tercero contra el principal, aunque éste permaneciera *undisclosed* en el momento de contratar. La representación es un 'invento' jurídico relativamente reciente. Los romanos la rechazaron y Rabel la calificó como un milagro jurídico; Mitteis dice que a los contemporáneos nos parece tan obvio que alguien pueda actuar por cuenta de otro produciendo efectos directos sobre la esfera jurídica del representado lo actuado con el tercero, que no podemos entender cómo podían existir ordenamientos que no dispusieran de tal institución. El fundamento de la prohibición de representación era el carácter estrictamente personal de las relaciones obligatorias que implicaba igualmente la prohibición de cesión del contrato y de la estipulación a favor de tercero. En lugar de la representación, los romanos utilizaron otras instituciones del Derecho de Familia para permitir al pater familias actuar a través de otros. Los esclavos se prestaban especialmente bien dada su condición natural de personas y su condición jurídica de propiedad del ciudadano. Se debe a Grocio la incorporación a las categorías conceptuales del Derecho Privado la de la representación directa. Los primeros códigos – el francés y el austríaco – la incorporaron, pero no distinguían la relación entre poderdante y apoderado y la relación con el tercero.

La doctrina orgánica parece preferible. Como se ha dicho, representación y personalidad jurídica tienen funciones jurídicas diferentes. Gracias a la representación, un individuo – alguien dotado de capacidad jurídica y de obrar – puede ampliar el alcance de su actuación utilizando a otro individuo como representante y un grupo de individuos puede actuar como si fuera uno designando un representante común. Por el contrario, los que actúan como órganos de una persona jurídica no amplían la capacidad de obrar de la persona jurídica, sino que la hacen posible. Hacen posible que el patrimonio formado con las aportaciones de los socios o por el fundador adquiera capacidad de obrar.

En términos estructurales, los órganos sociales forman parte de la personalidad jurídica, es decir, no es posible concebir la persona jurídica sin sus órganos. Por el contrario, siempre es posible separar a un individuo – o a varios individuos – de su representante voluntario, aunque sea un representante común a todos ellos. Incluso en el caso de los individuos que carecen de capacidad de obrar plena (los menores, los discapacitados etc.), el representante legal es un tercero respecto del individuo y su función es 'complementar' o, en los términos de la legislación vigente, 'apoyar' la capacidad de obrar de éste. No es parte constitutiva de ese individuo ni, obviamente, en términos fenomenológicos ni, sobre todo, en términos lógicos.

> La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2007 dijo que "*En la representación orgánica, es el propio ente el que actúa y no puede siquiera afirmarse que haya una actuación*

alieno nomine, sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema legal y estatutariamente establecido. De modo que los incumplimientos contractuales se han de atribuir, en principio, a la sociedad como persona jurídica, sin responsabilidad, desde luego, de los socios (artículo 1 LSA)" y Girón ya señaló que la doctrina de la representación es insuficiente porque la representación presupone dos sujetos (el representante y el representado) y *"en consecuencia el juego de dos voluntades: en las personas jurídicas no hay más que una voluntad para cuya expresión se construye el órgano dentro de la esfera de su competencia legal".*

Sobre esta base, tres son las objeciones que pueden hacerse a la teoría de la representación voluntaria. La primera es que la asimilación de los órganos de la persona jurídica a representantes voluntarios parece tributaria de la concepción de la persona jurídica como una persona colectiva**.** Precisamente, el nombramiento de un representante común es el instrumento que el Derecho pone a disposición de los particulares para permitir a los grupos de individuos actuar en el tráfico como si fueran uno solo. Pero esa no es la función social y económica de la personalidad jurídica: un grupo de individuos puede designar a un mandatario común sin constituir una persona jurídica.

El problema es que, cuando la persona jurídica resulta de la celebración de un contrato de sociedad, la formación del patrimonio y su personificación son difícilmente separables de la representación de los socios por el administrador social. Pero, como se ha explicado más arriba, son dos cuestiones distintas: el administrador actúa con efectos sobre el patrimonio social, no sobre la esfera individual de los socios.

La segunda es que la teoría de la representación voluntaria obliga a afirmar que persona jurídica y patrimonio son lo mismo porque si los administradores sociales son representantes voluntarios, habrán de serlo de 'algo' o 'alguien' que preexiste a su designación; 'algo' o 'alguien' que podamos designar como 'mandante', 'principal' o 'representado' y esto sólo puede ser un patrimonio como se explicó al principio de estas páginas. Esto significa que la doctrina de la representación utiliza un concepto 'inútil' de persona jurídica. Nos basta el de patrimonio si la capacidad de obrar no forma parte del concepto de personalidad jurídica. Y esto no ocurre si afirmamos – como hace la tesis de la representación orgánica – que los órganos forman parte de las personas jurídicas y no pueden disociarse dos voluntades (representante y representado) ni dos sujetos de derecho distintos. En una persona jurídica no hay una voluntad que 'otorgue el poder' y otra que lo acepte, sino que éste deriva del nombramiento para ocupar el puesto en el órgano representativo (de la designación) y, como se verá más adelante, la designación del representante orgánico es simultánea con el nacimiento de la personalidad jurídica ya que el nombramiento de los administradores permite que el patrimonio adquiera la capacidad de obrar. En otros términos, no es que las personas jurídicas puedan designar a individuos que actúen con efectos sobre su patrimonio. Es que es la designación de los administradores lo que permite decir que el patrimonio se ha personificado. No es posible, pues, concebir las personas jurídicas sin sus órganos.

La imputación de lo realizado por los órganos a la persona jurídica tiene una "calidad diferente" a la imputación de lo actuado por un tercero – un representante voluntario. Mientras que éste (K. Schmidt) es un "auxiliar", "*un tercero al que el que el poderdante involucra en sus actividades*" y lo hace de forma discrecional, los órganos de la persona jurídica "*forman parte de ésta como partes constituyentes y no se sitúan frente a ella como terceros*" incluso en el caso de que se haya designado como administrador, por ejemplo, a alguien que no sea miembro de la persona jurídica. "*El órgano de representación no actúa, por así decirlo, en nombre de la asociación, sino desde dentro de ella*".

> Como lo expresa K. Schmidt, "*una persona jurídica corporativa no puede ser titular de derechos y obligaciones si no es, al mismo tiempo, una unidad de voluntad y acción*" ("ein Verband nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann, ohne zugleich Willens- und Wirkungseinheit zu sein"). Y añade Schmidt que no hay razones para no extender la distinción entre representación voluntaria y orgánica en estos términos a las sociedades de personas que tengan personalidad jurídica porque la función social de las normas correspondientes es la misma.

En tercer lugar, la doctrina criticada ha de considerar como los 'mandantes' o 'principales' o 'representados' a los socios y esto (i) no es posible en las personas jurídicas fundacionales, que carecen de miembros, y (ii) no es correcto en las personas jurídicas asociativas porque no son los socios, como conjunto de individuos, los que eligen representantes cuando designan a individuos como administradores. Las funciones que realizan los socios en una corporación, no las realizan en su condición de tales, sino en su condición de miembros de un órgano – la junta de socios – y esto es aplicable también a la elección y destitución de los administradores: los administradores – en las personas jurídicas asociativas – se designan por el órgano asambleario de acuerdo con las reglas de adopción de acuerdos sociales (adopción de una decisión de aprobación o rechazo de una propuesta), reglas que poco tienen que ver con las que rigen para el nombramiento de un representante de un grupo de individuos. Este nombramiento requeriría del consentimiento de todos y cada uno de los representados adoptado individualmente y de la delimitación objetiva del poder. Es más, en muchas corporaciones, incluso con miembros, los administradores no son designados por los miembros, sino por un tercero (así, en las corporaciones de carácter religioso).

Es cierto que para explicar por qué lo hecho por el representante afecta a la esfera jurídica del representado basta con decir que tal efecto es el efecto de la representación porque "*por la representación, la voluntad negocial se forma y se declara por un sujeto – el representante – mientras que los efectos se producen sobre otro sujeto – el representado -*" (Trimarchi). Pero si el órgano de administración de la persona jurídica fuera un representante de los socios, los efectos de su conducta se producirían sobre el patrimonio de cada uno de los socios. Y no es el caso. Los efectos se producen directamente sobre el patrimonio personificado. Y este efecto se explica mejor si distinguimos analíticamente entre representación y personificación jurídica.

Lo anterior no significa que las normas sobre la representación voluntaria y, en particular, sobre los requisitos para que se imputen al representado los efectos de lo hecho por el representante no sean aplicables a la representación orgánica. Sólo hay que adaptarlos a lo específico de la representación orgánica. Estos requisitos son: la actuación en nombre del representado (*expendere nomen*) y la actuación dentro de los límites del poder. Y de ahí deduce que si el administrador actúa en el ejercicio d su cargo y dentro de las facultades que le otorga la ley y los estatutos, su actuación tiene efectos sobre el patrimonio de la persona jurídica y, lo que es más importante sólo sobre el patrimonio de la persona jurídica. Sólo la persona jurídica queda obligada por su actuación.

> Karsten Schmidt habla de 'Repräsentationshaftung' como institución general que hace responder a la persona jurídica por las conductas de sus órganos y cita al TS alemán que apela a la idea – potente – según la cual a los representantes orgánicos "*se les atribuyen funciones esenciales y significativas de la persona jurídica que deben desempeñar autónomamente y bajo su propia responsabilidad*". Es decir, es la atribución de competencias a los órganos, como contenido sustancial de la personalidad jurídica lo que permite distinguir a los órganos de un representante voluntario. V., también, en general, Jesús Alfaro, La llamada acción individual de responsabilidad o responsabilidad «externa» de los administradores sociales. Segunda edición, *InDret* 1. 2007, apartado I..

Refutación de las críticas a la doctrina orgánica

Flume afirma que la persona jurídica no 'actúa'; actúan sus representantes y lo actuado por éstos se imputa, previa verificación caso por caso de que se han cumplido las normas organizativas, a la persona jurídica. Por tanto, según Flume, la actuación de los órganos sociales y en particular la actuación representativa del órgano de administración no se confunden con la actuación de la persona jurídica: "*la voluntad de determinados individuos que la representan, se imputa a la persona jurídica mediante una ficción (in Folge einer Fiktion)... La imputación… evita la transsubstanciación mistificadora de éste en aquella. La imputación permite, simplemente, aplicar las consecuencias jurídicas de la actuación del órgano a la persona jurídica*".

> Flume sigue a Savigny, quien afirma que la imputación de lo hecho por los administradores a la persona jurídica se justifica por razones de "*justicia y la equidad*" que "*exigen que una masa patrimonial que disfruta de las ventajas de la actuación de unos representantes determinados, deba soportar también los daños causados por esos administradores*".

Pero al mismo tiempo, Flume afirma que las personas jurídicas obtienen capacidad de obrar gracias a la organización – las reglas contenidas en los estatutos – que prevé la designación de individuos que tienen entendimiento y voluntad. Es decir, Flume no ve la contradicción que existe entre afirmar que los administradores son representantes voluntarios y que, como órganos, no son terceros extraños a la persona jurídica, sino que "pertenecen a la persona jurídica". Una de dos: o la persona jurídica preexiste a la designación de sus órganos o, si sólo existe cuando se han

designado los órganos, lo actuado por éstos se confunde con la actuación de la persona jurídica. La tesis de Savigny-Flume implica que el administrador es un tercero respecto de la persona jurídica de forma que, para extender los efectos de su actuación a la persona jurídica, se necesitaría del correspondiente mandato del legislador: "*De lo contrario, la conducta, los conocimientos y las características del representante sólo actúan a favor y en contra de sí mismo*".

> Estos inconvenientes no existen para la doctrina orgánica que concibe a la persona jurídica como "*capaz de actuar por si misma y de formar su propia voluntad… el concepto de capacidad de obrar se libera de la visión científico-natural y se define en términos jurídicos*" (Krieg). Krieg cita los §§ 164 ss BGB, referidos a 'representación y poder' o el § 278 sobre la responsabilidad del deudor por actos de terceros. Como decía el Código de Comercio de 1829, en su artículo 273 el patrimonio social ("*la masa social compuesta del fondo capital y de los beneficios acumulados á él*) es el único responsable ("*solamente responsable en las compañías anónimas de las obligaciones contraidas en su manejo y administración*") siempre que esos fondos hayan sido manejados "*por persona legítima, y bajo la forma prescrita en sus reglamentos*".

Por el contrario, la tesis orgánica no necesita de la separación entre el órgano y la persona jurídica ni trasladar los efectos desde la esfera del órgano a la esfera de la persona jurídica. La del administrador de una persona jurídica es una actuación exclusiva de la persona jurídica y carece de efectos sobre el patrimonio propio del administrador cuando se cumplen los dos requisitos a los que hacía referencia Karsten Schmidt. En resumen (Krieg): "*La conducta y el conocimiento de los que forman parte de los órganos de la persona jurídica se consideran como conducta y conocimiento propios de la persona jurídica… exclusivamente de la persona jurídica y no, simultáneamente, una actuación propia*"

Los partidarios de la doctrina de la representación voluntaria han de calificar la relación de los administradores con la sociedad como un mandato de carácter colectivo (art. 1731 CC), "*toda vez que no se imparte por un sólo mandante, sino por varios (por el conjunto de todos los socios) para realizar un encargo o cometido indivisible. La naturaleza colectiva del mandato determina que el mandatario, una vez nombrado, ya no pueda ser revocado por una fracción de los mandantes (quizá la que propuso su nombramiento) ni estar sujeto a sus instrucciones. En esta clase de mandato no tienen cabida ni la revocación individual ni las instrucciones individuales*". Sólo cabe, según esta posición, la revocación colectiva – por la junta – y las instrucciones colectivas – por la junta ex art. 161 LSC -.

> Cándido Paz-Ares, Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo, *InDret* 4/2010, (resumido aquí, donde elogio la idea del mandato colectivo, cuestión respecto de la que he cambiado de opinión) pp 15-16, quien cita la STS 13-IV-1928 dictada en relación con un mandato colectivo impartido por todos los coherederos al objeto de practicar la partición de la herencia. Según Paz-Ares, el mandato es también colectivo del lado de los mandatarios cuando hay un órgano colegiado de administración social (consejo de administración) o se designan varios administradores.

Esta comprensión de la relación de administración no me parece ya acertada. Distorsiona las reglas de designación y destitución de los administradores sociales. Si la designación de los administradores fuera producto de un mandato colectivo *de los socios,* sería inaudito que no hubiera de contarse con el consentimiento de cada uno de los 'mandantes'. Y más inaudito todavía que, para determinar el 'encargo' se recurriera a acuerdos sociales y no al consentimiento o autorización de cada uno de los socios, acuerdos que, como se verá inmediatamente, son votaciones sobre una propuesta y que se adoptan por mayoría. No basta con decir que las normas de la formación de la voluntad colectiva de los socios en la designación de los administradores o en su destitución o cuando se les imparten instrucciones "*serán las acordadas por ellos o las legales del tipo societario elegido*". Porque eso es tanto como decir que no queda nada del pretendido 'mandato colectivo'. Como se ha explicado más arriba, la construcción del mandato colectivo deviene altamente artificial porque, en realidad, la personificación jurídica del patrimonio formado al celebrarse el contrato tiene como efecto la sustitución de las reglas del mandato colectivo por las reglas de gobierno del patrimonio que es la personalidad jurídica, lo que conduce, de nuevo, a calificar a los administradores como representantes orgánicos. Del mismo modo, si la designación de administradores fuera un mandato colectivo, no se entendería que el nombramiento fuera válido a pesar de que concurrieran vicios en el consentimiento expresado por los mandantes. Y es que, como dice la doctrina alemana, "*la designación para el cargo constituye un negocio jurídico corporativo multilateral*".

No es objeción a lo que se acaba de exponer que se reconozca que, con el consentimiento de todos los socios, éstos pueden dar cualesquiera instrucciones a los administradores y destituirlos o nombrar unos nuevos. La doctrina orgánica advierte, precisamente, de que las reglas de la persona jurídica han de cumplirse (debe existir el acuerdo expreso de nombramiento o de destitución para que pueda inscribirse en el Registro Mercantil, por ejemplo).

Consecuencias prácticas

A efectos prácticos, la diferencia principal entre las dos explicaciones es que no se necesita que una norma específica impute los efectos de la conducta del órgano a la persona jurídica. La teoría orgánica permite afirmar que existe una imputación global de la conducta del órgano a la persona jurídica. Por ejemplo,

a) la actuación dolosa del administrador no libera de responsabilidad a la persona jurídica por el daño causado a un tercero, mientras que el representado voluntariamente no respondería de los daños causados dolosamente por su representante, sencillamente porque no le serían imputables (no se podría imputar al representado haber instruido al representante para causarlos).

V., por todos, Pablo Salvador et al, Respondeat Superior I, InDret 2002 y Respondeat Superior II, InDret 2002, resumidos aquí. Para lo que sigue, v., sobre todo, Krieg, *Gesellschaften als*

Erben, passim. Y Payne, Fs Hoffmann, para el caso Moore Stephens v Stone Rolls Ltd (in liq), donde se discutía si el administrador concursal podía demandar al auditor por no haber descubierto el fraude en el que había incurrido el socio único. Resumido aquí.

b) La persona jurídica 'sabe' algo o 'desconoce' algo si el administrador 'sabe' algo o 'desconoce' algo (por ejemplo, que la persona jurídica no podrá atender al cumplimiento de sus obligaciones en un futuro inmediato), ese conocimiento o desconocimiento se imputa a la persona jurídica lo cual no es obvio en el caso de los representantes voluntarios.

A la persona jurídica sólo se le puede imputar el conocimiento de algo que conoce al menos uno de sus representantes orgánicos. Dice K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 10 V que hoy es doctrina mayoritaria que la imputación del conocimiento de unos hechos no se basa exclusivamente en la condición de órgano del individuo que sabe o conoce algo, sino también en el cumplimiento de sus obligaciones de información y organización por parte de los que ocupan los órganos sociales. Esta extensión sirve para explicar por qué se imputa el conocimiento a la persona jurídica de unos hechos desconocidos por los administradores, pero conocidos por empleados de la persona jurídica cuando, si hubieran cumplido sus obligaciones, los administradores debieran haberlos conocido. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4ª ed. 2000, § 10 V explica, en esta línea, que la persona jurídica no 'deja de conocer' unos hechos cuando el administrador que los conocía, deja el cargo. De eso trataba el caso del 'autobús del jeque' que éste devolvió a la empresa vendedora y que ésta, tras usarlo durante un año y haber sufrido un accidente con él, revendió a un comprador que, a continuación, demandó por incumplimiento del contrato de compraventa al averiguar que el autobús había sufrido un accidente, hecho que, el administrador de la sociedad vendedora desconocía (el accidente lo había sufrido el autobús cuando administraba la sociedad vendedora otro). El TS alemán, erróneamente según K. Schmidt, desestimó la demanda porque el administrador actual de la vendedora había actuado diligentemente y no había ocultado el accidente. K. Schmidt dice, con razón, aunque la comparación no parece inatacable, que "*Al igual que una persona física no puede aducir que ha olvidado o suprimido los conocimientos una vez adquiridos, una persona jurídica no puede aducir que no conocía unos hechos porque los miembros del órgano social que los conocían ya no lo son*". En sentido contrario, "*del mismo modo que la capacidad de memoria y recuerdo de un ser humano no es infinita ni eterna, tampoco pueden imputarse a una persona jurídica el conocimiento de los que ocuparon sus órganos en el pasado sin límite temporal*".

c) La sucesión en la posición de administrador y en los poderes. Supongamos que una sociedad se fusiona con otra. No cabe duda de que los administradores de la absorbida dejan de serlo. Su 'poder' se extingue. Sin embargo, los poderes otorgados por la absorbida a favor de mandatarios voluntarios continúan vigentes bajo la absorbente. Es lógico que así sea. Y lo propio ocurre con los contratos de trabajo o de arrendamiento de servicios que articulen la relación entre el administrador y la persona jurídica. Se transferirán a la sociedad absorbente pero como deja de ser administrador, se producirá su terminación simultánea con las consecuencias que vayan aparejadas. Estas diferentes consecuencias demuestran que la relación 'orgánica' es esencialmente diferente de la relación de 'pertenencia'.

Y también ocurre lo propio con la 'condición' de 'persona especialmente relacionada con el deudor' a efectos de la aplicación de las normas concursales correspondientes. Como dice la

SAP Barcelona de 29-IV-2022, (resumida aquí) "*… la transmisión de los créditos no ha sido consecuencia de negocios particulares de transmisión, supuesto en el que no se transmitiría necesariamente la condición referida, sino que se trata de una transmisión universal de todo el patrimonio, consecuencia de una fusión por absorción. En tal caso creemos que no existe duda de que la absorbente, como causahabiente de la absorbida, la sucede en todas sus relaciones jurídicas, con las ventajas e inconvenientes que con las mismas se hubieran adquirido.*"

Observaciones parecidas cabe hacer respecto de la llamada responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas; respecto de la *traditio* de un bien o respecto del título con que se poseen bienes. Como concluye el resumen del status quaestionis Krieg: "*Sólo la teoría orgánica permite la atribución exhaustiva de conductas que se requiere si se quiere situar a las personas jurídicas en pie de igualdad con las personas físicas en lo que se refiere a los negocios jurídico-patrimoniales*".

A lo anterior hay que añadir que un órgano puede estar investido de una competencia exclusiva, mientras que, si aplicásemos la doctrina del mandato representativo, un principal (en nuestro caso, los socios) no podría desprenderse de la facultad de actuar por sí mismo y no a través de un representante. Si la junta de accionistas fuera el único órgano de la sociedad, podría dar instrucciones a los representantes, pero no podría renunciar a su poder de actuar ella misma – la junta - en el tráfico vinculando a la sociedad. Pero lo que sucede en todos los Derechos es que los socios no pueden, ni siquiera a través de la junta, actuar directamente en el tráfico por cuenta y con efectos sobre el patrimonio social. Ni tampoco arrogarse la representación de los socios como *universitas*, esto es, como colectivo. En este sentido, la teoría orgánica permite proteger más intensamente a los que se relacionan con la persona jurídica porque los terceros que contratan con los administradores pueden estar seguros de que están contratando con la persona jurídica (art. 234 LSC) mientras que la aplicación de las normas sobre la representación voluntaria pondría la carga de probar que el administrador o patrono puede vincular al patrimonio corporativo sobre el tercero que contrata con él.

En definitiva, los administradores de un patrimonio personificado no son mandatarios de los socios ni son mandatarios de la persona jurídica. Son parte estructural de la persona jurídica. Pero, con Karsten Schmidt, hay que decir que eso no impide aplicar las reglas del mandato representativo analógicamente a la relación interna, esto es, a la relación entre el administrador y la persona jurídica. Por ejemplo, a efectos de la responsabilidad del administrador frente a la sociedad

Al respecto v., Jesús Alfaro, Recensión a Ángel Rojo y Emilio Beltrán (directores), La responsabilidad de los administradores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, en Indret, 2006). En cuanto a abuso del poder por parte del representante orgánico, v., Philipp Scholz, Missbrauch der Vertretungsmacht durch Gesellschafter-Geschäftsführer, ZHR 182 (2018) 656–683, resumido aquí.

La adopción de decisiones mediante votación (por mayoría) y por consenso

Lo que se hace públicamente por la mayoría, se considera hecho por la totalidad

Digesto 50.17.121

'every Man, by [tacitly] consenting with others to make one Body Politick [...], puts himself under an Obligation [...], to submit to the determination of the majority'

Locke

A menudo se aduce como una pretendida diferencia entre personas jurídicas simples y corporativas la regla de adopción de acuerdos: si en las segundas las decisiones de los órganos se adoptan por mayoría, en las primeras – se dice – la regla de adopción de decisiones sería la unanimidad.

La primera parte de tal afirmación es correcta. En las corporaciones, los órganos – si son colectivos – deciden por mayoría. Pero eso ocurre porque las decisiones adoptan la forma de 'acuerdos' y acuerdos son decisiones adoptadas mediante votación sobre una propuesta que se considera aprobada cuando vota a favor la mayoría de los miembros. Y la asamblea, el consejo de administración, la junta directiva o el patronato son órganos colectivos que deciden colegiadamente esto es, como si fueran un individuo.

> Sobre la aplicación de la regla de la mayoría v. Jesús Alfaro, Capítulo 21. La junta, los acuerdos sociales, la prohibición de la unanimidad y el reconocimiento de derechos de veto a los socios, en Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber amicorum, Fernando Rodríguez Artigas, Gaudencio Esteban Velasco / coord. por Javier Juste Mencía, Cristobal Espín Gutiérrez, Tomo 1, 2017, págs. 685-719.

Pero la segunda afirmación no es correcta. En las personas jurídicas personalistas la regla no es la unanimidad sino el consenso. No hay órganos colegiados y, por tanto, no hay 'acuerdos' y no hay votaciones que puedan o no ser unánimes. Por eso el Código de Comercio no regula la adopción de decisiones por los socios en los artículos que dedica a las sociedades mercantiles de personas y establece, simplemente, un derecho de oposición, para las decisiones de los socios encargados de la administración. Se refiere a la junta de socios, correctamente, en fase de liquidación, lo que se explicará en su momento.

En las personas jurídicas personalistas, el procedimiento de adopción de decisiones consiste en que los miembros del grupo han intercambiado pareceres hasta que ha emergido el consenso y los discrepantes han comprendido que deben someterse. Si no es posible el consenso (art. 129 C de c), (i) la actuación no se lleva a cabo (art. 130 C de c) o (ii) el discrepante es expulsado o (iii) el contrato de sociedad termina (denuncia unilateral, art. 224 C de c).

La unanimidad como ficción y la regla de la mayoría como mecanismo para 'detectar el quórum'

Para lo que sigue, v., Edoardo Ruffini, Il principio maggioritario. Profilo Storico, 1926, reed. 1976, 3ª edición; Edoardo Ruffini, Lettere da Borgofranco su principio maggioritario e dintorni 1977-1980, resumido aquí. Paolo Grossi, Unanimitas, 1958. Gierke, Teorías Políticas, pp 196 ss; Gierke, Sulla Storia del Principio di Maggioranza

En cierto sentido, la regla de la mayoría y la de la unanimidad son categorías heterogéneas. Históricamente - como explica Ruffini -, la unanimidad no era un procedimiento para adoptar decisiones en un grupo. Era una ficción. Se fingía que todos los miembros del grupo estaban de acuerdo con la decisión adoptada por mayoría, o sea, que la decisión del grupo había sido unánime, aunque se sabía que había opiniones encontradas en su seno. Contar las mayorías – votar - permitía 'detectar el quorum', esto es, averiguar qué decisión contaba con más apoyos en el grupo, pero dado que como se ha explicado el grupo personificado se concibe como un individuo, la decisión ha de ser unitaria y, por tanto, los discrepantes estaban obligados a someterse.

Por tanto, la unanimidad expresaba la imposición a todos los miembros de un órgano de una determinada decisión que era la preferida por la mayoría o, más frecuentemente, la impuesta por un ser sobrenatural incluyendo a Dios o al Espíritu Santo que 'hablaba' a la comunidad por medio del superior jerárquico (el Obispo en el caso de las comunidades cristianas del Bajo Imperio, por ejemplo). De modo que la regla de adopción de acuerdos no era verdaderamente la de la mayoría porque se trataba de 'mayorías cualitativas', eligiendo a la *sanior pars* lo que significaba dar más peso a la opinión de los que tenían más autoridad o rango.

Ullmann, Individual and Society, p 34 "*Sólo cuando todos los votantes tenían… el mismo rango, se sustituyó la mayoría cualitativa por el principio cuantitativo-numérico, como se pudo comprobar en el procedimiento adoptado para las elecciones papales (1179), cuando se exigía una mayoría de dos tercios: como no se podía distinguir entre los cardenales votantes, sólo quedaba el recuento por cabezas*". Con el estudio del Derecho Romano, sin embargo, la influencia de la regla mayoritaria cuantitativa y no cualitativa fue creciendo.

La justificación de esta regla era que la discrepancia entre los miembros del grupo puede destrozar el grupo especialmente cuando compite con otros. Digamos, pues, que, si uno es miembro de una corporación, tiene el deber de estar de acuerdo con los demás, porque el consenso es requisito de la eficacia de la acción colectiva, hasta el punto de apoyar al candidato de la mayoría como expresión de su sometimiento a la voluntad del grupo.

Así, disentir en una asamblea germánica medieval significaba romper la unidad política, rechazar la propia contribución, incluso física, a la causa común, hasta el límite: deserción y delito. De ahí la coacción física y jurídica sobre la minoría para obtener su asentimiento formal. La *Folgepflicht*, 'Obligación de seguir a la mayoría' era la obligación de la minoría de votar a favor del candidato de la mayoría una vez que se había constatado la existencia de dichqa

mayoría, de forma que la elección era siempre unánime y, si la minoría se resistía, la cuestión se resolvía primitivamente por las armas y, más adelante, por "*el cumplimiento de una obligación jurídica impuesta a la minoría*", obligación que tiene su fundamento en la relación asociativa. Dice Mailand que "*el antiguo principio germánico requiere la unanimidad, pero establece que una minoría debe ceder de grado o por fuerza*". Sigue Gierke: "*De la relación asociativa surge la obligación para el asociado, en aras de la unidad de la voluntad del conjunto, de someterse al resultado de la votación y por su adhesión a la voluntad de la mayoría encumbrarse en la voluntad del conjunto. Pero, en última instancia, la unanimidad es siempre indispensable, de modo que la resolución sólo adquiere fuerza si la minoría se pliega a la mayoría. Si persiste en su oposición, puede estar cometiendo un delito punible, pero más allá de eso, no se ha producido una resolución conjunta jurídicamente válida. Si la solución del conflicto es indispensable, sólo podrá alcanzarse mediante decisión de una instancia superior… para el derecho germánico… el principio de mayoría era extraño*", porque "*la voluntad del conjunto se identificaba con la de la asamblea y la de ésta con la de todos aquellos que participaban en la reunión*". Gierke, *Sulla Storia,* pp 85 ss; 91 ss.

En la asamblea de los fieles cristianos del Bajo Imperio Romano, discrepar significaba romper la unidad de la fe, tanto más necesaria en el clima heroico y arriesgado del cristianismo primitivo; hasta el límite: cisma y herejía (Ullmann, Individual and Society, p 37). Grossi dice que la unanimidad canónica no tiene que ver con la germánica– p 25 –. A este colectivismo como mero agregado de muchos individuos, "*la Iglesia opondrá una idea unitaria rígida*" que excluye "*cualquier influencia en su constitución por parte de sus miembros*". Esto permitía salvar la santidad de la iglesia hicieran lo que hicieran sus miembros. No es una unanimidad de voces. Es unidad de fe y de verdad y resulta de la intervención divina. De ahí que las reuniones se inicien con la oración al espíritu santo para que su intervención permita que "*el colegio se una y como tal devenga un corpus*". La Iglesia *quasi unam animam habens*.

En el Derecho común de las corporaciones, cuenta Gierke, se admite, por ejemplo, "*que si estuvieran presentes todos, incluso aunque no hubiera habido convocatoria, pueden proceder sin más*". Y también era una regla del derecho común de las corporaciones que "*si la demora entrañara peligro*", bastaba con que estuvieran presentes dos tercios. Si había existido convocatoria, el requisito de los dos tercios no se exigía porque los llamados que no asisten se transforman en extraños "*vocati non venientes constituunt se alienos*". La regla recogida en el art. 159.2 LSC se encuentra ya en Nicolás de Cusa, "*quia quisque ad synodum pergens iudicio maioris partis se submittere tenetur… synodus finaliter ex concordia omnium definit*". En todo caso, dice Gierke, la tradición canónica acabó reconociendo la regla mayoritaria pero 'ponderada' por el status (sabiduría, auctoritas, calidad espiritual y moral) de los votantes, solo la *major pars* que fuera la *sanior pars* debía prevalecer. Y una 'supermayoría' permite presumir que es también la *sanior pars*: si una resolución obtenía a su favor una amplia mayoría – dos tercios -, su racionalidad no se discutía.

Pero se protegen los derechos individuales (*iura singulorum*), resistentes a la regla de la mayoría. De tales derechos, Maitland pone el ejemplo de "una prebenda de un canónigo" (v., otros ejemplos en Gierke, *Sulla Storia,* p 87 (la admisión de nuevos miembros autorizados a participar del patrimonio común). Como se ve, se trata de derechos "*conectados con la propiedad e intereses*" de la corporación. Es decir, es un derecho singular sobre el patrimonio que es la corporación.

Otra regla generalmente aplicada a las corporaciones medievales es que el grupo puede ejercer derechos del grupo a través de la asamblea. Es lo que Gierke denomina "*sustitución plena*" de la totalidad del colectivo representado. Así se pudo equiparar a los concilios con la iglesia misma. Lo mismo ocurría en las corporaciones territoriales o estamentales. En el

contexto de la elección del Papa, "*se encuentra el primer desarrollo de la tesis de que todo grupo representante de una universitas debe ser tratado como la universitas misma, porque el sustituto… adopta siempre la naturaleza jurídica del sujeto al que sustituye*". Pero tal sustitución exige que se constituyan en "asamblea" y que adopten sus decisiones "de forma corporativa".

La transformación se producirá – continúa Gierke – cuando la resolución que ha recibido el apoyo mayoritario se convierta directamente en la decisión de la asamblea, es decir, cuando una corporación está regularmente constituida, la adhesión de la minoría deja de ser un requisito para la validez de los acuerdos (Gierke, *Sulla Storia,* p 93). Se opera jurídicamente a través de una ficción, la de equiparar a la mayoría con la totalidad de los miembros del grupo pero considerados estos, no individualmente – ut singuli – sino *ut universi.*

Determinada la regla de conducta, su cumplimiento voluntario lo garantiza su «publicación» o 'proclamación' y por tanto, su conversión en conocimiento común, tanto en lo que se refiere al contenido (atacar al poblado vecino, desplazar el campamento en dirección al mar o a la montaña) como en que los demás miembros del grupo actuarán de conformidad con la regla adoptada en común (*focal point*). Por eso, el Digesto dice que lo hecho 'públicamente' por la mayoría se considera hecho por la totalidad y Baldo explica que para que exista equivalencia entre el parecer de la mayoría y la unanimidad es necesario que esos pareceres se expresen en una asamblea y que no sea idéntico recogerlos privadamente preguntando a cada uno de los miembros del grupo.

V., Scott Aaronson, *Common Knowledge and Aumann's Agreement Theorem,* 2015, resumido aquí. Esta idea de que las decisiones del grupo deben parecer 'unánimes' y que todos deben someterse a lo que decida la mayoría está, seguramente, 'impresa' en nuestra psicología por la evolución porque acoplarse a la 'voluntad' o conducta mayoritaria es una estrategia que mejora las posibilidades de supervivencia individual. Así, muchos animales son capaces de 'detectar el quórum', esto es, de detectar el número mínimo de individuos que apoyan una decisión de grupo. V., Andreas Nieder, The Adaptive Value of Numerical Competence, Trends in Ecology & Evolution, July 2020, Vol. 35, No. 7. , resumido aquí. Al margen de que mejore el sentido de la decisión, que la decisión sea unánime maximiza la capacidad de defensa del grupo y, por tanto de los individuos, frente al depredador (cuanto más grande es el grupo, menos probabilidad de ser presa individual, más fácil es detectar al depredador y más fácil es confundirlo), Robin Dunbar, Grooming, Gossip, and the Evolution of Language, 1998.

Eso es lo que significa la expresión usada por los canonistas *Quod autem omnes uti singulos tangit, omnibus approbari debet* («Lo que afecta a todos y a cada uno, debe ser aprobado por todos»). No dice que ha de ser aprobado unánimemente, sino que todos han de participar en la toma de la decisión y que ésta ha de adoptarse en una reunión pública y debidamente convocada porque es la única forma de asegurarnos que podemos 'detectar el quórum'. Se explica así también que la regla de la mayoría se aplique sólo a las decisiones que se toman en forma de acuerdos, o sea, de votaciones sobre una propuesta. Al grupo sólo se le dan dos opciones básicas: aprobar la propuesta o rechazarla. Eso elimina la ambigüedad sobre la opinión del grupo y permite asegurar la eficiencia en la 'detección del quórum'

v., Gaines Post, Studies in Medieval Legal Thought, Princeton 1964, capítulo IV, "*cuando el asunto se refería a la corporación… en su conjunto, y se consideraba de utilidad común, los derechos individuales estaban subordinados a la voluntad de la mayoría y al bien común de todos; la máxima quod omnes tangit fue interpretada en el marco de la doctrina maior y a veces sanior pars y ya no protegía los derechos individuales de manera absoluta*".

La eficiencia de los acuerdos sociales

La regla de la mayoría para la adopción de acuerdos en un grupo grande pacifica las relaciones entre sus miembros porque permite construir consensos en la adopción de decisiones a bajo coste. Un sistema mayoritario de adopción de decisiones es eficiente cuando los intereses de los miembros del grupo son homogéneos y, en general, si no hay coaliciones estables en su seno porque los miembros comprenden que es en su interés no explotar a la minoría vulnerable porque cada uno de los individuos no sabe (velo de la ignorancia) en qué lado – mayoría o minoría – se encontrará en cada ocasión-. Los miembros del grupo saben que, en unas ocasiones estarán en el lado mayoritario y, en otras, en el minoritario, y así pueden asumir como propias unas y otras decisiones. De manera que, en la medida en que están decidiendo sobre asuntos comunes o colectivos y no sobre asuntos particulares que afecten de forma diferente a cada uno de los miembros de la corporación, se garantiza la maximización del bienestar del grupo.

Pero si hay una minoría vulnerable y se forman coaliciones estables entre los miembros del grupo de manera que una mayoría puede expropiar sistemáticamente a la minoría, el grupo será inestable. Cuando se forman subgrupos, el recurso a la votación deviene inaceptable para la minoría vulnerable, que insistirá en que las decisiones colectivas se adopten por consenso y, en otro caso, provocarán la división definitiva del grupo. De ahí la insistencia en crear una «ideología» en el seno del grupo que conduzca a la unanimidad.

Como dice Oliver Lepsius (Der „Wille" des Volkes ist nicht in Stein gemeißelt, FAZ 9-XI-2016, resumido aquí) de las elecciones políticas, "*La minoría tolera que gobierne la mayoría solo si tiene garantizada la posibilidad de convertirse en mayoría en un próximo futuro. Sin esta posibilidad, la minoría no tiene ningún motivo para aceptar la regla de la mayoría…*". V., también, Jesús Alfaro, «Los problemas contractuales en las sociedades cerradas», InDret 4.2005. Jesús Alfaro, Para qué sirve una votación, Derecho Mercantil, 2015. Vitalik Buterin, *On Collusion*, 2019, resumido aquí. Cuando, en un grupo, hay una minoría vulnerable, las votaciones no son una buena forma de decidir porque la 'ganancia' que obtiene la mayoría puede ser inferior a la 'pérdida' que sufre la minoría vulnerable (p. ej., ir el grupo a cenar a un restaurante de pescado cuando hay uno de los miembros del grupo que tiene alergia al pescado). Así las cosas, el resultado de la votación no garantiza la maximización del bienestar del grupo, es decir, de que el 'saldo' de la decisión sea positivo. Esta es la gran diferencia entre el mercado político y el mercado económico. En el segundo, los precios – la disposición a pagar – revelan la intensidad de la preferencia de los individuos que compran o venden en el mercado. V., Jesús Alfaro, Por qué la regla de la mayoría como regla de adopción de acuerdos en el seno de una corporación conduce a resultados maximizadores del bienestar de todos sus miembros, Derecho Mercantil 2022, que resume los trabajos de Alexander Bor, Honorata Mazepus, Scott E. Bokemper and Peter DeScioli, When Should the Majority Rule?

Experimental Evidence for Madisonian Judgments in Five Cultures, 2020 y Andreas Engert, Gleichheit zwischen Effizienz und Verteilung – rechtsökonomische Rekonstruktion eines Gerechtigkeitspostulats, 2020, traducido al inglés y disponible aquí

La adopción de acuerdos por mayoría es eficiente si la intensidad de las preferencias de los miembros de un grupo es semejante. En tal caso, la regla de la mayoría es Kaldor-Hicks eficiente, aunque no sea Pareto eficiente, pero, 'maravillosamente', el resultado para el bienestar social de la regla de la mayoría es Pareto-eficiente.

Como explica Engert, los contratos voluntarios actualizan, normalmente, una 'mejora de Pareto' porque ambos contratantes están mejor después de celebrarlo – si no, no lo habrían celebrado - y nadie está peor en la medida en que el contrato no tenga efectos externos (sobre terceros). Esta ganancia resulta del hecho de que si la Villa Floridiana pasa del patrimonio de Valeria al de Clodia en virtud de un contrato de compraventa entre Valeria y Clodia y el precio de la Villa Floridiana pasa del patrimonio de Clodia al patrimonio de Valeria, es porque Valeria valora ese precio (pongamos que es de 8) más de lo que valora el bien (pongamos que Valeria valora la Villa Floridiana en 6) y viceversa (Clodia la valora en 10). De modo que no hay justificación alguna para limitar la libertad contractual.

El criterio de Kaldor-Hicks reza que una transacción debe llevarse a cabo si el beneficio que obtiene el 'ganador' supera al perjuicio que obtiene el 'perdedor', es decir, en el ejemplo, la transacción sería legítima según este criterio aunque Valeria valorase el bien en 8,5 (sufre una pérdida de 0,5 porque recibe a cambio un precio de 8) si Clodia valora el bien en 10 (porque obtiene un beneficio de 2 que es suficiente para que su 'saldo' sea positivo incluso después de haber dejado indemne a A. En el caso, por ejemplo, pagándole un precio de 9 por la Villa Floridiana en lugar de 8).

Este es el requisito para que sean equiparables el criterio de Pareto y el de Kaldor Hicks, explicado aquí.

Lo interesante de aplicar este razonamiento para legitimar la utilización de la regla de la mayoría para adoptar decisiones es que, aunque no exijamos que el beneficiado compense efectivamente al perjudicado, los acuerdos sociales mayoritarios son eficientes desde el punto de vista social, no son injustos estadísticamente para los miembros del grupo y son coherentes con el criterio normativo posneriano de maximización de la riqueza de la Sociedad. Basta con que se adopten acuerdos periódicamente y que no existan en su seno coaliciones estables. Si se cumplen estos dos requisitos, el resultado cumulativo de todas las votaciones se distribuirá aleatoriamente del lado de la mayoría o de la minoría.

Para comprobarlo imaginemos que tenemos a un ogro filantrópico que reasigna los bienes a quien los valora más en un proceso de subasta continua (los transfiere de un patrimonio a otro – subastador de Walras –). El resultado de ese proceso es que se maximiza el bienestar social. ¿Por qué? porque si las subastas se realizan

repetidamente, cada individuo resultará asignatario o no de un recurso aleatoriamente, en función de sus preferencias y su disposición a pagar, de manera que, asignando en cada ocasión los bienes al que los valora más, la Sociedad en su conjunto está mejor (i) porque todos acaban recibiendo aquellos recursos que valoran más y, estadísticamente, (ii) cada individuo tiene más probabilidad de estar singularmente mejor que al principio, porque sería muy mala suerte que le hubiera tocado, en cada subasta, siempre del lado de los perdedores y nunca del lado de los ganadores.

> Y es que, dice Engert citando a Coleman, el criterio de "*Kaldor-Hicks equivale a subastar la ventaja o el derecho en cuestión al mejor postor*".

Este criterio de asignación de los recursos puede ser aceptado *ex ante* por todos, aunque no se pague en cada ocasión a cada 'perdedor' una compensación por parte del ganador en la correspondiente subasta (el que se ha quedado con el bien). Basta con dar a todos la oportunidad de participar en las siguientes subastas. En el largo plazo, los resultados se equilibrarán y "*los beneficios y los costes se repartirán entre los miembros de la Sociedad de forma aleatoria y no sistemática, y, dado que por definición las ganancias superan a las pérdidas, estadísticamente podemos esperar que cada individuo, en promedio, salga beneficiado de la aplicación de dicho criterio de asignación de los recursos*" (Engert).

Pues bien, en el seno de una corporación, la regla de la mayoría es eficiente porque los miembros de la corporación participan repetidamente en la adopción de acuerdos y al adoptar cada acuerdo no deciden sobre el reparto de la ganancia que se genera con la decisión colectiva, sino sobre el patrimonio colectivo, por lo que tienen incentivos para aprobar las propuestas maximizadoras del valor. Mientras que en un contrato de intercambio, como el que tiene lugar entre Valeria y Clodia, las partes han de repartir entre sí la ganancia que la compraventa genera, en el caso de un acuerdo social, los participantes pueden votar 'altruistamente', esto es, teniendo en cuenta exclusivamente el 'interés común' o de la corporación porque sus intereses personales no se ven afectados. Y no se ven afectados tanto si se trata de una corporación cuyos miembros no tienen derechos individuales sobre el patrimonio social como si se trata de una corporación comercial. En el primer caso, porque no hay reparto de los beneficios de la decisión colectiva. En el segundo porque el reparto de la ganancia derivada del acuerdo social está predecidido por los estatutos de la corporación. De manera que se consigue el mismo resultado que explica Engert de aplicar el criterio Kaldor-Hicks solo que, en lugar de a través de la distribución aleatoria de las ganancias derivadas de la repetición de las 'subastas', estableciendo el reparto igualitario o proporcional de éstas o su no reparto. Naturalmente, para lograr este efecto, y a falta de un subastador de Walras, necesitamos formar una persona jurídica corporativa.

La disolución de la sociedad, la liquidación del patrimonio y la extinción de la personalidad jurídica

> Lo que sigue está basado en Jesús Alfaro Aguila-Real, La disolución como terminación del contrato de sociedad: teoría y algunas consecuencias prácticas, RdS, 61, 2021; Jesús Alfaro Aguila-Real, La reactivación como modificación estructural: celebración de un nuevo contrato de sociedad y sucesión universal, RdS, 62, 2021

Introducción: la disolución como la muerte de la sociedad por analogía con la muerte de los individuos

La doctrina tradicional veía en la disolución de una sociedad algo análogo a la muerte del individuo y a la apertura de la sucesión *mortis causa*. Hoy se ha abandonado esa analogía porque, se dice, implica presumir que con la disolución se extingue la personalidad jurídica, como se extingue la personalidad del difunto con su muerte, y se considera evidente que la persona jurídica de la sociedad disuelta persiste durante la liquidación (art. 371.2 LSC), de modo que se califica la disolución como una 'modificación del objeto social': la sociedad deja de, verbigracia, fabricar perfumes y pasa a tener como objeto social el de liquidarse.

La analogía de la doctrina tradicional es, sin embargo, correcta. El individuo se muere, pero su patrimonio – el patrimonio hereditario – persiste. La sociedad se disuelve, el contrato termina, los socios dejan de perseguir en común el fin que los llevó a celebrar el contrato de sociedad, pero su patrimonio – el patrimonio social – persiste hasta que, previa su liquidación, se reparte el remanente entre los socios.

> El heredero sucede al causante, pero los socios no suceden a la sociedad. Esa es la única diferencia de importancia: en un caso hay sucesión en el patrimonio, en el otro hay liquidación del patrimonio.

Los intereses que han de ser cohonestados son semejantes. En el caso de la muerte de alguien, la preocupación de los acreedores del difunto es ser preteridos en sus derechos frente a los herederos y legatarios y los acreedores de éstos, y frente a los socios en el caso de la disolución de su deudor. Podría ocurrir que los herederos y legatarios entren a controlar el patrimonio del difunto antes de que hayan sido pagadas las deudas y con ello se ponga en peligro el cobro de sus créditos. Las normas sobre la herencia tratan de eliminar esos efectos 'externos' de la sucesión hereditaria protegiendo a los acreedores del causante. En alemán se dice muy gráficamente que "*el primer heredero es el acreedor*" "Der Gläubiger ist der erste Erbe".

En el caso de la disolución de una sociedad (un acto unilateral de los socios), la protección de los acreedores del patrimonio social frente a los socios y sus acreedores personales se articula a través de la liquidación, esto es, de la obligación

para el liquidador de proceder al pago de las deudas sociales antes de distribuir el remanente entre los socios.

En ambos sistemas, además, la protección de los acreedores se garantiza manteniendo unido el patrimonio del causante o de la sociedad y separado del patrimonio de los herederos o de los socios en tanto no se haya producido su liquidación (se hayan pagado las deudas) o en tanto los herederos no hayan asumido responsabilidad con todo su patrimonio de dichas deudas.

Reglas, pues, comunes a la sucesión hereditaria y a la extinción de las sociedades son la persistencia del patrimonio hereditario o social y la prohibición de distribuir los bienes que estén en ese patrimonio a los que tengan pretensiones de entrega o restitución hasta que el patrimonio haya sido liquidado, al menos en sentido estricto, esto es, se hayan pagado las deudas que pesan sobre ese patrimonio.

En tanto no se produce la sucesión o el reparto, el patrimonio se encuentra en estado de administración. Las normas que rigen la conducta de los que lo administran y los derechos de los beneficiarios tienen como *ratio* la protección de los derechos de los interesados en el patrimonio que se liquida: acreedores – preferentemente – y luego legatarios y herederos en un caso y socios en otro.

La terminación del contrato de sociedad y la liquidación de la persona jurídica

La doctrina moderna, al fijarse en la continuidad de la personalidad jurídica durante el proceso de liquidación, no ha prestado suficiente atención al significado de la disolución como terminación del contrato de sociedad. Este es doble. Por un lado, los vínculos obligatorios entre los socios terminan: los socios ya no persiguen un fin común y la obligación de contribuir al fin común cesa. Por otro, la disolución es el *actus contrarius* a la creación del sujeto titular del patrimonio. Terminado el negocio jurídico creador del sujeto de derecho, es obligada la liquidación del patrimonio. El patrimonio social persiste incólume pero la persona ficta que es su titular, tal como fue dibujada por los socios al constituir la sociedad, no lo hace.

Y es que las normas de la liquidación no son una especialidad societaria. Son reglas aplicables siempre que se trate de liquidar un patrimonio. Y el gobierno del patrimonio social en liquidación no es sustancialmente diferente del gobierno de cualquier otro patrimonio en liquidación. Es decir, las normas sobre la liquidación de un patrimonio no varían porque el patrimonio estuviera personificado o no.

> Si el patrimonio está personificado, hay que liquidarlo, no dividir los bienes entre los socios, que no son comuneros. Esto se ve claramente en la SAP Pontevedra 15-I-2019, ECLI: ES:APPO:2019:86. En el caso, había acuerdo sobre que se trataba de una persona jurídica y no de una copropiedad sobre un inmueble (cuya promoción constituía el objeto social). La demandada "*invocaba las normas de la división de la herencia*" (arts. 782 LEC) y la demandante pedía la formación "*de un inventario del activo… su avalúo y una propuesta concreta de división sobre uno de los bienes que habrían de constituir el activo: la finca sita en Canido*". Pero la

Audiencia señala que había otros bienes en el activo por lo que lo que procede es la liquidación y, dado el carácter mercantil del objeto social, la aplicación de los arts. 227 ss C de c. La decisión del juzgado, que procedió a dividir el bien más importante de los pertenecientes al patrimonio social, no podía mantenerse porque desconocía los intereses de los acreedores (v., art. 388 LSC).

Veamos algunos indicios de que esta conclusión es correcta.

El primero es que el objetivo de la liquidación es asegurar la integridad del patrimonio social para proteger, a su vez, los derechos de los acreedores y la integridad de la cuota de liquidación de los socios (v., art. 375.1 LSC).

El segundo es el art. 397 LSC, que hace responsable a los liquidadores, no ante la sociedad, sino ante los socios y acreedores, lo que indica que el 'interés social' ha dejado de existir aunque el art. 371.2 LSC preserve la personalidad jurídica de la sociedad disuelta. Tampoco hay deberes fiduciarios de los liquidadores ni, por tanto, acción social para exigir su cumplimiento.

V., Jacinto J. Pérez Benítez, La responsabilidad de los administradores sociales en el contexto de la reestructuración preventiva, Almacén de Derecho 2021.

Y es que los liquidadores no son administradores. Recuérdese que el art. 384 LSC autoriza a los liquidadores a realizar "operaciones nuevas" sólo cuando sean necesarias para la liquidación, esto es, para salvaguardar el valor de la empresa social (por ejemplo, porque la mejor forma de liquidar la empresa social sea vendiéndola como empresa en funcionamiento), de modo que el liquidador incurrirá en responsabilidad en otro caso.

¿Cómo hay que interpretar entonces el art. 371.2 LSC cuando afirma que la sociedad disuelta conserva la personalidad jurídica tras la disolución y durante el proceso de liquidación? En el sentido de que el patrimonio social persiste durante el proceso de liquidación. La comparación con las fundaciones es iluminadora. Las fundaciones no se disuelven. Porque el acto por el que se dedica un patrimonio a un fin de interés general no es un contrato, de modo que no se le aplican las normas sobre los contratos. Las fundaciones se "revocan" como los testamentos o las donaciones. Los artículos 31 y ss de la Ley de Fundaciones no se refieren a la disolución como apertura de la liquidación. Dicen que la fundación se "*extinguirá*" y, todavía más expresivo, el art. 33.1 dice que *"la extinción de la fundación… determinará la apertura del procedimiento de liquidación"* (sic). ¿Cómo puede liquidarse una persona jurídica extinguida? Sencillamente, como se extingue un individuo por la muerte y no como se termina un contrato por la resolución o disolución. Pero la ley de fundaciones hace algo más: salva de la liquidación el caso de "fusión" (art. 31. d). Lo que el legislador quiere decir es que, realizado el acto simétrico al que dio lugar a la formación del patrimonio fundacional –arts. 8 y 9 LF-, se procederá a liquidar el patrimonio fundacional y darle el destino previsto en la Ley o en los estatutos. Pero

el patrimonio fundacional –como el hereditario– persiste hasta que ha concluido el proceso liquidatorio.

A mi juicio, la Ley de Fundaciones acierta plenamente y esta regulación de la liquidación apuntala la tesis que se ha expuesto en el apartado anterior sobre la continuidad de la personalidad jurídica durante el proceso de liquidación: la personalidad jurídica se ha extinguido pero el patrimonio persiste.

La reactivación

Con la disolución termina el contrato de sociedad. Si los socios quieren revocar la disolución y volver a perseguir colectivamente el fin común, la Ley se lo permite a través de la 'reactivación' (art. 370 LSC). La reactivación supone, necesariamente, la celebración de un nuevo contrato de sociedad entre todos o parte de los socios de la sociedad disuelta y no, como dice la doctrina mayoritaria, una modificación del fin social simétrica a la que supuso la disolución.

Una vez adoptado el acuerdo de disolución, éste es irrevocable: la mayoría no puede imponer a los socios 'seguir vinculados' por un contrato que ya ha quedado terminado por una declaración con tales efectos por parte de la mayoría.

La justificación de por qué la reactivación se puede decidir por mayoría se encuentra, efectivamente, en la persistencia del patrimonio tras la terminación del contrato de sociedad. Pero, al mismo tiempo, el respeto por la voluntad de los socios debe conducir a limitar la vinculación del acuerdo de reactivación a aquellos socios que hubieran aceptado continuar en sociedad, permitiendo a los demás separarse. De ahí que la Ley conceda al socio que no quiere participar en la sociedad reactivada un derecho de separación. Este es un remedio ajustado a la situación en la que el contrato social ha terminado (no se puede obligar al socio a seguir vinculado) pero el patrimonio social no se ha liquidado y no se liquidará, por lo que ha de procederse a una valoración del patrimonio para determinar la cuantía de su liquidación. Solo los que renueven su consentimiento contractual, seguirán como socios en la sociedad reactivada.

> En el caso excepcional de que la sociedad se hubiera pactado por un plazo de duración determinado, la liquidación 'real' del patrimonio social es obligada salvo que concurra el consentimiento de todos para la reactivación (disolución de pleno derecho, art. 370.1 LSC *in fine*).

Por tanto, la reactivación no es una modificación estatutaria – una novación del contrato social –, sino como la celebración simplificada de un nuevo contrato de sociedad, simplificación que es posible porque no se ha procedido a la liquidación del patrimonio social. En esa situación, los vínculos obligatorios entre los socios pueden restablecerse aceptando los "nuevos" socios "suceder" a los antiguos en la titularidad del patrimonio social cuya continuidad, así, se garantiza.

Liquidación societaria y liquidación concursal

Para lo que sigue v., Karsten Schmidt, *Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht*, (ZGR 1998, 633-671).

La liquidación societaria es equivalente a la concursal (la disolución abre la liquidación y la declaración de concurso abre la liquidación y en ambos casos, la liquidación puede echarse atrás si se produce, en un caso, la reactivación y en el otro, se llega a un convenio entre el deudor en concurso y sus acreedores). La diferencia entre ambos procedimientos está en el supuesto de hecho: el acuerdo de disolución en un caso (voluntaria o forzosamente adoptado por los socios) y la insolvencia del deudor común en el otro.

El diferente supuesto de hecho determina también qué grupo de interesados mantiene el control sobre el procedimiento. En el caso de la liquidación societaria, y aunque se aplique la regla de '*pagar antes que repartir*', siguen los socios al frente, puesto que, teóricamente al menos, están "*on the money*", es decir, como titulares residuales, sus acciones o participaciones tienen todavía un valor positivo. Pero cuando se verifica la insolvencia del patrimonio social, el procedimiento de liquidación debe ponerse bajo el control de los acreedores.

Por lo demás, las mismas reglas de la liquidación se aplican a cualquier tipo de patrimonio: a la liquidación que tiene lugar cuando se disuelve una sociedad externa, a la de la herencia, a la de cualquier patrimonio insolvente o a la del patrimonio ganancial. Es el Derecho de la Liquidación de Patrimonios lo que une al Derecho de Sociedades y al Derecho Concursal, un Derecho necesario porque las sociedades – externas – tienen patrimonio y porque el ordenamiento tiene que prever cómo tratar la insuficiencia patrimonial de un deudor con pluralidad de acreedores dados los elevadísimos costes de transacción presentes en esa situación.

La cancelación registral y la extinción

La extinción sólo puede culminar cuando todo el patrimonio separado ha quedado completamente liquidado. Esto sucede cuando se han extinguido las obligaciones – se han pagado todas las deudas –, se han ejecutado los derechos – se han cobrado los créditos –, se han terminado los contratos de los que fuera parte la persona jurídica y se han asignado los bienes a otras personas, es decir, se han repartido los bienes societarios entre los socios. En tanto queden créditos, deudas o bienes por liquidar, no puede afirmarse que el patrimonio separado se haya extinguido. Y la cancelación registral de los asientos de una sociedad no debería cambiar las cosas. Si es así, debería concluirse que, en nuestro Derecho, la cancelación registral tiene un efecto declarativo y no constitutivo (STS 27-V-2017).

Martínez Flórez, Aurora, Sobre las vías de solución al problema de las relaciones jurídicas pendientes tras la cancelación de las sociedades de capital *Liber Amicorum Beltrán* 2015

En las asociaciones y fundaciones, la liquidación conduce a la extinción pero el patrimonio se entrega a los destinatarios a los que se refiere el art. 39 CC; el art. 33 de la Ley de Fundaciones y el art. 38 de la Ley de Asociaciones.

La separación del socio y la personalidad jurídica

> Para lo que sigue v., Nuria Bermejo, El ejercicio del derecho de separación y la condición de socio, Estudios Homenaje a Ricardo Alonso, Madrid 2022 con indicaciones exhaustivas de jurisprudencia y doctrina.

La separación de un socio – o su exclusión - (arts. 346 ss LSC) afecta al contrato de sociedad – disolución o terminación parcial – pero no afecta al patrimonio. El patrimonio se preserva, aunque quedará disminuido por el pago al socio separado o excluido de su cuota de liquidación. Del mismo modo que, como se verá ocurre en las modificaciones estructurales, los acreedores de la persona jurídica societaria no tienen derecho a impedir la separación o exclusión de socios de la misma manera que los acreedores de un individuo no tienen derecho a oponerse a que éste reduzca el valor de su patrimonio.

> Naturalmente, eso no impide que se exija el cumplimiento sobre las normas del capital social en las sociedades de capital.

El análisis realizado en los apartados anteriores sobre los efectos de la disolución puede confirmarse examinando cuándo ha de considerarse separado al socio que ejercita su derecho de separación. Dos momentos son plausibles. Puede estarlo en el momento en que comunica a la sociedad su voluntad de separarse o puede estarlo sólo en el momento en el que la sociedad le liquida el valor de su participación, esto es, le reembolsa su participación.

La explicación más convincente es la de Bermejo. Al separarse, mediante una declaración de voluntad, "*el socio saliente adquiere el derecho a que la sociedad retire su participación* (Abnahme) *y le satisfaga el valor de la misma al tiempo del ejercicio del derecho de separación*". Y estos son dos derechos recíprocos que deben ejecutarse simultáneamente, esto es, la sociedad no puede pretender que el socio le 'entregue' sus acciones o participaciones (ni amortizarlas ni entregarlas a un tercero) sin pagarle simultáneamente su cuota de liquidación. Las acciones o participaciones siguen, pues, existiendo y siendo de titularidad del socio en tanto la sociedad no le pague (en las sociedades de personas, la parte del socio separado acrece a los demás).

Pero el socio ha terminado el contrato de sociedad, de manera que ya no está vinculado con los demás socios. Esto significa que, por un lado, el socio separado ya no es socio de sus socios, pero, por otro, sigue ostentando la 'propiedad' de las acciones o participaciones. Esta consecuencia se explica porque la participación social es una relación jurídica – posición contractual – y una 'cosa' en sentido laxo que se expuso más arriba.

Así las cosas, lo razonable es entender que, desde que el socio declara su voluntad de separarse hasta la amortización de sus participaciones, los derechos y obligaciones del socio quedan en suspenso (Bermejo). Así, el socio saliente no puede asistir a la junta o participar en la formación de la voluntad social, a salvo de que la sociedad rechace la separación y, para no ir en contra de sus propios actos, deba tratar al saliente como socio de pleno derecho. Permitir al socio saliente votar no tendría en cuenta que no tiene incentivos para votar en interés de la sociedad, ya que lo que pase al patrimonio social ya no le afecta. Y la protección de sus intereses en este período está suficientemente grantizada porque el socio saliente es un "tercero con interés legítimo", lo que le permitirá conservar el derecho a solicitar información y a impugnar acuerdos sociales que puedan perjudicar el cobro de su cuota de liquidación.

Dado que no se ha amortizado la participación del socio saliente, hay que seguirla considerando como parte del capital en el caso de las sociedades de capital a todos los efectos (quorum, junta universal, autocartera…)

Igual que en la disolución, el contrato de sociedad ha terminado (para el socio, y ha quedado, en consecuencia, novado subjetivamente). El socio saliente ha dejado de ser socio. Pero el patrimonio no ha sido liquidado – ni lo será – por lo que el socio saliente sigue siendo 'miembro' de la persona jurídica en tanto no se proceda a la liquidación ('real' en el caso de la disolución y) 'virtual' y parcial en el caso de la separación o a la transmisión de la parte de socio a un tercero o a la propia sociedad en cuyo caso no hay liquidación en absoluto.

Las modificaciones estructurales: fusión y escisión de personas jurídicas

"Dado que el derecho privado vigente trata de evitar la creación de derechos sin sujeto y que la muerte… en todo caso pone fin a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, el legislador no tiene más remedio que ordenar una sucesión universal ex lege, que podría consistir en un derecho directo de los herederos o en hacer independiente el patrimonio en forma de persona jurídica"

Karsten Schmidt

Jurídicamente, la fusion no es más que la disolución de una sociedad preexistente y la erección de una nueva

Un miembro de la Comisión de Núremberg de 1857 en la reforma del Código de Comercio para Alemania (ADHGB)

Para lo que sigue, v., Segismundo Álvarez Royo-Villanueva, La sucesión universal en las modificaciones estructurales de las sociedades de capital, Tesis doctoral, Granada 2016; Stefan Simon, Kölner Kommentar zum UmwG, comentario al § 2; Johannes W. Flume, Dogmengeschichte des Umwandlungsrechts, en *Kölner Komm zum UmwandlungsGesetz*, 2009; Johannes W. Flume, Partielle Universalsukzession ausserhalb des Spaltungsrechts?, ZHR 170(2006) pp 737-763; K. Schmidt, AcP 191 (1991), p 498

Introducción: la 'invención' de las normas sobre la adquisición derivativa de un patrimonio

Según se ha explicado en la Parte General, los patrimonios personificados se transmiten por sucesión de acuerdo con el principio de universalidad, es decir, como si todos los bienes, derechos, créditos, deudas y relaciones jurídicas fueran una sola cosa. No rige el principio de especialidad. Esta sucesión universal es semejante a la que tiene lugar *mortis causa*, y permite a una persona jurídica adquirir en un solo acto el patrimonio de otra como el heredero adquiere el patrimonio del causante. El patrimonio de la persona jurídica que se extingue (que pierde su capacidad de obrar) no se liquida sino que, en su titularidad, le sucede otra persona jurídica.

A diferencia de la sucesión *mortis causa*, sin embargo, el objetivo de las normas sobre fusión y escisión de personas jurídicas no es evitar que haya patrimonios sin sujeto, sino reducir los costes de transmitir patrimonios. Este objetivo es especialmente importante en el caso de los patrimonios de las corporaciones comerciales, ya que su valor es mayor como *going concern* que en liquidación.

Antes de que existiera la fusión, los patrimonios de las corporaciones comerciales podían transmitirse vendiendo las acciones que formaban su capital. Si alguien adquiere el 100 % de las acciones de una sociedad anónima estaría 'adquiriendo' el patrimonio, pero lo habrá hecho mediante un contrato de compraventa de cosas o un contrato de cesión de créditos o derechos incorporales (art. 1527 ss CC) seguido de la entrega, es decir, recurriendo a las normas sobre transmisión de derechos reales singulares.

> Esta es la razón que explica por qué la forma más frecuente de transferir una empresa no es la de utilizar un contrato sinalagmático de compraventa por el que se transfiera la totalidad de sus activos (bienes y derechos, *asset deal*) y, eventualmente, de su pasivo (deudas) sino vender la totalidad del capital de la sociedad titular de dichos activos, es decir, transmitir el 100 % de sus acciones o participaciones (*share deal*). Esta mayor eficiencia del *shares deal* respecto del *assets deal* explica también por qué se crean filiales y no divisiones. Ayotte, Kenneth and Hansmann, Henry, Legal Entities as Transferable Bundles of Contracts (March 3, 2012). Sobre los contratos que articulan la compraventa del capital social de una persona jurídica empresarial v., estas cuatro entradas, Alfaro, Jesús, La compraventa de empresas (i), Introducción (ii) El precio en la compraventa de empresas; (iii) Contenido típico de un contrato de compraventa de empresa (SPA sale-purchase agreement) y (iv) Patología y remedios frente al incumplimiento, todas ellas en el *Almacén de Derecho,* 2021.

Naturalmente, eso exigía, además de mercados de acciones – bolsas -, configurar las acciones como 'cosas' y 'cosas homogéneas' (*Verdinglichung*) lo suficiente como para poder aplicar, al menos formalmente, a la transmisión de un patrimonio las normas sobre la transmisión de bienes singulares o, lo que es lo mismo, desvincular a la acción de la persona de su titular.

La transmisibilidad de las acciones es, pues, un gran invento. Pero aún así (i) obliga a obtener el consentimiento de todos los accionistas si se pretende unificar ese patrimonio con el de otra sociedad anónima y el de la mayoría si se pretende transmitir/adquirir el control sobre dicho patrimonio y, (ii) por sí solo, no permite unificar el patrimonio de la adquirida con el del adquirente.

Y aquí es donde entran las modificaciones estructurales. En el caso de los patrimonios individuales, la muerte del titular o causante abre la sucesión que culmina en la 'fusión' del patrimonio del causante con el del heredero. De forma análoga, se pueden transmitir los patrimonios de las personas jurídicas. La fusión o la escisión de personas jurídicas transmiten el patrimonio de una persona jurídica (la absorbida o la escindida) cambiando a la persona jurídica titular (que ahora será la absorbente en la fusión o la beneficiaria de la escisión).

> De modo que el concepto "*jurídico-civil de objeto* (las cosas y los derechos como objetos de actos de disposición) *se amplía para incluir el patrimonio*" (Álvarez) y se expande el ámbito de actuación de la autonomía privada. Ya se ha dicho que la regulación de la transmisión de patrimonios empresariales se encuentra en la Ley de Modificaciones Estructurales de Sociedades Mercantiles (LME). La transmisión del patrimonio fundacional se encuentra en la ley de fundaciones (art. 30 LF y en el art. 39 CC). La posibilidad de fusión de asociaciones ha sido reconocida por la jurisprudencia, v., STS 26-IV-2017, resumida aquí. Además, hay que tener en cuenta otras normas que se ocupan de la transmisión de patrimonios especiales. Así, la transmisión de la herencia – del patrimonio hereditario – se encuentra en el Código civil; la transmisión del patrimonio ganancial no está regulada porque, de poder considerarse uno separado, es intransmisible y solo puede ser liquidado. V., STS 29-XI-2018 ECLI: ES:TS:2018:4117, resumida aquí y STS 10-XI-2017, resumida aquí. SAP Segovia 31-V-2016, resumida aquí.

Dado que el objeto del negocio jurídico de la fusión no es un bien o derecho singular, sino el patrimonio de la absorbida, el contrato de fusión es bastante más complejo que un contrato de compraventa y requiere algún tipo de publicidad y de la intervención de los terceros que pueden verse afectados.

> Simon compara la fusión con el testamento. Del mismo modo que a través del testamento el causante dispone de su patrimonio, en la fusión se dispone del patrimonio de la corporación. El artículo 22 de la LMESM describe la fusión diciendo que a través de la absorción o la creación de una nueva sociedad se transmite "en bloque" "el patrimonio" de un sujeto de derecho. Como había dicho Karsten Schmidt, "*la absorbente adquiere el patrimonio, tal cual*".

Aunque suele decirse que la sucesión universal es producto de la ley, no lo es en mayor medida que la transmisión de la propiedad de un bien es producto de ciertos contratos seguidos de la tradición (art. 609 CC). El reconocimiento legal es necesario en la misma medida. Cada Derecho nacional anuda el efecto de transmisión de la propiedad de un bien a un supuesto de hecho diferente (al puro contrato de compraventa, a un acuerdo abstracto de transmisión de la propiedad o a la conjunción de título y modo en el caso español) pero todos permiten a la autonomía privada producir tal efecto. Un legislador que no reconociese la posibilidad de

transmitir patrimonios mediante sucesión universal estaría infringiendo el art. 10 de la Constitución si se tiene en cuenta que, como se ha explicado, la posibilidad de formar patrimonios y de separarlos, dividirlos o integrarlos facilita a los individuos el libre desarrollo de su personalidad en el marco del derecho de asociación – persecución colectiva de fines comunes a varias personas – y del derecho de fundación y herencia.

El ejemplo alemán y el Código de Comercio de 1885

Sucede, sin embargo, que las reglas sobre transmisión de la propiedad de bienes están presentes en el Derecho desde tiempos remotos, pero las modificaciones estructurales solo fueron inventadas a finales del siglo XIX. No hay normas sobre la fusión en nuestro Código de comercio de 1829 ni en el de 1885 salvo en el art. 188 referido a las "*compañías de ferrocarriles y demás obras públicas*". El Codificador no sintió la necesidad de regular la fusión, ni siquiera cuando ya se habían extendido las sociedades anónimas. La razón es que las corporaciones mercantiles solían constituirse con una duración determinada y las aportaciones no se destinaban a formar capital fijo, de manera que la 'reasignación' de los recursos se producía vía liquidación de la compañía y reinversión en otra empresa. Y, como ya se ha dicho, respecto de las compañías anónimas cuya duración era superior al 'viaje', la transmisión de los patrimonios podía tener lugar a bajo coste porque las acciones eran libremente transmisibles.

> En relación con las corporaciones no comerciales (municipios, instituciones eclesiásticas, patrimonios de los nobles), la mayor parte de ellas eran 'manos muertas' y sus patrimonios no eran transmisibles.

Esta situación cambia con la expansión del ferrocarril. Es en las sociedades de ferrocarriles (y obras públicas) donde se aprecian de forma más evidente las sinergias derivadas de unir compañías y, por tanto, donde son más evidentes los beneficios (*low hanging fruits*) de excluir la aplicación del principio de especialidad.

> En las industrias de red que requieren de la construcción de infraestructuras físicas hay enormes eficiencias de red por la posibilidad de ofrecer más trayectos: si la compañía de ferrocarriles Zaragoza-Barcelona se une a la Zaragoza-Madrid, puede ofrecer billetes y viajes Madrid-Barcelona. Curiosamente, la primera ley de sociedades anónimas en Alemania se promulga para compañías de ferrocarriles, Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen, de 1838. La erección de una corporación era necesaria para dotar a la compañía del poder para expropiar los terrenos donde habían de extenderse las vías.

El Código de Comercio español de 1885 permitió a las compañías de ferrocarriles 'fundirse' con otras análogas (art. 188) pero establece un régimen para la fusión que exige el consentimiento de todos los socios ("*a menos que en los estatutos se hubieren establecido otras reglas para alterar el objeto social*") y de "*todos los acreedores*" aunque el consentimiento no es necesario cuando "*la compra o la fusión*" se lleven a

cabo "*sin confundir las garantías e hipotecas y conservando los acreedores la integridad de los respectivos derechos*".

La segunda es que el legislador concibe la fusión, no como producto de un acuerdo social – se adoptaría por mayoría –, sino como un nuevo contrato entre los socios de las dos sociedades que se fusionan.

> En este punto, es interesante que el legislador salve el caso de que los estatutos hayan establecido otras reglas "*para alterar el objeto social*". Esto no significa que no considere la fusión como un nuevo contrato. Probablemente 'objeto' aquí es el negocio que desarrolla la empresa, esto es, la línea de ferrocarril concreta.

Y la tercera es que, en relación con los acreedores, se requiere el consentimiento de todos, – en concordancia con el futuro art. 1205 CC – pero permite prescindir de él si los patrimonios de las dos compañías se mantienen separados.

La evolución en Alemania es semejante. La fusión se regula por primera en el Código de Comercio prusiano de 1870 y se concebía como una liquidación simplificada. El procedimiento se iniciaba con un acuerdo de los accionistas que equivalía al de disolución (de la sociedad que iba a ser absorbida) y que se inscribía en el Registro Mercantil. El acuerdo se anunciaba por tres veces, tras lo cual, todo el patrimonio, incluyendo por tanto las deudas, se transmitía a la sociedad absorbente. Pero la transmisión no afectaba a los acreedores y, por lo tanto, su consentimiento no era necesario. Su posición era la misma que en la liquidación porque los administradores de la sociedad absorbente estaban obligados a mantener separados los dos patrimonios implicados en la fusión. No había verdadera fusión. Lo único que había era unificación de los órganos que tomaban decisiones y podían actuar con efectos sobre ambos patrimonios sin modificar la posición de los terceros que se relacionaban con ellos.

> Los patrimonios no se confundían completamente hasta que se hubieran pagado las deudas – liquidación en sentido estricto – o se hubieran consignado o se hubiera producido una situación equivalente a la liquidación, esto es, fuera legítimo hacer una distribución a los accionistas. Pero, además, "*los bienes, créditos y deudas que se transmitían a la absorbente venían determinados por lo que dijera el contrato de fusión*". Lo que significa que el patrimonio de la absorbida no pasaba *in totum* a la absorbente. Así que, en un caso que narra J. Flume, los accionistas de una Sociedad absorbida en una fusión fueron condenados a pagar unos créditos porque en el contrato de fusion, esos créditos no aparecían entre los transmitidos a la absorbente. Aún más, la entrega de acciones de la absorbente a los accionistas de la absorbida se consideraba como una devolución de aportaciones. Se exigía unanimidad para la fusión salvo que los estatutos sociales previesen otra cosa. En 1884, a través de una reforma de la ley de sociedades anónimas, el requisito de la unanimidad fue sustituido por una mayoría de ¾. En la ley de sociedades anónimas (*AktienGesetz*) de 1937 se regula ya la fusión de forma moderna y se distancia la fusión de la sucesión mortis causa.

Como se ve, inicialmente, a través de una fusión sólo se podían lograr parecidos efectos a los que podrían conseguirse adquiriendo las acciones de la sociedad

absorbida. Se logra transmitir el control sobre ese patrimonio a los mismos individuos que manejan ya el patrimonio de la absorbente lo que facilita la coordinación y la maximización del valor conjunto de ambos, pero no se pueden obtener completamente las sinergias que resultan de la unificación patrimonial (solvencia, capacidad de crédito, economías de escala…).

> V., sobre las dificultades de financiación de estas compañías de ferrocarriles en el siglo XIX español, Pere Pascual Domènech, Los beneficios repartidos al capital acciones realizado por las compañías ferroviarias catalanas (1849-1935). Primera aproximación, 2001, resumido aquí.

Modificaciones estructurales, principio de universalidad y autonomía privada

El artículo 22 de la LME describe la fusión diciendo que a través de la absorción o la creación de una nueva sociedad se transmite 'en bloque' 'el patrimonio' de un sujeto de derecho. Como había dicho Karsten Schmidt, "*la absorbente adquiere el patrimonio, tal cual*". Cambiar de titular supone transmitir el patrimonio y que el nuevo titular suceda al antiguo. Y tal cambio de titular se produce en virtud de un negocio jurídico. Es decir, las modificaciones estructurales son hechos, actos o negocios jurídicos que tienen por objeto los patrimonios como los contratos 'aptos para transmitir el dominio' tienen por objeto bienes singulares.

Tradicionalmente se sostiene que las modificaciones estructurales son *numerus clausus*, es decir, que los particulares no podían 'inventar' negocios jurídicos que produjeran como efecto la transmisión de un patrimonio de acuerdo con el principio de universalidad. La cuestión ha perdido importancia porque, prácticamente, todos los tipos de transmisión de patrimonios imaginables están recogidos en la Ley de Modificaciones Estructurales pero, como se verá inmediatamente, está mal planteada porque si los particulares pueden formar patrimonios personificados, ¿por qué no habrían de poder transmitirlos. Prueba de que la autonomía privada puede transmitir patrimonios es el reconocimiento legal de la sucesión universal en la escisión parcial (art. 68.2ª LME). En ella, los particulares deciden qué conjunto de bienes – de entre todo el patrimonio de la escindida – se atribuirán a la beneficiaria de la escisión – o sea qué patrimonio tendrá la persona jurídica beneficiaria si es de nueva creación -. Esto implica reconocer que el fundamento de las modificaciones estructurales es la autonomía privada.

> La "*sucesión universal no requiere una transferencia indivisa de un patrimonio*" (Karsten Schmidt), la titularidad cambia sólo sobre parte del patrimonio, que es 'dividido' como consecuencia de un acto de la autonomía privada (en caso de escisión parcial) o como consecuencia de la pluralidad de herederos. En todo caso, hay una diferencia sustancial entre las modificaciones estructurales y la sucesión mortis causa en la medida en que no está en manos de los herederos la determinación del contenido del patrimonio en el que se sucede (Rieble, ZIP 1997, p 303).

Ahora bien, eso no significa que no siga en vigor el *numerus clausus* de modificaciones estructurales. En relación con las sociedades y fundaciones, los particulares han de

personificar un patrimonio utilizando alguno de los tipos de negocios jurídicos que el legislador ha puesto a su disposición para formar personas jurídicas. Del mismo modo, los particulares que deseen 'transmitir' patrimonio, han de escoger uno de los tipos previstos legalmente de modificación estructural: fusión, escisión, segregación y cesión global del activo y del pasivo (en la transformación hay cambio en el tipo societario, pero no hay transmisión de un patrimonio) o han de transmitir las acciones o participaciones que representan las partes de socio. La justificación para esta limitación a la autonomía privada es la misma que para la limitación de tipos societarios: reducir los costes para los terceros de identificar los patrimonios con los que se relacionan. De modo que la transmisión de patrimonios no es producto de la ley. Es producto de un negocio jurídico en la misma medida en que la transmisión de la propiedad de un bien es producto de ciertos contratos seguidos de la tradición (art. 609 CC).

La naturaleza jurídica de las modificaciones estructurales

Para examinar la naturaleza de las modificaciones estructurales utilizaré el caso de la fusión. Lo específico de la fusión es que (i) las personas jurídicas preexistentes se extinguen (al menos una de ellas) (ii) sin que se liquide su patrimonio, que pasa a la sociedad absorbente o a la de nueva creación en virtud de un proceso de sucesión universal. Además, (iii) los socios de las sociedades que se extinguen reciben acciones o participaciones en la persona jurídica absorbente o de nueva creación proporcionales a las que ostentaban en las que se extinguen (art. 22 LMESM) y lo hacen de modo automático y simultáneo a la inscripción de la fusión en el Registro Mercantil.

Se dice que la fusión es un contrato porque es central en el proceso el proyecto de fusión que pactan los administradores de todas las sociedades implicadas. Y se dice que es una operación de carácter corporativo porque – creo entender – los efectos sobre la sociedad se producen tras la adopción de sucesivos acuerdos o decisiones por parte de los órganos sociales de las sociedades participantes en la fusión.

> V., por todos, M. Trías Sagnier, La fusión y operaciones de similar alcance, en Las operaciones societarias de modificación estructural : análisis de su tratamiento jurídico tributario y contable, 2001, págs. 71-92, p 72.

La calificación más adecuada de la fusión es la de un negocio jurídico que nova los contratos de sociedad de todas las sociedades que intervienen en la fusión (*infra* a) y que tiene como efecto la transmisión de un patrimonio vía sucesión en la titularidad del mismo (*infra* b).

a) En el plano contractual, la fusión no termina el contrato de sociedad de la persona jurídica absorbida, sino que produce una novación subjetiva y objetiva del mismo. Subjetiva porque se modifica el círculo de socios y objetiva porque se modifica el contenido del contrato de sociedad. Pero los socios siguen vinculados entre sí. No

hay solución de continuidad. No puede hablarse de que se haya terminado el contrato y que el vínculo que unía a los socios de la sociedad absorbida entre sí y de la sociedad absorbente entre sí se haya disuelto. Por eso, tienen razón los que dicen que el acuerdo de fusión aprobado por la sociedad absorbida no es un acuerdo de "disolución" (Álvarez). El resultado de la fusión no es que los socios de la sociedad absorbida dejan de serlo. Ni se abre la liquidación ni los socios reciben su cuota; reciben acciones o participaciones de la sociedad absorbente.

La fusión implica, además, que el contrato de sociedad de la absorbente ha de modificarse subjetivamente para incorporar a los socios de la sociedad absorbida. Pero éstos no reciben su cuota de liquidación en forma de acciones de la absorbente. Ven modificado el vínculo que les une a los demás socios.

b) En el plano patrimonial hay sucesión universal, respecto de la cual, puedo remitirme a lo que ya se ha dicho en la Parte General.

> Cabe la fusión de sociedades en liquidación siempre que no hayan comenzado el reparto de su patrimonio entre los socios (art. 28 LMESM) precisamente porque el patrimonio no se ha liquidado y, por lo tanto, es susceptible de sucesión en su titularidad, así como de ser parte de relaciones jurídicas patrimoniales. Una sociedad en liquidación, pues, debería poder participar incluso como sociedad absorbente cuando la fusión sea una forma de proceder a una mejor liquidación del patrimonio social. Lo propio cabe afirmar respecto a sociedades declaradas en concurso.

La operación simétrica a la fusión es la escisión. Cuando una persona jurídica (sociedad escindida) se escinde totalmente, su patrimonio se divide -mediante sucesión universal- entre dos o más sociedades (sociedades beneficiarias de la escisión) y los socios de la primera reciben acciones o participaciones de las segundas. La persona jurídica escindida se extingue.

> Por ejemplo, Andamios Andaluces SA transfiere sus operaciones en Andalucía Oriental a Andamios de Andalucía Oriental SL, y sus operaciones en Andalucía Occidental a Andamios de Andalucía Occidental SL. Los accionistas de Andamios Andaluces reciben participaciones de las dos SL. Andamios Andaluces SA se extingue.

Cuando una persona jurídica se escinde parcialmente, una parte de su patrimonio -un patrimonio en sí - se transmite a otra sociedad, y los accionistas o partícipes de la sociedad escindida reciben, igualmente, acciones o participaciones de la beneficiaria o beneficiarias. Por tanto, contractual y patrimonialmente, se trata de una operación homogénea con la fusión con un procedimiento semejante.

> La segregación es una forma de escisión en la que las acciones o participaciones de la persona jurídica que recibe el patrimonio que se transmite universalmente se entregan a la persona jurídica 'segregada' o escindida, no a los socios de ésta (art. 71 LMESM). En el ejemplo, las participaciones de Andamios de Andalucía Oriental SL no se entregan a los socios de Andamios de Andalucía SA, sino a la propia Andamios de Andalucía SA. De esta forma, el contrato de sociedad de la segregada no se modifica. Se modifica sólo el patrimonio de la

segregada porque en él ya no estarán los bienes que se han segregado sino las acciones o participaciones representativas del capital de la beneficiaria de la segregación.

Socios y acreedores en la modificación estructural

Los intereses de los socios se ven afectados por la fusión porque la sociedad sufre modificaciones patrimoniales y contractuales. Patrimoniales, porque la absorbente puede ser una sociedad mucho más endeudada o más diversificada geográfica u objetivamente etc. Contractuales, porque el tipo societario de la absorbente o de nueva constitución puede ser diferente al de la absorbida (caben fusiones "mixtas") de manera que el estatuto del socio puede variar más o menos; porque el régimen legal del nuevo tipo societario puede ser más imperativo e impedir reflejar la posición del socio en la antigua compañía en la nueva (p. ej., privilegios en materia de voto que son lícitos en la sociedad limitada y están prohibidos en la anónima; liquidez de la participación, que puede reducirse y mucho si, por ejemplo, una sociedad cotizada es absorbida por una sociedad no cotizada o, en general si la absorbida es una anónima y la absorbente o resultante una limitada); porque el socio de la absorbida o de la absorbente que tenía una participación significativa acabe teniendo una participación insignificante como consecuencia de la entrada de nuevos socios etc.

La protección del socio en la fusión se garantiza a través de su intervención en la adopción de los acuerdos sociales correspondientes (que son competencia de la junta de socios) y de un intensificado derecho de información (art. 38 LMESM) que asegure la emisión razonable del voto. Para que así sea, los administradores han de elaborar un informe sobre la fusión y expertos independientes y auditores han de intervenir. Esta protección se completa con la revisión judicial, en su caso, de la relación de canje, que debe garantizar que la fusión no provoca una redistribución patrimonial entre socios. La relación de canje ha de reflejar con la mayor exactitud posible los valores relativos de los patrimonios de las sociedades implicadas.

Dado que se trata de una novación contractual, no hay ninguna razón para hacer depender la fusión del consentimiento de cada uno de los socios de las sociedades implicadas ya que éste no se exige con carácter general para las modificaciones estatutarias.

Del mismo modo, tampoco la protección de los terceros frente a la sucesión universal es «real». Los acreedores y las contrapartes en las relaciones jurídicas vigentes de ese patrimonio, tienen acciones indemnizatorias, pero han de aceptar la sucesión universal. Si se tiene en cuenta lo expuesto en la Parte General sobre la subrogación real, esta conclusión cae por su propio peso. Los deudores no necesitan del permiso de sus acreedores para disponer de sus bienes, y los titulares de patrimonios no necesitan del permiso de sus acreedores para transmitirlos. Por tanto, de la misma forma que el acreedor ha de aceptar que su deudor venda algún bien de los que forman parte de su patrimonio o se endeude sin su consentimiento o entable o termine relaciones jurídicas con terceros, los acreedores de una persona jurídica han

de aceptar que esta transmita parte o la totalidad de su patrimonio fusionándose con otra persona jurídica. El art. 1205 CC se aplica a la transmisión de las deudas, no a la transmisión de los bienes, ergo, no debería aplicarse, ni siquiera por analogía, a la transmisión de patrimonios que incluyan deudas. De nuevo, el recurso a la sucesión *mortis causa* es útil: los acreedores del causante no tienen una pretensión para que se liquide el patrimonio del difunto si el heredero acepta pura y simplemente la herencia. Esto significa que han de aceptar ver empeorada su situación si la herencia estaba en una mejor situación de solvencia que el heredero. De forma semejante a como ocurre en los sistemas más avanzados, los acreedores de las sociedades que se fusionan sólo tienen derecho a que, antes de consumarse, se lleve a cabo un test de solvencia de la resultante de la fusión.

Esta conclusión es más segura desde la reforma del derecho de oposición en la fusión de 2012 a partir de la reforma de la Directiva 2009/109/CE que permitió a los Estados limitar el derecho de oposición a los casos en los que los acreedores lograran demostrar «*de forma convincente que, debido a la fusión, la satisfacción de sus derechos está en riesgo*»

> La reforma de la LSC está resumida y comentada aquí y aquí. V., en la misma línea, la Directiva (UE) 2019/2121 sobre modificaciones estructurales transfronterizas. Y, como recuerda Álvarez, la misma conclusión se deduce de la Directiva de fusiones que establece que la nulidad de una fusión sólo puede declararse por "*defectos de procedimiento*" (control registral, impugnación del acuerdo social).

Concebir, pues, el derecho de oposición de los acreedores a la fusión como un «*consentimiento atenuado*» es arcaico e incompatible con la sucesión universal. Es preferible concebirlo como una cláusula 'antifraude' de acreedores.

> Otros remedios a disposición de los acreedores frente a la fusión incluyen la responsabilidad de los administradores de las sociedades participantes en la fusión y el derecho a terminar el contrato para las contrapartes afectadas por la transmisión del patrimonio. v., Maribel Sáez, Cándido Paz-Ares, Los contratos pendientes de ejecución en la fusión, RDM 243, 2002, págs. 45-70.

Esto significa que los remedios apropiados y ajustados al cambio de titularidad de un patrimonio son básicamente indemnizatorios y cautelares para los acreedores o de atribución de derechos potestativos cancelatorios para las contrapartes y tales derechos sólo en la medida en que su reconocimiento sea necesario para proteger intereses legítimos de éstos.

En fin, la eficacia constitutiva de la inscripción en el Registro Mercantil de las modificaciones estructurales se explica porque resulta necesario dar certidumbre sobre la fecha en la que se ha producido la sucesión universal en la titularidad del patrimonio. Dado que interviene más de una persona jurídica y que todas ellas tienen un folio registral, la seguridad jurídica exige que se anuden los efectos sucesorios a la inscripción de la persona o personas jurídicas resultantes de la modificación

estructural. Alternativamente, podría utilizarse la fecha de la 'entrega' del patrimonio de la absorbida a la absorbente o beneficiaria pero hablar de entrega de un patrimonio es absurdo demostrándose, una vez más, la utilidad de distinguir entre Derechos Reales y Derecho de las Personas jurídicas. Sobre el art. 70 y 70.1 LME,

> v., Jesús Alfaro, El requisito de la «unidad económica» en la escisión parcial y la segregación, Almacén de Derecho, 2019

El levantamiento del velo como cláusula general de protección del crédito cuando se actúa desde personas jurídicas

Introducción

> Sobre lo que sigue, v., Jesús Alfaro, Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo (i) y, Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo (y ii), Almacén de Derecho 2015. Paz-Ares, Atributos y límites de la personalidad jurídica, pp 548 ss.

En el caso de los individuos, se da una plena correspondencia entre conducta, imputación y responsabilidad: son imputables a un individuo las conductas realizadas por él y de las consecuencias de esas conductas responde su patrimonio. Pero, en el caso de una persona jurídica, cuando son varios los individuos que pueden, *de iure* o *de facto,* actuar con efectos sobre el patrimonio de la persona jurídica, hay que determinar a qué patrimonio se imputan los efectos de la actuación de estos individuos y qué patrimonio o patrimonios responden de dichas actuaciones.

De esta descripción se deduce que 'levantar el velo' de la persona jurídica expresa una regla general de protección del crédito cuando se actúa con efectos sobre un patrimonio personificado. Más concretamente, significa prescindir de la separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de los individuos que actúan con efectos sobre dicho patrimonio. Y hacerlo (i) imputando a los miembros o partes relacionadas con la persona jurídica conductas realizadas por (los órganos de derecho o de hecho de) la persona jurídica (o viceversa), o (ii) extendiendo a los patrimonios de los miembros la responsabilidad por actos realizados por cuenta del patrimonio de la persona jurídica por sus órganos (o viceversa).

> Paz-Ares resume la doctrina dominante al respecto diciendo que los dos grupos de casos son los de "*aplicación finalista de normas externas*" o "*aplicación de fundamentos autónomos de responsabilidad*"… "*extensión de la imputación… o… extensión de la responsabilidad*".

En la decisión correspondiente (de condenar o absolver a alguna de las personas jurídicas y físicas demandadas), juega un papel fundamental la buena fe objetiva entendida como comportamiento honesto en el tráfico (art. 2 C de C, art. 7 y 1258 CC). La razón no se escapa: si las personas jurídicas son patrimonios dotados de capacidad de obrar, los que se sirven de ellas para separar esferas de actividad deben abstenerse (i) de cualquier conducta (de sus órganos) que mueva a error a los terceros con los que se relaciona respecto de con qué sujeto de derecho se entabla la relación (confusión de esferas) y qué patrimonio responderá (confusión de

patrimonios) y (ii) de cualquier conducta (de sus órganos) respecto de los diferentes patrimonios implicados dirigida o que tenga como efecto una defraudación de los derechos de los terceros.

> Por ejemplo (i) si Antonia firma una letra de cambio para pagar la ropa que ha comprado para revender en su tienda sin indicar que lo hace como administradora de la sociedad titular del patrimonio, no podrá negarse a pagarla de su patrimonio individual cuando el tenedor de la misma se lo reclame. Ha creado imputablemente la apariencia de estar obligándose con su patrimonio individual; (ii) (Paz-Ares) "*si los dos únicos socios de una compañía industrial se conciertan para plantar fuego a la fábrica y la sociedad reclama de la compañía aseguradora el pago de la correspondiente indemnización, el sentido jurídico nos dice que la compañía de seguros no puede estar obligada a pagar, puesto que el siniestro se ha provocado dolosamente (art. 19 LCS)*".

Estos dos grandes criterios explican la práctica totalidad de los casos que, bajo la fórmula del 'levantamiento del velo' se deciden habitualmente por nuestros tribunales.

Muchos aparentes casos de levantamiento del velo son difíciles de encajar en estas categorías precisamente porque no hay razones para imputar o hacer responder de la conducta enjuiciada a nadie más que a la persona jurídica de la que se trata. Los grupos de sociedades proporcionan buenos ejemplos. En la STS 24-I-2022, ECLI:ES:TS:2022:191 (resumida aquí), el demandante pretendía que se condenase a la persona jurídica cabecera de un grupo de sociedades por los daños causados por (los administradores o empleados de) una persona jurídica relacionada con aquélla, simplemente por "*la coincidencia parcial en sus denominaciones*" y la existencia de un grupo de sociedades en el sentido del art. 42 C de c. Esta sentencia se clasifica entre las sentencias sobre 'levantamiento del velo' pero, en realidad, lo que sucede es que no hay razón alguna – dice el Supremo con razón – que justifique desconocer que la "culpa o negligencia" en el sentido del art. 1902 CC es imputable a una persona jurídica y la víctima del daño no puede demandar la reparación a cualquier otro sujeto de derecho, aunque esté relacionado con el que le causó el daño. Para hacerlo, deberá demostrar que esa relación es relevante en términos de imputación objetiva.

> V., Jesús Alfaro, La responsabilidad de la matriz por las deudas extracontractuales de las filiales, Derecho Mercantil, 2019, donde se resume y critica la concepción frecuente de la responsabilidad en el seno de grupos de sociedades que se expone en Martin Petrin & Barnali Choudhury, Group Company Liability, B. Eur Bus Org Law Rev (2018) 19: 771. También deben desestimarse las pretensiones de condena o reparación del daño dirigidas contra otra persona jurídica distinta de la que causó el daño, simplemente porque los socios de ambas sean los mismos o una sea una filial completamente participada de otra.

Un buen criterio para generalizar esta intuición es el de considerar fuera del ámbito de aplicación de esta doctrina todos aquellos casos en los que la persona jurídica podría sustituirse por un individuo en la aplicación de las normas que protegen a los acreedores frente a maniobras de sus deudores para escapar a su responsabilidad, lo que es fácil de hacer si se acepta la concepción de la persona jurídica que aquí se ha defendido. A efectos de aplicación de estas normas, individuos y personas jurídicas pueden equipararse porque se trata de imputar efectos o de extender la

responsabilidad a un patrimonio. La única diferencia – pero muy relevante – es que las personas jurídicas actúan a través de individuos y que estos individuos pueden ser órganos *de iure* pero también *de facto* o individuos que, sin ocupar un órgano de la persona jurídica, tienen capacidad para determinar la 'voluntad' de ésta a la vez que controlan y pueden actuar con efectos sobre otros patrimonios (el suyo individual y otros personificados).

> Por ejemplo, ¿por qué habría de responder el franquiciador de las deudas de sus franquiciatarios? Negativamente, la STS 23-II-2021, ECLI: ES:TS:2021:634., resumida aquí.

La conclusión no se deja esperar: la doctrina del levantamiento del velo no es más que una aplicación adaptada a las peculiaridades de las personas jurídicas como sujetos de derecho (su 'incapacidad de obrar' y la necesidad de individuos que actúen con efectos sobre su patrimonio) de las normas de protección del crédito. Nada que ver, de nuevo, con la responsabilidad limitada. El levantamiento del velo no es una corrección o reacción del ordenamiento para limitar los abusos del 'privilegio' de la responsabilidad limitada que ya se explicó que no es tal. Y, en este contexto, la apelación al art. 7 y 1258 CC que se ha hecho más arriba puede verse como una forma de rellenar lagunas en estos conjuntos de normas de protección del crédito, cuando participan en las transacciones patrimonios personificados.

Casos de protección del crédito cuando participan en las transacciones patrimonios personificados

> *(Ha de evitarse que) "al socaire de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino de fraude... en daño ajeno o de los derechos de los demás... o contra el interés de los socios"*
>
> Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1984

Estas normas de protección del crédito se esparcen a lo largo y ancho del Derecho Privado Patrimonial e incluyen, al menos, las que reprimen el fraude de acreedores (v., STS 3-XI-2015, resumida aquí o STS 5-X-2021, resumida aquí); las que protegen a los terceros de los efectos externos de los contratos simulados (STS 10-VI-2016, resumida aquí); las que aseguran la eficacia de la prohibición de acuerdos colusorios (acuerdos de los socios en perjuicio de los acreedores); las que protegen al que contrata confiado en la capacidad de su contraparte para vincular a su principal (factor notorio, art. 285 C de c o del administrador de hecho) y las que protegen al que paga al acreedor aparente (art. 1164 CC)…

> STS 15-VII-1986, A y B abren una cuenta corriente en un banco bajo una denominación idéntica a la de una SA de la que eran los únicos socios y administradores. C, empleado de la SA con autorización para disponer de fondos, extrae fondos de la cuenta. La SA demanda al banco y exige la restitución de los fondos extraídos por C. El TS absuelve al banco. La norma aplicable es el art. 1164 CC. El señor C en cuanto empleado con poder de la SA era un acreedor aparente frente al banco y respecto del crédito resultante de la cuenta corriente abierta por A y B. Estos crearon de manera imputable la apariencia de que el señor C podía extraer fondos en cuanto empleado de la sociedad anónima cuya denominación y domicilio social coincidían con el de

la cuenta. Se trata, pues, de imputar a la persona jurídica sociedad anónima la conducta realizada por un tercero, el empleado Sr. C (la sentencia habla de "*incidencia más o menos culposa*" y más adelante de que su conducta fue coadyuvante "*a la producción del resultado pretendidamente dañoso*" y de que las relaciones duraron más de cinco años).

También son normas de protección del crédito las rescisorias concursales (que permiten deshacer las relaciones trabadas entre socios y la persona jurídica cuando estas transacciones perjudican a los acreedores del patrimonio separado, v., STS 22-IV-2016, resumida aquí; SAP Burgos 23-VI-2014, resumida aquí); o las que permiten alegar la compensación como excepción a la reclamación del pago de una deuda.

STS 17-VII-2014, resumida aquí. Se trataba de una relación entre un cuentapartícipe (Fextiplan) y un gestor (Akasvayu) que era acreedor de varias sociedades de un grupo de sociedades (Kyesa/Nyesa). Cuando se liquidan las cuentas en participación mediante un contrato de transacción, el gestor Akasvayu cede unos créditos contra varias de esas sociedades del grupo Kyesa/Nyesa al cuentapartícipe Akasvayu. Y cuando Akasvayu va a cobrar, las sociedades del grupo (deudoras de los créditos cedidos) se niegan a pagar porque dicen que si bien era verdad que Kyesa debía dinero a Akasvayu, Akasvayu debía dinero a Nyesa, de manera que, si se hubieran compensado esos créditos y deudas entre Akasvayu y el "grupo" Kyesa-Nyesa, el saldo sería favorable al grupo y, por tanto, Akasvayu no sería acreedora "del grupo" y no habría podido ceder ningún crédito a Fextiplan. En primera instancia, ganan los demandados. En segunda instancia, la prestigiosa Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona revoca la sentencia y da la razón al demandante (Fextiplan) y condena a los demandados (Kyesa y Nyesa). El Supremo confirma la sentencia de la Audiencia. La contrariedad a la buena fe de la conducta de los demandados al alegar la compensación es que a ellas se les puede imputar el comportamiento desleal de Akasvayu que cedió los créditos contra ellas cuando todas formaban parte del mismo grupo, a sabiendas de la existencia de la excepción de compensación-

Y deben incluirse también entre las normas de protección del crédito las que garantizan la prioridad absoluta de los acreedores sobre los socios a la liquidación de un patrimonio social (*absolute priority rule*).

Bellatrix SL se constituyó para construir y vender un edificio de viviendas. Una vez vendidas todas, los socios se repartieron la caja que quedaba en la sociedad en forma de dividendos dejándola vacía. Pero algunos compradores de los pisos empezaron a reclamar porque había defectos en la construcción. La sociedad, naturalmente, no pudo atender tales reclamaciones e indemnizaciones y fue declarada en quiebra. Los jueces obligan a los socios a pagar las deudas de la sociedad con su propio patrimonio. Es la SAP Madrid 15-IX-2017. Sobre la *absolute priority rule* v., por todos, Francisco Garcimartín y Adrián Thery Conflictos de interés y acuerdos de refinanciación, Almacén de Derecho 2021.

Incluso las reglas sobre los deberes de lealtad de los administradores y de los socios pueden examinarse desde esta perspectiva y verse como reglas de protección del crédito, en este caso, de la confianza de los que invierten a través de sociedades de capital en la integridad del patrimonio social frente a conductas expropiatorias de quienes tienen capacidad para gobernar el patrimonio, esto es, los administradores y los socios mayoritarios, lo que confirma que poco tienen que ver con una supuesta excepcional aplicación de las reglas generales cuando hay personas jurídicas implicadas.

En fin, las normas sobre dolo o inducción a error de la contraparte respecto de la propia solvencia (art. 1263 ss CC) o las conductas activas u omisivas que deban

interpretarse por los destinatarios como una asunción de responsabilidad personal además de la de la persona jurídica por cuya cuenta se actúa completan el conjunto de reglas de protección del crédito.

La protección del crédito frente a incumplidores dolosos

Los casos más frecuentes que se analizan como de 'levantamiento del velo' de la persona jurídica son aquellos en los que se trata de determinar si el deudor contractual - persona jurídica ha cumplido o no un contrato y si dicho incumplimiento es imputable, también, a un individuo (un administrador o socio de control de la persona jurídica deudora) o a otras personas jurídicas por cuya cuenta actúa el mismo individuo.

Por ejemplo, en el caso de la STS 3-IV-2009, ECLI:ES:TS:2009:1839 una sociedad –Arenal–, a través de su administrador, Romualdo, adquiere unas máquinas tragaperras y se compromete con el vendedor a no instalarlas en determinados bares (que eran clientes del vendedor) lo que acaba haciendo, pero utilizando para celebrar los contratos de arrendamiento correspondientes una sociedad distinta –Music– de la que adquirió las máquinas. La cuestión jurídica es si el comprador incumplió el contrato de compraventa de las máquinas. La respuesta es afirmativa: la conducta incumplidora la realizó Romualdo en su condición de administrador de Arenal, ergo, el incumplimiento es imputable a Arenal y Arenal responde. Music participó en el incumplimiento ya que se benefició de éste y la conducta que permitió tal participación y beneficio la realizó Romualdo y se imputa a Music ya que es su administrador. En fin, Romualdo causó personalmente el daño a la demandante porque en su condición de administrador no podía incumplir dolosamente un contrato celebrado con efectos sobre Arenal. Por tanto, Romualdo ha de indemnizar el daño también con su patrimonio individual.

Semejante es el caso del proveedor que demanda a Ansa por incumplimiento de contrato de obra reclamándole algo más de medio millón de euros. Conjuntamente con Ansa, demanda a Furayat porque considera que Furayat no es más que la pantalla creada por el socio mayoritario de Ansa para seguir con el negocio (explotar una discoteca) sin pagar a los acreedores. Los tribunales dan la razón a la demandante y el Supremo confirma las sentencias de instancia (STS 20-XII-2017, resumida aquí). Es un caso de extensión de la responsabilidad a otros patrimonios personificados por la conexión entre los individuos que proporcionan a esos patrimonios capacidad de obrar o entre los miembros de ambas personas jurídicas.

Otro caso de este tipo es el de la STS 13-XII-1996 (Ar. 9016) en el que un individuo encarga vender unos inmuebles a un comisionista realizándose efectivamente la venta pero actuando como vendedor, no la persona física que hizo el encargo, sino una persona jurídica distinta pero vinculada al comitente. El Tribunal Supremo ordena a la persona jurídica pagar la comisión prometida.

> Si se venden todas las participaciones de una sociedad cuyo único patrimonio consiste en una finca, a la entrega de ésta a los compradores se les aplican las normas de la compraventa (STS

29-IV-1988 Ar. 3304). Si, en tal caso, intervino mediando en la operación un agente de la propiedad inmobiliaria, el mismo tiene derecho a su comisión con independencia que la venta de los terrenos se articulara no a través de una compraventa de inmueble sino a través de la venta de las acciones de la sociedad titular de los terrenos (STS 27-V-1961). Lo propio respecto de la infracción de una cláusula estatutaria que limita la transmisión de las acciones o participaciones cuando se procede a dicha transmisión de forma indirecta vendiendo las acciones o participaciones de la sociedad-socia.

En el caso resuelto por la STS 14-X-2010 un deudor alegó que ya había pagado lo debido y que lo había hecho a sociedades distintas del demandante, pero cuyo patrimonio estaba confundido con el del demandante y por tanto, que la obligación se había extinguido por pago (art. 1156 CC).

En el caso de la STS 25-X-1997, Ar 7359, la norma que debía aplicarse era la del artículo 76 LCS que concede a la víctima de una acción dañosa una acción directa contra la aseguradora del dañante. En el caso, Ticio tenía asegurada la responsabilidad civil que pudiera derivarse de su actividad industrial. Se incendió su fábrica y, en el incendio, se destruyeron dos máquinas que no eran de titularidad directa de Ticio sino titularidad de una sociedad X SA de la que Ticio era socio mayoritario. La SA X ejerció la "acción directa" del artículo 76 LCS y el Tribunal Supremo le negó legitimación activa considerando que a los efectos del artículo 76 LCS, la sociedad anónima no tenía la condición de tercero. La solución es correcta porque la finalidad de la norma del artículo 76 LCS (asegurar el cobro de la indemnización a los *terceros*-víctimas de accidentes) impide considerar tercero a una persona jurídica controlada por el asegurado, es decir, que si el legislador hubiera delimitado con más concreción la condición de tercero en el art. 76 LCS, no habría incluido a la sociedad filial del asegurado en esa condición.

Si una persona física otorga a un tercero una opción de compra sobre un inmueble que no se inscribe, la opción es oponible también a la sociedad titular del inmueble que lo hubiera adquirido por aportación de la persona física. En tal caso, la sociedad no puede considerarse como un tercero para el que la opción sea *res inter alios acta* (STS 22-VI-1956, Ar. 2719; STS 21-II-1969); las deudas contraídas por tres sociedades que, perteneciendo todas ellas a la misma familia, constituyen con posterioridad una sociedad anónima pueden hacerse efectivas frente a la sociedad anónima (STS 4-III-1988, Ar. 1550). Si los socios hipotecan unos locales de su propiedad en escritura pública sin que dichas hipotecas se hayan registrado todavía y, posteriormente, aportan dichos locales a una sociedad de la que son socios prácticamente únicos, la sociedad no está legitimada para alegar la falta de inscripción para rechazar la validez de la escritura de constitución de la garantía (STS 13-V-1988).

Esta misma argumentación subyace a numerosos casos de tercerías de dominio planteadas por sociedades constituidas y controladas por el deudor embargado que pretende, así, escapar a la ejecución. Los tribunales han rechazado, en numerosos de estos supuestos, la tercería de dominio bien, utilizando la vía encubierta de la calificación de la sociedad que recibe la aportación como irregular y, consecuentemente, negando que tuviera personalidad jurídica y que pudiera adquirir el bien aportado o, más correctamente, negando el carácter de tercero a la sociedad

sobre todo en los casos en los que resultaba patente que la aportación del bien a la sociedad se realiza por el deudor una vez que advierte la probabilidad de la demanda de embargo. Por ejemplo, la STS 28-IV-1988 – yate transferido por el esposo a una sociedad y posterior demanda de alimentos por parte de la esposa que pide el embargo del yate –; en la STS 24-XII-1988, Ar 9816, el TS tuvo especialmente en consideración el hecho de que tanto la sociedad embargada como la que ejercitaba la tercería carecían por completo de actividad, lo que resultaba un indicio claro de que no eran sino instrumentos para "aparcar" bienes al abrigo de los acreedores. También la STS 2-IV-1990 (Ar. 2687), donde la *ratio decidendi* consiste en que la ampliación de capital en virtud de la cual se aportó el bien embargado a la sociedad que ejercitaba la tercería se inscribió en el Registro Mercantil después de que se anotara preventivamente el embargo del inmueble en el Registro de la Propiedad pero donde la doctrina del levantamiento del velo cumple claramente la función de hacer inefectivas maniobras defraudatorias de los acreedores por parte de los deudores (los aportantes eran los fiadores de la sociedad frente al banco ejecutante y la tercerista era la sociedad deudora que, inmediatamente, había suspendido pagos). En la SAP Barcelona 26-VI-1990, la audiencia califica la aportación a la sociedad del inmueble objeto de embargo como simulada, pero se deduce claramente de los hechos que el socio aportante quería realizar la aportación – no había simulación – pero dicha aportación no era sino un negocio realizado en fraude de acreedores ya que el socio trataba de poner el inmueble al abrigo del banco acreedor. En el caso, la sociedad anónima se había constituido tres días después de notificar el banco el saldo deudor; existía parentesco y coincidencia de domicilios con las socias fundadoras; el otro demandado hizo lo mismo aportando otro inmueble a otra sociedad etc. Muy semejante es el caso de la STS 30-VII-2002, *AC* 714/2002 en el que el tercerista era una sociedad constituida por los socios de la embargada unos meses antes del embargo y que compró los activos embargados en "fechas inmediatamente anteriores y próximas al embargo judicial". Otras sentencias semejantes son la STS 17-XII-2002 (Ar. 10751), aportación a la sociedad tercerista de los bienes objeto de embargo; STS 30-VII-2002, Ar 7486; STS 2-IV-2002, Ar 2666, aportación de las fincas que servían de garantía a una sociedad cuyas acciones se transmiten por los deudores a sus hijos. También entran en este grupo de casos el supuesto del derecho de retorno del arrendatario que puede ejercitarse también frente a la persona jurídica a la que los arrendadores aportan el inmueble donde estaba constituido el arrendamiento (STS 26-I-1952: de ser otra la solución "bastaría con formar a los propietarios afectados por el fallo una sociedad entre ambos a espaldas del inquilino para evitar el obligado cumplimiento de la reserva de locales decretada en la sentencia"). Si alguien obtiene una comisión por lograr la celebración de un contrato entre el comitente y un tercero y, no se ha autorizado la autoentrada, no puede reclamarla si el negocio se celebra con una sociedad de la que el comisionista es socio dominante. Otro grupo de casos de este tipo vendría constituido por la utilización de una sociedad sin patrimonio para evitar el riesgo de condena en costas, incentivando así la presentación de demandas sin fundamento o con finalidad exclusiva de amenaza al demandado. En tal caso,

debería condenarse al pago de las costas a los socios personas físicas que hubieran hecho tal utilización torticera de la persona jurídica.

Conductas de los deudores contrarias a la buena fe basadas en la diferente personalidad jurídica

En otros casos, la alegación de la separación entre la persona jurídica demandada y la que ha infringido el contrato o causado el daño se considera contraria a la buena fe. Por ejemplo, en el caso *Google,* Juan Español se dirigió a Google Spain SL, sociedad participada al 100 % por Google Inc. Pidiendo que su nombre dejara de aparecer en las búsquedas con el motor de Google (derecho al olvido). Google Spain SL contestó que Juan Español debía dirigirse a Google Inc., que, como todo el mundo sabe, tiene su sede en California. Los tribunales españoles rechazaron la excepción y acabaron condenando a Google Spain a impedir que el buscador indexara el nombre de Juan Español. Es contrario a la buena fe que el que actúa en el mercado español exija de los que se relacionan con él, dirigirse a una persona jurídica domiciliada a miles de kilómetros de distancia cuando ha constituido una en el país en el que desarrolla la actividad relacionada con la cual se ha producido el daño cuya reparación se reclama.

> V., Jesús Alfaro, La sentencia Google del Tribunal Supremo: Derecho de grupos y levantamiento del velo, Almacén de Derecho, 2016). Discutible el caso de la STS 30-I-2018, resumida aquí.

También pueden encuadrarse en este grupo los casos en los que se imputan conocimiento de hechos a la persona jurídica cuando los hechos han sido comunicados o eran conocidos por los individuos que tenían la capacidad o la influencia para decidir sobre la conducta de la persona jurídica. La alegación del desconocimiento sobre la base de 'los dos cuerpos' del órgano de una persona jurídica para evitar el ejercicio de un derecho por parte de un tercero, es contrario a la buena fe.

> V., SAP Jaén 18-VI-2020, ECLI:ES:APJ:2020:682, resumida aquí; STS 28-V-1984, Ar. 2800 donde la interpelación realizada al Ayuntamiento (en forma de una reclamación administrativa) y dirigida a su Alcalde se consideró suficiente para interrumpir la prescripción anual del art. 1902 CC frente a la Empresa Municipal de Aguas, no obstante la personalidad jurídica independiente de la sociedad municipal, sobre la base de que el alcalde es presidente del consejo de administración de la empresa municipal. Las normas sobre prescripción exigen que la reclamación que interrumpe la misma se dirija al deudor, puesto que es el que puede y debe pagar la deuda y es él aquél en el cual se puede suscitar la confianza en que la pretensión no se ejercitará ya por el acreedor (fundamento de la prescripción extintiva). La regla del Derecho de sociedades afirma que las comunicaciones relevantes para el grupo de socios uti universi deben dirigirse a los administradores de la SA (art. 64 LSRL). "*Puesto que el alcalde de... Palma es el Presidente del Consejo de Administración... no parece dudoso que la reclamación administrativa a él dirigida como órgano supremo de la corporación local sirvió para destruir la confianza de que la pretensión resarcitoria no sería ejercitada. Y ha de servir, por tanto, para interrumpir la prescripción extintiva de la misma*"); los requerimientos dirigidos a los tres socios de una sociedad limitada son suficientes para enervar la tácita reconducción del art. 1566 CC frente a la sociedad (STS 7-II-1989, Ar. 753); la demanda dirigida contra el socio único es

> suficiente para considerar demandada a la sociedad (STS 27-XI-1985); la utilización por la que no es mas que un corresponsal de la denominación social de la demandada justifica que se considere notificada a ésta cuando la demanda se dirige al domicilio de la primera que es el que figuraba en el contrato (STS 19-II-1988, Ar 1070).

La persona jurídica, como patrimonio dotado de capacidad de obrar no puede ser de buena ni de mala fe subjetiva. Lo que 'conoce' la persona jurídica es lo que conozcan sus administradores (y, a tal efecto, es irrelevante que lo conozcan en el ejercicio de su cargo o privadamente o en virtud de otra posición distinta (STS 24-V-1984). Pero la alegación de que los administradores no conocían algo y, por tanto, la persona jurídica tampoco, puede ser contraria a la buena fe,

> Son fáciles los casos en los que todos los socios conocían los vicios de los que adolecía el procedimiento hipotecario (STS 12-VI-1950; SAP Bilbao 9-IX-1991 citada por Paz-Ares, resumida y comentada aquí). Pero el hecho de que la socia que ostentaba una acción (de 6000) fuera de mala fe, no justifica, por sí solo, que se considere a la sociedad también como de mala fe. Los casos intermedios deben decidirse en función de si, atendiendo a las circunstancias del caso, cabe afirmar que el órgano de administración hubiera podido y debido conocer la realidad comportándose diligentemente y de buena fe una vez que la conocía alguno de los socios (v., en sentido algo distinto, Paz-Ares, Atributos: "*la mala fe de algunos socios no puede imputarse a la persona jurídica pues, dada la indivisibilidad de la protección, ello determinaría un efecto externo negativo sobre los socios de buena fe*").

En la SAP Madrid 23-II-2012 se considera legitimada pasivamente para soportar las acciones derivadas del contrato de agencia a la sociedad filial que sustituyó de facto al principal frente al agente en los negocios en España de la matriz-multinacional aunque la filial anteriormente encargada de esos negocios no había desaparecido y seguía activa en el extranjero. Parece que el grupo de casos aplicado por ambos tribunales es el de la confusión de esferas.

El respeto a las reglas del tráfico honesto y la protección del tráfico exige a las personas físicas que actúan también en el tráfico a través de sociedades no confundir a los terceros. Para ello han de mantener separadas su esfera individual de la esfera de la persona jurídica (STS 21-V-2002, Ar 4848, con cita de muchas anteriores y SAP Oviedo, 21-V-1992, *RdS* 1993-1, p 185). El que aparenta unidad patrimonial no puede, posteriormente, alegar la separación (prohibición de actuar en contra de los propios actos (STS 11-X-2002, Ar 9849).

> No hay tal cuando el socio realiza negocios con la sociedad, pero tales negocios se documentan. Tampoco es suficiente para fundar su responsabilidad personal por las deudas sociales el hecho de que, aún en contra de lo dispuesto en el art. 12.2 LSRL, el administrador de una sociedad limitada realice por su cuenta actividades idénticas a las de la SL de la que es el único socio.

Debe hacerse notar, no obstante, que la confusión de esferas solo se justifica como criterio de imputación de responsabilidad a los socios frente a acreedores contractuales, porque sólo éstos han "confiado" en la apariencia creada por el socio. Frente a acreedores extracontractuales, el criterio es inoperante. Frente a éstos, la

responsabilidad del socio único podrá basarse en el art. 1902 CC lo que será fácil que se afirme porque el comportamiento dañoso será, normalmente, imputable personalmente al socio según se verá inmediatamente. La confusión de esferas es especialmente frecuente en las sociedades unipersonales por razones obvias.

> Un abogado reclama el pago de su minuta contra la persona física socia única de dos sociedades unipersonales, SAP Palencia, 18-VI-2002. En una sociedad unipersonal "el recurrente a la hora de efectuar los pedidos actúa de forma tan equívoca que no se sabe si es la persona física o la sociedad la que contrata" (STS 27-XI-1985; STS 9-VII-1987, Ar. 5210). Procede igualmente a declarar la responsabilidad del socio solidariamente con la de la sociedad cuando el gestor único de una SRL, que también se dedica individualmente al ejercicio del comercio, cuyo nombre además coincide con la razón social, contrata con un suministrador, aceptando letras sin que, atendiendo a las relaciones establecidas ni a otros elementos quepa distinguir en qué concepto contrae las deudas (si como gestor social o como comerciante individual). La imposibilidad de determinar lo que a cada uno de los coobligados corresponde en unas relaciones confusas, de las que no se puede averiguar si el gestor único de una SL actúa en su propio nombre e interés o por cuenta de la sociedad, fundamenta el carácter solidario de la responsabilidad que asumen (STS 2-XII-1988, Ar. 9286); v., también STS 16-VII-1987 -Ar. 5795-, *CCJC* 14(1987), p. 4821, com. Capilla y STS 13-V-1988 donde dos cooperativas comparten nombre muy similar, empleados, directivos hasta el punto de que una de ellas "*constituía en verdad una sección de la entidad demandada... que no puede evadirse de su responsabilidad deudora con la ineficaz e inaceptable alegación de su falta de legitimación pasiva*" y así se hacía aparecer en las actuaciones de los apoderados de una y otra). En sociedades familiares, la actuación por parte de los socios de una sociedad familiar en sus relaciones negociales con un tercero unas veces a título personal y otras veces en nombre de la sociedad permite imputar la responsabilidad por cumplimiento del contrato no sólo a la sociedad sino también, personalmente, a los socios (SAP Zaragoza 17-V-1990, *RGD* 1992, p 3526); Se declara la responsabilidad si se continúa la actividad bajo otro nombre pero con el mismo patrimonio: SAP Barcelona 31-III-2004. STS 3-VI-1991, *CCJC* 26 (1991) "*si la sociedad que, como dueña única de las acciones de otra, otorgó contrato de venta de un bien de esta segunda, pudiera posteriormente, envuelta su personalidad en la personalidad jurídica de esta segunda sociedad, dejar unilateralmente sin efecto la venta otorgada, se permitiría una vulneración del art. 1256 CC*". Del mismo modo, una sociedad queda vinculada como fiadora por la fianza otorgada por su "*Consejero y Director apoderado de la misma*" a favor de una sociedad anónima filial al cien por cien de la fiadora, aún cuando el consejero no hubiera expresado que actuaba en nombre de la matriz (STS 16-X-1989, Ar. 6925); Responde igualmente la sociedad de las obligaciones contraídas por personas con poder de representación aún cuando no reflejaran el carácter representativo de su actuación en el contrato si no dejan claro el concepto de su representación y la sociedad se beneficia de la actuación del sujeto (STS 18-IX-1987, Ar. 6067, CCJC 15(1987), p 5015, com. Gordillo). Si el socio único de una sociedad actúa en nombre de ella, ésta queda vinculada con el tercero aún cuando el socio único no fuera el administrador (STS 3-VI-1991, *CCJC* 26 (1991), p 643, com. Gordillo). Dado que el Registro Mercantil es un instrumento de protección de terceros, la discordancia entre el contenido del registro y la apariencia derivada de la actuación del socio único (o de otra persona "a ciencia y paciencia" del socio) no pueden ser opuestas por éste, sino únicamente por el tercero por lo que, en los casos examinados, el hecho de que en el registro no figurara como administrador el que actúa en nombre de la sociedad resulta irrelevante a efectos de considerar vinculada a la sociedad.

Responsabilidad extracontractual

En relación con los acreedores extracontractuales, el problema no se plantea en idénticos términos que en relación con los acreedores contractuales. Básicamente porque si los socios o los administradores de una persona jurídica responden personalmente frente a un tercero al que se han causado daños por los administradores o los empleados de la sociedad en el ejercicio de sus funciones (la sociedad no puede causar daños) es una cuestión que se decide de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad civil (art. 1902 ss CC). Frecuentemente serán responsables los socios o los administradores por aplicación del art. 1903 o porque les sea imputable personalmente el daño causado al tercero.

> La inadecuada gestión o liquidación del patrimonio de una persona jurídica puede generar responsabilidad de los administradores o socios frente a los acreedores perjudicados. Así, cuando se procede a una liquidación del patrimonio social "por las bravas", esto es, sin cumplir con las normas correspondientes a la disolución y a la liquidación de sociedades. SAP Madrid 24-IX-2009: la sociedad desaparece sin pagar una deuda habiendo vendido el administrador los inmuebles de la sociedad sin explicar qué hizo con el precio recibido) sino por los daños y perjuicios que la liquidación por las bravas le haya producido (SAP Madrid 26-XI-2010, que cita la jurisprudencia previa). Cuando el socio único o los socios dominantes se reparten el patrimonio social poniendo a la sociedad en grave peligro de no poder atender a sus obligaciones, no es difícil concluir que el daño para el acreedor insatisfecho alcanza a la totalidad de su crédito, sobre todo, si los medios a través de los cuales se han apoderado los socios del patrimonio social permiten afirmar que no sólo han privado de medios económicos a la sociedad, sino que han aumentado el riesgo de insolvencia de la misma y disminuido sus posibilidades de obtención de ingresos que se hubieran producido con una gestión ordenada del patrimonio social (v., también la SAP Barcelona 26-VII-2022)

En general, debe afirmarse la responsabilidad de los socios por los daños causados a terceros no contratantes (levantarse el velo) cuando, atendiendo a las circunstancias, un empresario diligente y honrado habría asegurado la responsabilidad frente a terceros por los daños causados por sus actividades empresariales. Fundamentalmente porque hubiera organizado su empresa de forma que haya hecho más probable la irresponsabilidad frente a las víctimas de daños causados por la empresa. Dos ejemplos de este tipo. En primer lugar, el famoso ejemplo norteamericano de la sociedad que era propietaria de cincuenta taxis y se dividió en cincuenta sociedades cada una de las cuales era propietaria de un taxi para limitar la responsabilidad frente a posibles víctimas de accidentes al valor de un sólo taxi. En tal caso, y teniendo en cuenta la probabilidad de accidentes en la actividad empresarial del taxi, el seguro de responsabilidad civil parece una exigencia de cualquier empresario diligente por lo que puede imputarse responsabilidad ilimitada al empresario si los daños superan el valor de los activos de cada una de las cincuenta compañías. En segundo lugar, debe hacerse referencia a los casos alemanes de la "doble sociedad" en los que un empresario crea dos sociedades para desarrollar su actividad concentrando la actividad industrial o comercial en una de ellas y, por tanto, las deudas, y transfiriendo sistemáticamente los ingresos de dicha actividad a otra sociedad (STS 18-IV-2001, *AC* 2001/831).

En el caso de la STS 19-VI-2018, resumida aquí, el Supremo viene a decir que la conducta de los órganos sociales de la cooperativa – la junta directiva – fue, más bien, la de adaptarse a la decisión que habían tomado o que pudieran tomar sus miembros individualmente, de ahí que se limitaran tales órganos sociales a "comunicar" que creía que sus miembros no estarían dispuestos a prestar el servicio prometido. Alguien que se comporta así en relación con la conducta de sus socios no puede pretender hacer valer la separación entre la personalidad jurídica societaria y la conducta de los socios para pretender que no tenía nada que ver con el boicot.