

VIDA JURIDICA

NOTAS CRITICAS

Ofensiva contra el concepto de persona jurídica

Se ha publicado una nueva obra sobre la persona jurídica. Ello no puede menos de interesar a los estudiosos del Derecho. Es cierto que se ocupa en especial de la personalidad de la sociedad anónima, no trata de las asociaciones ni de las fundaciones, y sólo de paso de los demás tipos de sociedades; mas ello, acrecienta, más bien que otra cosa, su importancia práctica. Bien merece, pues, que se señale aquí su aparición y que se procuren destacar sus caracteres, su valor científico y su posible significado para la doctrina jurídica.

El libro referido, con el atractivo título «La personalidad moral y sus límites», ha salido de la prensa bajo la égida del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París y ha sido el resultado de la colaboración de autores de varios países (1).

Los trabajos recogidos, aunque resulten de un mismo impulso y pueda suponerse que responden a un propósito bien determinado, tienen características distintas. Puede apreciarse la existencia de dos grupos de estudios. Uno, constituido por quienes aparecen como promotores de la obra, es decir, S. Bastid, R. David y F. Luchaire. El otro, formado por contribuciones de variado valor, alguna de autor muy prestigioso, otras de firmas desconocidas, sobre el Derecho interno de seis países y sobre algunas cuestiones de Derecho internacional público.

Los especialistas nos habían dicho desde hace ya muchos años, con machacona insistencia, que el actual florecimiento de la economía y del capitalismo se deben a la figura de la sociedad anónima; a lo que ha podido añadirse que ésta ha sido posible gracias a la concepción dominante en el siglo XIX sobre la persona jurídica. También se ha señalado que dicha manera de entender la persona jurídica permitió considerarla de un modo abstracto y con ello dar lugar a escandalosas anomalías en el manejo de las sociedades anónimas. De modo que ciertas manifestaciones de la mecánica capitalista en sus formas más degradadas, como la del caso Solomon v. Salomon, o en las más ambiciosas del imperalismo económico, han sido ocasión de que en los supuestos de máximo abuso se aconseje por los autores, o se decida por los tribunales, «devantar el velo de la persona jurídica» (2).

¿Qué alcance se ha dado a estos hechos? ¿Qué significado se les atri-

(1) S. BASTID, R. DAVID, M. DRONIG, L. FOCSANYANT, J. FOYER, J. M. GROSSEN, A. CH. KISS, F. LUCHAIRE, J. M. SWBENNY, S. SZER, D. VIGNÉS, A. B. WORTLEY: *La personnalité morale et ses limites. Etudes de Droit comparé et de Droit international public*. Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris. XVIII. Paris, 1960.

(2) Sobre esta cuestión, en general, CASTRO: *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima?* *Reflexiones*, R. I. E. P. XXIX, núm. 49, 1950, págs. 51-105; *La Sociedad Anónima y la deformación del concepto de persona jurídica*, A. D. C. II, 4 (1949), págs. 1397-1415.

buye respecto a la valoración del concepto de persona jurídica? Esta pregunta la ha contestado Rolf Serick, el autor que más extensamente se ha ocupado del tema, diciendo que tales casos tienen carácter excepcional y advirtiendo de que considera un peligro su inadecuada generalización, pues ello podría llevar a que se desvalorizara la persona jurídica (3). Ultimamente muestra la misma preocupación y hace una llamada al buen sentido de los juristas, reproduciendo como ejemplares unas frases de Antonio Polo. Dicen así: «Los riesgos que amenazan la *seguridad jurídica* cuando se pierde el respeto a la figura formal de la persona colectiva, para *penetrando* a través de ella alcanzar a su patrimonio y a sus individuos, no pueden ser silenciados ni desconocidos. Cuando el Derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias, el *daño que* resulta de no *respetar aquéllas*, salvo casos excepcionales, *puede ser mayor* que el que proviene del *mál uso* que de las mismas se haga» (4).

El libro motivo de esta nota parte —se afirma— de postulados contrarios a los que, como se acaba de señalar, eran hasta ahora considerados los de la doctrina común. Contradicción importante y cuyo alcance hay que contrastar, tanto más cuanto que en el prefacio de «La personalidad morale» se manifiesta que los trabajos recogidos (aquí, en primer lugar, los insertos sobre el Derecho interno de seis países) son los que sirven al ponente general, el profesor David, según él nos dice, para «deducir de su comparación las tendencias o los principios generales de Derecho sobre la materia, comunes a todas las naciones civilizadas» (5).

René David considera fundamental y punto de partida de su ponencia, la afirmación de que es «un postulado admitido unánimemente hoy el de que las personas morales no son verdaderamente personas o, en todo caso, que se trata de un tipo de personas esencialmente diferentes de los individuos personas físicas» (6), y que la de personas morales es una expresión desgraciada o una mera fórmula (7). Recoge después las casos citados por los autores de las ponencias especiales, en los que se «levanta el velo» de la persona jurídica para sancionar abusos escandalosos o para aplicar medidas de guerra, defensivas o represivas.

De aquel postulado y de estos hechos, sin más argumentos o apoyo visible, pasa a sentar los principios siguientes: que «el asociado no es un tercero respecto a la sociedad» (8); que «dos bienes sociales no son respecto de él (del asociado) *bienes de otro*» (9); que «en los casos de

(3) *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, 1955, p. ej., págs. 2 y sig., 221. Traducida al español por PÉREZ BRUÁV: *Apariencia y realidad en las sociedades jurídicas. El abuso de derecho por medio de las personas jurídicas*, Barcelona, 1958.

(4) *Durchgriffprobleme bei Vertragsstörungen. Unter Berücksichtigung von Organshaft und Konzernverhältnisse*. Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 42, 1959; la frase recogida del profesor POLO está en su prólogo a la traducción citada en nota anterior, *Apariencia y realidad*, pág. 18.

(5) *Loc. cit.*, pág. VI.

(6) *Loc. cit.*, pág. 5; también 4 y sig.

(7) *Loc. cit.*, págs. 5 y 7.

(8) *Idem*, pág. 9.

(9) *Idem*, pág. 10.

grupos de personas que contienen miembros, son estos miembros, personas físicas, los que el Derecho debe tener en cuenta en todo respecto («à tous les égards»), cuando se trata de elaborar o aplicar reglas» (10).

De tales supuestos principios deduce: que «la misma sociedad puede ser considerada como teniendo una cierta nacionalidad conforme a diferentes consideraciones y como teniendo otra nacionalidad para otras consideraciones» (11); «que la personalidad moral de los grupos, dado su fundamento, no puede ser utilizada contra los intereses superiores de la sociedad y, de otra parte, no debe poder ser utilizada contra los intereses de los miembros del grupo» (12); pues, sigue afirmando, «la personalidad moral, técnica imaginada para favorecer la realización de ciertos intereses colectivos, no tiene nada que ver y no se ha de invocar en los casos en los que recurrir a ella no sería de utilidad alguna para el interés colectivo. En este momento conviene tirar por encima de la borda la pretendida persona moral y tomar en consideración tan sólo el interés de los individuos agrupados en la persona moral. Esta es, nos parece—termina diciendo David—, la lección que se desprende de las diferentes ponencias que hemos aquí analizado» (13).

De lo que dice David, incluso en una de las frases antes acotadas, y de las expresiones de alguno de sus colaboradores, parece admitirse como un hecho histórico indudable, que se ha producido en los últimos tiempos un cambio en el modo de entender la persona jurídica; que antes se identificaban persona moral y persona física y que ello traía su origen de la teoría realista de la persona moral, es decir, de Gierke y de sus seguidores. ¿Cómo ha podido formarse esta opinión? Ningún civilista prestigioso, puede afirmarse, ha dejado de advertir la diferencia esencial que separa la persona jurídica de la persona física. Otto von Gierke no fué, no podía ser, en esto una excepción. Gierke comienza criticando el empleo del término persona jurídica como inexpressivo o causa de confusiones (14) y cuidadosamente distingue a la jurídica de la persona humana; aquélla es una figura social que se diferencia en su más íntima esencia de la figura natural; pues, subraya, en aquélla, a diferencia de ésta, sus partes son también personas (15).

El profesor David no nos da ningún argumento especial en apoyo de las particulares conclusiones de su «Rapport». Nos dice, eso sí, que las ha deducido de los datos aportados por los informes sobre Derecho interno, insertos en «La personnalité morale». Confiere de este modo valor de tendencias o principios universales, válidos para todos los países civilizados, a las inferencias extraídas de los seis informes citados, cuatro del occidente europeo, uno de América del Norte y otro de un Estado comunista. En ellos se encuentran recogidos muchos de los casos en los que jueces y tribunales han «devantado el velo» de la persona jurídica

(10) *Idem*, pág. 14.

(11) *Idem*, pág. 19.

(12) *Loc. cit.*, pág. 24.

(13) *Idem*, pág. 25.

(14) *Deutsches Privatrecht*, 1895, I, § 59, pág. 469.

(15) *Idem*, *id.* pág. 473.

para condenar abusos o para reprimir excesos de las personas físicas que la manejan. En cambio, en cinco de los seis estudios, no se descubre ni un dato y apenas expresiones que directamente apoyen las conclusiones finales del profesor David (16). Lo que más se dice y repite en dichos estudios es que los jueces penetran en el interior de la persona, cuando esto es necesario para sancionar a los socios o personas que controlan la sociedad, cuando abusan de la independencia de ésta en daño ajeno.

Es curioso, y no puede ocultarse, que la impresión que se obtiene de la lectura de cinco de los seis estudios antes mencionados sobre Derecho interno, no es la de que la doctrina moderna se muestre propicia a tirar por la borda la figura de la persona jurídica, siempre que ello pueda perjudicar los intereses de todos o algunos socios; más bien se advierte la tendencia a que el abandono de los anteriores excesos de formalismo (que aprovecharan los «dueños» poco escrupulosos de ciertas sociedades) redunde en un reforzar la unidad e independencia de la persona jurídica en general, pues se «levanta el velo» cuando ello importa a los terceros de buena fe y en contra del interés de los socios. En la imposibilidad de citar todos los casos que parecen probar lo dicho, que harían interminable esta nota, bastará señalar algunos; aquellos que, además, puedan interesar al lector, por servir también para apreciar el valor que en verdad se le da a la persona jurídica en los seis trabajos sobre Derecho interno.

Del estudio sobre el Derecho alemán (17) resulta que: sus leyes atribuyen a las personas morales derechos de la personalidad y que ahora, como nunca antes se hiciera, les son garantizados en los textos constitucionales (18); que se considera tienen una propia nacionalidad, sea llamándola con este nombre («Staatssangehörigkeit»), sea dándole el de súbdito («Staatszugehörigkeit») (19); que, a diferencia de otros Derechos, su capacidad jurídica no está limitada por el fin social (20); que su capacidad de obrar es tan amplia que se considera pueden cometer faltas y responder por ellas, al extremo de poder ser llevadas ante un Tribunal de honor y ser por éste sancionadas (21). En fin, se nos dice que en Alemania se entiende que la sociedad actúa por ella misma, por medio de sus órganos (22), de modo que parece que hasta ha prevalecido el modo de ver de Gierke (22). También conviene señalar que el autor

(16) Las referidas en las notas 11, 12 y 13.

(17) Del Dr. ULKICHT DROBNIG, asistente en el Instituto Max Planck para Derecho extranjero y Derecho internacional privado. Lo titula: *Naturaleza y límites de la personalidad moral en Derecho alemán*, págs. 27-50.

(18) Ídem, págs. 31, 35 y 36.

(19) Ídem, pág. 36. La traducción de los términos citados se hace de modo que corresponda a nuestra nomenclatura y no literalmente; en este caso habría que decir más bien «estatalidad» y pertenencia al Estado.

(20) Ídem, pág. 31.

(21) Ídem, págs. 38, 39.

(22) Ídem, pág. 37.

cita y recoge los puntos de vista de Serick (23), de manera que da la impresión de que acepta lo fundamental de su doctrina.

En el trabajo sobre Derecho inglés (24), se destacan datos importantes para conocer el valor real de las verdaderas personas jurídicas («corpora», «corporate bodies»). En ella —se nos dice— cambian los socios, de modo que tal cosa es indiferente para la sociedad (25); originan el privilegio de la concesión de una limitación de la responsabilidad de los socios, que sólo puede conceder el Estado (26); son una «legal entity», lo que supone que se ha creado algo por la Ley, que se llame como se quiera, es distinta de sus miembros, con obligaciones no sólo respecto a los terceros sino también hacia esos miembros (27). Ello se traduce en que la misma sociedad puede incurrir en responsabilidad penal y, de otro lado, que a ella le cabe defender su propia reputación o fama (28). De modo que se ha podido decir: «La personalidad civil de un establecimiento no es una ficción..., es tan real como la personalidad jurídica del individuo...; debe estar servida por una voluntad capaz de distinguir lo que necesita este establecimiento y de realizar su fin... Para que una organización de personas físicas pueda tener personalidad jurídica, es decir, para que pueda devenir una unidad («unit») sujeto de derechos y obligaciones, es necesario que haya una idea directriz, un fin definido...; la personalidad de los grupos no existe más que cuando una colectividad presenta un interés social, porque esté animada por un interés digno de ser protegido por el Derecho...» (29).

La contribución sobre el Derecho de los Estados Unidos (30) es del mayor interés, pues recoge el pensamiento y práctica de la jurisprudencia de un país que tanta importancia ha dado al buen funcionamiento

(23) *Idem*, págs. 28, 34.

(24) Debido al profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manchester, BEN A. WORTLEY. Le dió el título «De la tendencia que existe, según el Derecho inglés, a reconocer la realidad constituida por los individuos que constituyen grupos jurídicos», págs. 53-95.

(25) *Idem*, pág. 57, citando un texto de LORD LINDLEY.

(26) *Idem*, pág. 61.

(27) *Idem*, pág. 70 y pág. 74, conforme a lo dicho por Magnaghten, J., en *Dunlop Rubber Co. Ltd. v. Haigh* (1936) y Lord Porter, en *Bonsor v. Musicians Union* (1955).

(28) *Idem*, págs. 68, 69 y nota 27.

(29) *Idem*, pág. 92, recogiendo palabras del Dr. Hallis.

WORTLEY no parece que haya advertido la distinta naturaleza de los casos que refiere; no señala las consideraciones especiales que juegan en los supuestos de nacionalización o expropiación de una sociedad por un Estado extranjero (en cuyo caso es afectado directamente el derecho de cada accionista), de medidas en caso de guerra (en que se atiende sólo a la defensa de los intereses nacionales) y de represión de abusos, en los que se busca ante todo sancionar el fraude o el abuso. Decir que en ellos es decisiva la realidad económica o el poder de control (pág. 92) es confundir un síntoma de lo anómalo de la situación de la sociedad con la causa jurídica que determina «el levantamiento del velo»; éste es sólo un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido, sancionando a quienes manchan la sociedad.

(30) Estudio de JOSEPH M. SWENEY, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, págs. 97-112; dice que si se le hubiera dado a escoger un título para su aportación a la obra común que se publica, hubiera estado tentado para llamarla: «Más allá de la persona moral», pág. 97.

de las sociedades comerciales. La postura de Sweeney parece ser, en lo esencial, la misma de Serick. En efecto, afirma que «detrás de la personalidad moral hay todo un dominio en el que ella es soberana», y que ello no ha sido obstáculo en Estados Unidos para dejar de lado dicha personalidad, cuando se trata de asegurar soluciones justas y equitativas (31). En estos casos no puede hablarse de una tendencia a reducir los efectos de la personalidad moral, sino de una regla de excepción que, aunque aplicada en muchos casos se justifica por principios mucho más generales, por aquellos que hacen se niegue eficacia a los actos fraudulentos o contrarios a la equidad (32). Subraya la importancia de la figura jurídica diciendo: «La personalidad moral, se conciba o no como una ficción, es de todas maneras la base de los efectos jurídicos que han permitido a las sociedades comerciales («business corporations») realizar en toda su amplitud las funciones económicas que hoy realizan en Estados Unidos» (33). En fin, pone de relieve que la limitación de responsabilidad de los socios y la independencia que respecto de éstos tiene la «corporation» se conciben como «un privilegio extraordinario» y que esta noción de privilegio ha sido también la que ha favorecido el que los tribunales hayan podido rechazar los efectos que puedan resultar del mal uso de la personalidad moral (34).

El informe sobre el Derecho francés (33), en cambio, viene a coincidir con la opinión de David. Critica la teoría de la realidad de las personas morales, rechaza la figura de los órganos y la existencia de una nacionalidad de las sociedades. Afirma que el interés social se confunde con el interés individual de los accionistas y que la sociedad siempre continúa siendo «la cosa de los asociados, que los bienes de la sociedad siguen siendo los bienes de los asociados» (36). Aparte de las dudas que se puedan tener sobre el acierto de estas conclusiones respecto del

(31) *Idem*, pág. 37.

(32) *Idem*, págs. 97, 103 y 111.

(33) *Idem*, pág. 103.

(34) *Idem*, pág. 104.

SWEENEY recoge lo afirmado en dos sentencias, por dos de los más célebres maestros del Derecho de Estados Unidos. Holmes diciendo que la «corporation» es «una persona y que el hecho de que sea propietaria de bienes es un aislante que hace imposible la atribución a sus miembros de un interés en estos bienes»; Cardozo advirtiendo que «hablamos de ignorar la personalidad moral en ciertos casos, y todo está bien si la imagen no nos hace perder de vista su fin, porque la lógica de los efectos de esta personalidad no puede sacrificarse más que por ciertas razones esenciales, tales como, por ejemplo, la necesidad de defender o proteger un interés público», *ídem*, pág. 102. David se ha dado cuenta de que el Derecho de Estados Unidos no apoya, sino que contradice su tesis (reconoce que el informe de Sweeney «parece señalar un cierto favor de la doctrina americana hacia la teoría de la realidad de las personas morales»), y para contrarrestar las consecuencias naturales de tal hecho se limita a decir, para debilitarlas, que «se trata ante todo de una reacción contra la arbitrariedad a que se presta, así se piensa en América, la teoría de la ficción, que parece autorizar, hasta invitar, la intervención del legislador, siempre mal vista y sospechosa en América», pág. 4.

(35) Encargado a JEAN FOYER, profesor de la Facultad de Derecho y de Ciencias Económicas de Lille. Titula su trabajo, «Sentido y alcance de la personalidad moral de las sociedades en Derecho francés», págs. 113-131.

(36) *Idem*, págs. 130, 131.

Derecho francés, este estudio adolece de una cierta confusión, pues al no separar las sociedades de mera personalidad nominal (civiles, comerciales colectivas) de las sociedades anónimas, únicas con personalidad plenamente independiente, no se sabe con exactitud a qué tipo de sociedades se refiere al hacer afirmaciones de carácter general, como la antes recogida (37). De todos modos, aunque sea de paso, nos dice que en Francia, cuando se hace responsables a las personas que controlan o tienen el dominio económico de la sociedad, ello tiene lugar «en interés de los terceros o en el del Estado» (38); es decir, que expresamente reconoce que en la regulación de la sociedad se atiende a un interés distinto y hasta contrario al de los socios.

Las notas sobre Derecho polaco (39), a pesar de su brevedad, son de interés, porque están en la más franca oposición con los puntos de vista de David (40). Este Derecho considera la persona moral como sujeto autónomo de derechos y obligaciones, insistiéndose en que la doctrina estima que «existe realmente, que es una realidad concreta». «El interés común de las personas físicas, constituyendo tal o cual persona moral, se separa de cada una de ellas y adquiere, podría decirse, un carácter objetivo por la actividad social o económica determinada. De esta manera, este grupo de personas no aparece como una suma de sujetos particulares, sino como una unidad, un sujeto autónomo de derechos y obligaciones, poseyendo la capacidad jurídica y la capacidad de hacer actos jurídicos» (41). Doctrina que desarrolla dando detalles sobre dicha capacidad jurídica y de obrar, afirmando que en el Derecho polaco se sigue la teoría llamada teoría de los órganos (42) e insistiendo en que las personas morales se instituyen para poner en ejecución tanto los intere-

(37) También puede señalarse la falta de claridad que supone entender que la protección de las minorías y la de los socios que no participan en la gestión de la sociedad (que incluso pueden estar, como permiten ciertos Derechos, privados de voto), es una prueba de su tesis; pues no se ha fijado en la diferencia que existe entre los intereses particulares del socio y los comunes de la sociedad (a veces coincidentes con los de la mayoría y a veces con los de la minoría), que se manifiesta, además, en el valor superior de los estatutos sociales. El argumento de que en todo caso se trata de la protección de unos socios—pág. 130—, además de no ser siempre cierto (se protegen también por la ley intereses de acreedores, de la economía del país, de los obreros y empleados), resulta contradictorio; pues supondría una protección de socios contra socios, y que, por tanto, requiere un criterio superior (el de la ley y el estatuto) para decidir el conflicto.

(38) *Idem*, pág. 114.

(39) Redactadas por SEWERYN SZER, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Varsovia, págs. 133-142, de las que desde la pág. 138 están dedicadas a asociaciones y cooperativas.

(40) DAVID afirma que «el verdadero realismo» (es decir, su propia concepción de la «persona jurídica») ha sido reconocido por la doctrina de los países socialistas, pág. 14. Como la única de éstas recogida en «La personnalité morale» es la polaca, que mantiene la concepción tradicional, David sugiere (aunque no haya indicios de ello en lo publicado) que SZER se adhiere a la teoría de la realidad de las personas morales: «géné par les formules de la loi polonaise», pág. 5. Por cierto que el Código checoslovaco de 1950 considera también las personas morales «diferentes de las personas físicas» (art. 18), citado en pág. 4.

(41) *Loc. cit.*, pág. 136.

(42) *Idem*, pág. 135.

ses generales económicos y sociales como los intereses individuales (43).

El último de los trabajos recogidos sobre Derecho interno se ocupa del Derecho suizo (44). «La persona moral —se nos dice— es una institución consagrada, indispensable, que no tiene ya necesidad de ser justificada por una audaz asimilación a la persona física, porque lleva en sí misma su justificación» (45). «Generalmente, la persona moral es tratada como un ser independiente de sus miembros. Lógicamente, no puede ser de otro modo, pues la persona moral es precisamente una técnica jurídica utilizada en los casos en que se recomienda prácticamente reconocer la autonomía de un grupo» (46). Señala después los casos en los que los tribunales han hecho abstracción de la persona moral para hacer responsables directamente a sus miembros (47). Respecto de ellos dice que «todos presentan un rasgo común; es el de que siempre que se ha ignorado deliberadamente la forma jurídica, el desdoblamiento de personas o de sociedades se ha realizado *en provecho de los terceros*. Se trataba esencialmente de evitar un abuso real o posible, una desviación de la función normal de la institución jurídica de la persona moral, cometido en detrimento de terceras personas» (48).

La parte primera de la «Personnalité morale», que es la hasta ahora examinada, lleva el título general de «Derecho comparado». La segunda tiene como rúbrica la de «Derecho internacional público». Consta de dos tipos de trabajos. Uno debido a S. Bastid, con la colaboración de F. Luchaire, sobre «La condición jurídica internacional de las sociedades constituidas por extranjeros», que se califica de «rapport général» (49). Otro, el de cuatro trabajos complementarios del anterior, a los que después se hará especial referencia.

La parte segunda, sobre Derecho internacional público, parecerá de menor interés para los civilistas. Importa, sin embargo, tenerla en cuenta por la conexión íntima existente entre ambas partes del libro y, en especial, porque la actual ofensiva contra la persona jurídica ha partido, al parecer, de un grupo de especialistas de Derecho internacional público.

(43) Idem, págs. 133, 137.

(44) Se debe a JACQUES-MICHEL GROSSEN, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Neuchâtel. Le da el título de «La personalidad moral y sus límites en Derecho suizo», págs. 143-156.

(45) Idem, pág. 155.

(46) Idem, pág. 150.

(47) Idem, págs. 150-153.

(48) Idem, pág. 153.

GROSSEN se pregunta después si la «unidad económica» no podría a veces ser invocada por quien ha sido responsable de la «multiplicidad jurídica», cuanto éste tuviera interés en ello. Sobre ello, nos dice, la jurisprudencia y la doctrina responden con una franca negativa. Señala, sin embargo, una sentencia que parece admitir lo contrario. Se trataba de una sociedad «holding», dueña de una marca de fábrica, y que no la utiliza por sí misma, sino por una de las sociedades afiliadas al grupo, y se planteaba la cuestión de si la marca había caducado por el no uso de su titular (págs. 153-154). La decisión favorable a la pervivencia, que aceptó el Tribunal federal, pudo estar justificada por otras razones. No había lesión de derecho de tercero que confiara en la apariencia; y, sobre todo, habría sido formalismo injustificado desconocer que la marca estaba en uso, aunque la cesión o el permiso o el carácter de agente del usuario respecto del titular no estuviera al descubierto.

(49) Págs. 159-178.

Sin dudas ni matices rechaza Bastid la posibilidad de atribuir nacionalidad a una sociedad. Admite, en cambio, que la sociedad tenga una doble dependencia. La «dependencia jurídica» («allégeance juridique») que «sirve únicamente para determinar la Ley aplicable a la constitución de la sociedad y a las relaciones entre los asociados», la cual queda a la elección de la misma sociedad, que puede buscar la legislación que le sea más cómoda, mediante la instalación de su sede social en uno u otro país. La «dependencia política» («allégeance politique») que sirve para determinar las sociedades que se benefician de los favores que un Estado concede a sus nacionales y rehusa a los extranjeros, la cual escapa a la posibilidad de elección de la sociedad (50). La dependencia política dice que se debe determinar, según el criterio que casi («à peu près») se ha impuesto por la *teoría del control*. Llegado a este punto, Bastid parece caminar entre dudas crecientes. ¿Qué se entiende por control? ¿La nacionalidad de los dirigentes, la nacionalidad de los capitales, ambos elementos? (51). También pone en cuestión el mismo criterio de la dependencia política: «La dependencia política de la sociedad *extranjera* desaparece cada vez más para dejar en su lugar sólo la dependencia política de los socios» (52). De aquí pasa a sostener que los Estados tienen derecho a intervenir para asegurar los intereses, aun minoritarios, de sus nacionales en una sociedad. ¿Se requiere para ello que el nacional tenga un interés sustancial? Pero también este sistema del interés sustancial tiene para Bastid la contra de que queda «impregnado de la ficción de la personalidad moral de las sociedades» y de que no hay acuerdo en la práctica sobre cuándo un interés es sustancial. Todo ello hace que sea preferible atender tan sólo a los intereses de los miembros o accionistas; no habrá entonces que investigar si la importancia de los intereses de los nacionales justifica la intervención de un Estado en favor de la sociedad; se podrá —parece— intervenir en cualquier supuesto que interese al accionista; de modo que será posible —nos dice expresamente— que un Estado sea llevado a intervenir en favor de una sociedad, pero contra el deseo de esta misma sociedad», es decir, en favor de un socio o varios frente a la voluntad y acuerdos de la mayoría (53).

El significado de las afirmaciones de Bastid no es claro. Afirma, es cierto, que «el conjunto de estos estudios» muestra que se admite la protección diplomática de los nacionales, accionistas de una Sociedad, aunque ésta dependa políticamente de otro Estado (54); pero no concreta más. Si alude a los siguientes estudios sobre Derecho internacional público contenidos en el libro comentado, hubiera sido de agradecer se nos señalase en concreto el dato o hecho a que se refiere, porque

(50) Idem, págs. 160 y 161. Acepta la distinción propuesta por COLOMBEL: *Particularisme de la condition juridique des Personnes morales en droit privé français*, 1950. Respecto de la dependencia jurídica propone que se permita a la sociedad optar por la legislación que prefiera, en especial por la de la nacionalidad de sus socios, ídem, pág. 162.

(51) Idem, pág. 163-164.

(52) Idem, pág. 161.

(53) Idem, págs. 165-167.

(54) Con la consecuencia de que el Estado interviniente pueda llevar la cuestión ante las jurisdicciones internacionales, ídem, pág. 167.

los recogidos en tales estudios dan más bien la impresión de que práctica y doctrina se inclinan hacia distinto criterio (55). También calla sobre si ese supuesto poder de intervención en favor de los accionistas se ha de extender a cualquier otro nacional interesado en la sociedad, obligacionista, acreedor más o menos privilegiado, fiador, avalista, etc. En fin, incita a preguntar: ¿Cuándo y cómo se puede demandar por daño futuro o indirecto? (56). ¿Cómo se articulará la reclamación diplomática dirigida a pedir satisfacción por un daño inferido a un nacional, no por un Estado sino por el acuerdo de la asamblea o del consejo de administración de una sociedad privada?

El trabajo que viene a continuación, «La sociedad *extranjera* en los países subdesarrollados» (57), muestra con cierta franqueza algunos de los intereses político-económicos implicados en lo que puede parecer una mera discusión doctrinal. Parte del hecho de lo que llama «egiptianización», de las sociedades extranjeras, que presenta como tentación y riesgo para las nuevos Estados (58). Sobre todo, le preocupa la situación en que se encuentran las sociedades que existían en el momento de independizarse los antiguos territorios coloniales, en especial la de aquellas que por motivos fiscales o de otra naturaleza habían fijado su sede en estos territorios, siendo sus capitales de la metrópoli. Si su nacionalidad es —según la antigua doctrina— la del país en que está la sede social, no pueden seguir gozando de la protección diplomática de la antigua potencia colonial o protectora. Ello sólo puede evitarse mediante tratados, lo que así ha ocurrido a cambio de determinadas contraprestaciones, por ejemplo, promesas de ayuda económica. Se afirma por ello, además, que según el Derecho internacional general, las sociedades controladas por franceses quedan bajo la dependencia política de Francia, aunque sean de Derecho tunecino, y que, por tanto (sic), el Gobierno francés tiene competencia para proteger diplomáticamente los intereses franceses en toda sociedad tunecina, aun si estos intereses son sólo minoritarios (59). Mas esto no basta. Luchaire sugiere también que debería «permitirse a las sociedades elegir su dependencia jurídica de modo que ésta correspondiera a su dependencia política, sin tener que cambiar su sede social» (60); lo que aparte de evidentes ventajas para el capital extranjero, haría que «no hubiera que temer modificaciones constantes en la dependencia ju-

(55) No debe olvidarse que para que una jurisdicción internacional aplique una teoría, ésta ha de responder a los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas, a la costumbre internacional o encontrarse ya en la doctrina de los publicistas más calificados de las diferentes naciones; comp. art. 38, Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

(56) El socio que pone en marcha la intervención por daño inferido a la sociedad, no experimenta daño propio más que cuando a consecuencia de aquél, p. ej., no cobra dividendo, no puede vender a buen precio sus acciones o no recibe lo que le correspondería al liquidarse la sociedad.

(57) Debido a FRANÇOIS LUCHAIRE, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Nancy, págs. 169-178.

(58) Idem, pág. 171.

(59) Idem, pág. 173.

(60) Idem, pág. 176.

rídica, según el azar de las ventas de acciones, porque la elección entre una y otra de las legislaciones se haría de una vez para siempre y de modo irrevocable» (61)

En el trabajo titulado «La protección diplomática de los accionistas en la jurisprudencia y en la práctica internacional» (62), en conformidad con el criterio de David y Bastid, se sostiene que «el Estado nacional de los accionistas de una sociedad extranjera puede ejercitar la protección diplomática en favor de sus súbditos» (63). Esta afirmación se hace refiriéndola a la práctica internacional, y su valor depende, por tanto, de las pruebas que se aporten en su abono. Como tales pruebas se traen a colación muchos datos de naturaleza heterogénea. Es cierto que lo diverso de su significación no escapa a Kiss, el autor del trabajo ahora comentado. Mas no los separa debidamente; de lo que resulta una impresión de vaguedad y confusión tal, que llega hasta parecer que sólo ella explica la aseveración que antes se ha recogido.

Nadie podrá negar, es de creer, que toda una serie de casos, entre los citados por Kiss, nada dicen en favor ni en contra del desconocimiento de la persona jurídica y de la posibilidad de intervención a favor de los accionistas por perjuicios causados a la sociedad. Los Estados muchas veces actúan interponiendo sus buenos oficios o ejerciendo presión más o menos enérgica, pero sin darle carácter de reclamación o ésta se hace sin propósito de llevar el asunto ante una jurisdicción internacional (64). Veces hay en las que la cuestión jurídica no juega o es sólo cobertura de una intervención, sin otra justificación que la de la prepotencia militar o económica de «una gran potencia». Muchas diferencias entre Estados, fueran o no llevadas ante tribunales arbitrales, se deciden conforme a criterios políticos o de equidad.

Dentro ya del campo jurídico —único que aquí interesa— hay que señalar la existencia de dos tipos de supuestos extraños a nuestra cuestión. El primero es el caso en que el accionista haya sido lesionado en sus derechos propios, como ocurre en los de nacionalización de una sociedad, en que de modo abierto o encubierto el accionista es expropiado o despojado de su propio derecho (65). La intervención en favor del accionis-

(61) Idem, pág. 177. Se advertirá que LUCHAIRE ha visto la conveniencia práctica del sistema antes admitido bajo la denominación técnica de nacionalidad de la sociedad, que por sí misma implicaba la coincidencia de esas dependencias jurídica y política, como que no le ha pasado tampoco desapercibido el peligro de la teoría de control. En efecto, ella llevaría a que las sociedades cambiasen de condición jurídica y política a causa de una operación de Bolsa y sin que ello apareciese al exterior o se pudiera conocer por el público.

(62) Redactado por CHARLES KISS, encargado de investigaciones en el Centro Nacional de la Investigación Científica, págs. 179-210.

(63) Idem, pág. 187.

(64) Pueden señalarse, como ejemplos de lo dicho, los cambios oportunistas de criterio de las cancillerías. Comp. las citas en el trabajo de KISS, págs. 190 y sig.

(65) En un estudio de FOCSANEANU, incluído en «La personnalité morale» se advierte de la necesidad de distinguir—lo que dice no siempre se hace—entre la hipótesis de lesión al derecho propio del accionista y la de la situación en que está el accionista que no ha sufrido daño personal y directo, sino solamente un perjuicio indirecto, como consecuencia del atentado que ha sufrido el patrimonio de la sociedad, pág. 260.

ta nacional (sea cualquiera la nacionalidad de la sociedad) está justificada plenamente y no pone en duda el significado jurídico de la persona jurídica. El segundo se refiere a las sociedades que sólo «por cortesía» o por confusión técnica son llamadas personas jurídicas, pues, en verdad, el problema del desconocimiento de la personalidad sólo se plantea en los casos en que ésta se ha empleado por el Derecho para separar la persona de la sociedad de las personas de los socios, cuando el patrimonio de la sociedad se ha independizado y los socios no responden por las deudas sociales. Por tanto, los casos que se refieren a sociedades civiles o a las mercantiles colectivas no son pruebas o datos que puedan aducirse al discutir sobre el significado de la persona jurídica. La cuestión se ha de centrar, por tanto, en torno a la personalidad de la sociedad anónima; y parece entenderlo así el mismo Kiss, cuando en su antes referida conclusión y en el título de su trabajo menciona tan sólo a la protección diplomática del accionista.

Si ahora, después de tener en cuenta las distinciones y precisiones señaladas, se repasa el estudio de Kiss, se advertirá seguramente que de los casos a los que concede importancia, unos caen fuera del campo estrictamente jurídico, otros se refieren a daño directo al derecho propio del accionista y los demás tienen por objeto la reclamación de un socio de una sociedad colectiva por daño inferido a ésta. Tanto es así que aquella que considera «la posición más explícita en la materia», a favor de su tesis, es la de Huber, en el caso «Zita, Ben Kiran», en donde se trataba precisamente de intervenir en favor del socio de una sociedad colectiva (66). Refiere otros casos en los que ya la cuestión se centra en la posibilidad de proteger a un accionista por daño a la sociedad anónima de la que es miembro; en todos ellos, con más o menos energía, se niega legitimación al socio, diciéndose que por el daño sufrido por la sociedad puede reclamar ésta, pero no el socio (67). Sin embargo, sin que se den explicaciones, no se concede valor a estos precedentes cuando llega el momento de formular las conclusiones referidas, aunque el autor reconoce que van en «sentido opuesto» a su tesis (68).

Los dos últimos trabajos del libro (69) se ocupan de las medidas arbitradas o propuestas por Estados y agrupaciones de hombres de negocios para poner remedio, en lo posible, a la indefensión de los particulares, en

(66) *Loc. cit.*, págs. 184-186.

(67) En el caso "Baasch y Römer" se dice que si el objeto de la reclamación es que la propiedad de una sociedad venezolana ha sufrido daño, no puede reclamar el Gobierno holandés porque "el hecho de que los accionistas sean holandeses es irrelevante"; en el caso "W. C. Greenstreet, se dijo que "la nacionalidad de los acreedores es tan irrelevante como la de los accionistas". pág. 187, 188, donde se mencionan, además, otros casos en el mismo sentido. El autor también recoge la opinión autorizada del "rapport" Rundstein, contraria a su punto de vista, pág. 207, nota 73.

(68) *Idem*, pág. 207.

(69) "La protección de los accionistas en los convenios internacionales bilaterales", por DANIEL VIGNES, doctor en Derecho, págs. 211-241; "Las sociedades comerciales en los proyectos y propuestas de convenios internacionales multilaterales para la protección de la propiedad extranjera", por LAZAR FOCSANEANU, juriconsulto, diplomado de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, doctor en Ciencias Económicas, págs. 243-269.

especial la de los nacionales de países económicamente poderosos, frente a las prácticas modernas de nacionalización y expropiación. Mas ello, no obstante su gran importancia práctica no tiene interés directo para la cuestión del significado de la persona jurídica. A lo más, puede señalarse como dato de interés, el hecho de que en los convenios aprobados o propuestos se sigue utilizando, como antes, el concepto de la nacionalidad de la persona jurídica de la sociedad.

Terminado el repaso del contenido de «La personnalité morale», cobra nuevo valor una frase de David: «Es curioso comprobar cómo en el Derecho, como en todas las cosas, existen modas. Las cuestiones que han apasionado a los juristas hace cincuenta o cien años nos parecen ahora no sólo superadas, sino a menudo artificiales; sus discusiones nos parecen sin sustancia y estériles, y nos cuesta trabajo comprender cómo hombres de talento —porque se trata indudablemente de hombres de talento— hayan podido en otro tiempo apasionarse por ellas» (70).

¡Cuánta verdad encierran las palabras citadas! El Derecho está en el tiempo. El suceder o alternar de las corrientes ideológicas le imprime su sello. Hasta el mudar de estilo o de gusto en las expresiones se refleja en leyes y obras jurídicas. Mas también nuestra extrañeza ante las viejas polémicas doctrinales se debe a que se han olvidado sus verdaderas causas. Sería inexacto e injusto sostener que el acaloramiento que caracteriza ciertas discusiones del pasado se debe sólo a la moda o al capricho. Su motor fué, en general, la lucha también ardorosa, entre poderes o intereses sociales; que unas veces se señala de modo abierto y que otras se disimula en los libros de Derecho, en forma más o menos discreta.

En materia de personas jurídicas, puede recordarse cómo y por qué en la Edad Media surge y se impone la teoría de la «persona ficta». La discusión entre los partidarios de la teoría de la ficción y los de la teoría de la realidad de las personas jurídicas en la segunda mitad del siglo XIX, a la que alude David, no era un «divertimiento» de teóricos. Fué reflejo de la contienda entre los defensores de la omnipotencia del Estado y quienes pretendían, frente al Estado y la Administración, asegurar el respeto de asociaciones y fundaciones, es decir, de organizaciones de personas y bienes, dedicadas a fines religiosos, políticos y sociales.

No es tampoco un secreto que el capitalismo moderno utiliza para sus fines la persona jurídica, que se justifica con ella la independencia del patrimonio de la sociedad anónima, que de ella se sirve para afirmar el respeto de las sociedades en el extranjero y para interpretar en su favor los tratados internacionales. Sabido es, cómo más tarde, en beneficio de los mismos intereses, se favorece la concepción abstracta de la persona jurídica; de modo, que se le pueda utilizar como un escudo o cortina que defiende de toda injerencia o investigación la vida interna de la sociedad anónima. Es el tiempo, aún no pasado, del florecer de sociedades artificiales, sin contenido real, creación de aventureros o de poderosas organizaciones financieras, nacionales o internacionales, que ocultan sus verdaderas actividades interponiendo o conectando sociedades, en perjuicio a veces

(70) Idem, pág. 4.

de los obligacionistas, de los acreedores, del fisco, del público en general y también de los mismos accionistas de las sociedades sometidas a control.

La reacción producida frente a los desmanes más visibles, como el que protegiera la sentencia dictada en el caso de Salomón v. Salomón llevará a que los tribunales se decidan a «levantar el velo de la sociedad». Ello se hace de modo muy prudente y sólo cuando lo exige el sancionar la utilización de la forma de la persona jurídica para escapar a la aplicación de otras disposiciones legales. Supone el abandono de la concepción abstracta de la persona jurídica, pero también su efectivo robustecimiento, al liberarla de los abusos que podrían degradarla.

Esta última dirección se ha manifestado en alguna frase exagerada o de redacción a la ligera, que ha podido hacer pensar que la condena de la concepción abstracta de la persona jurídica implicaba la de la misma persona jurídica. Ofensiva contra el concepto de persona jurídica que cobra en estos años nueva importancia, porque parece que coincide con los intereses de cierto tipo del capitalismo internacional.

Las transformaciones políticas y económicas ocurridas últimamente han venido a disminuir o a cambiar de signo el poder de muchas organizaciones financieras. El fenómeno de la descolonización, como ha señalado Luchaire, tiene extraordinaria importancia. En general, ahora no es tan fácil como antes fuera presionar en beneficio de un grupo financiero a los Gobiernos y poner en marcha la intervención diplomática del Estado; la de aquel cuya nacionalidad hubiera elegido la sociedad interesada. No es de extrañar que se haya pensado en que valía la pena de encontrar una fórmula que facilitase poder acudir a la intervención de cualquier Estado, de aquel cuyo Gobierno se muestre mejor dispuesto. La concepción de la sociedad anónima como persona jurídica y la de la nacionalidad de las sociedades constituirían un obstáculo difícil de superar para tal propósito. En cambio, una concepción «atomística» de la sociedad anónima, sea que se haga depender la nacionalidad de la sociedad de la de los accionistas, bien sea que desentendiéndose de la misma sociedad se desplace la protección diplomática a favor de los accionistas en caso de daño a la sociedad, permitirá que la dirección de las organizaciones pueda rectificar lo hecho al crear la sociedad y elegir en cada momento la protección del Estado con cuya complacencia pueda contar. Lo que puede hacerse mediante venta real de un paquete de acciones a hombres de confianza o, más simplemente, mediante enajenaciones fiduciarias a favor de personas («trustees») de la nacionalidad que interese. Intervención extranjera que si ya no lleva consigo la amenaza de la intervención armada ni la de las sanciones económicas, tiene siempre su valor en los manejos de la alta finanza.

En su notable estudio sobre Derecho suizo, Grossen amonesta a quienes han exagerado la autonomía jurídica de ciertos grupos, no sea —dice— que les ocurra como «a la escoba del aprendiz de brujo, que se vuelva contra los hombres que la han creado» (71). Advertencia que también cabe hacer a los que, partiendo de los necesarios límites de esa autonomía los

(71) *Idem*, pág. 155.

exageran, hasta llegar a negar la independencia de la persona jurídica.

Los autores gustan de hablar de valor institucional, de lógica interna y de carácter orgánico de una figura o relación jurídica; de ese modo se llama la atención sobre un hecho sencillo e importante: el de que las ventajas, facultades, derechos y privilegios atribuidos por una determinada causa jurídica, se equilibran y justifican con las correspondientes cargas, obligaciones y responsabilidad. Los privilegios exorbitantes que la figura de la sociedad anónima supone para quienes la manejan, se explica por su carácter corporativo, por la existencia de un interés de la sociedad, diferenciado del particular de los socios, y, sobre todo, porque su condición unitaria patrimonial y jurídica, la firmeza de su estructura y condición, incluso la que se entiende como nacionalidad, aseguradas por la inscripción en el Registro, son prenda de seguridad para todos los que se relacionan con la sociedad, con los que con ella contratan, acreedores, obligacionistas y hasta para el mismo interés público (administración, fisco, clientela, economía, obreros y empleados). Si se llegase a la conclusión de que la persona jurídica es un nombre vacío, que en la sociedad sólo han de considerarse los intereses individuales de los socios, podría obtenerse la consecuencia de que también la sociedad anónima es un nombre vacío. Desconocida la autonomía de la sociedad pierde sentido la independencia del patrimonio social; negado que éste tenga su destino propio (que hasta puede ser contrario al interés de los socios), queda sin justificar la limitación de la responsabilidad de los socios. Una ofensiva contra el concepto de persona jurídica implica una debilitación de alcance incalculable para la figura de la sociedad anónima.

En esta nota, limitada a comentar «La personnalité morale», se hace caso omiso de cualquier otro aspecto de la discusión sobre la persona jurídica. Mas para centrar mejor el significado del libro que se comenta, hay que hacer referencia todavía a su lugar dentro de la situación actual de la doctrina. Se pueden distinguir en ella tres tendencias. Una, la de David y Bastid, con aquellos de sus colaboradores que les siguen, que propugnan el abandono de término y concepto de persona jurídica. Su importancia es grande. Los trabajos recogidos y los datos recolectados en «La personnalité morale» es cierto que, en general, no están de acuerdo con sus afirmaciones y que a veces las contradicen de modo visible. Mas este hecho mismo pone de manifiesto la fuerza de convicción con la que se acepta esa teoría por autores, como los citados, de notoria distinción. En franca oposición con esta dirección, se advierte otra que potencia al máximo la personalidad jurídica, atribuyéndole a sus derechos y bienes una protección (en texto constitucional y en convenio internacional) de la misma naturaleza que la otorgada a los derechos de la personalidad o a los derechos del hombre reconocidos a la persona física (72). En fin, existe

(72) La ley fundamental de la República federal de Alemania dice: "Los derechos fundamentales ("Grundrechte") pertenecen igualmente a las personas jurídicas nacionales, en la medida que la naturaleza de tales derechos permita la aplicación" (art. 19, par. 3.º). En el Protocolo adicional al Convenio europeo de los derechos del hombre, se dispone: "Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes" (art. 1, par. 1).

otra corriente teórica, la que admite el concepto de persona jurídica, a la vez que señala que tiene carácter instrumental y unos límites; es decir, que entiende que no está permitido el ejercicio de la separación que ella origina respecto de los socios, cuando sea para defraudar o para incumplir las leyes (73).

¿Qué resultado tendrá la ofensiva contra la persona jurídica? ¿Logrará que la doctrina abandone el concepto de persona jurídica? No es éste lugar adecuado ni ocasión oportuna para intentar contestarlas. Lo único que ahora se puede decir con una cierta seguridad es que el libro comentado no ofrece material para, con el debido fundamento, responder a ellas de modo afirmativo.

F. DE C.

En igual sentido de valoración de la persona jurídica, el Proyecto de Convenio concerniente al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras, aprobado en la séptima sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, de 1951.

También puede señalarse que con ocasión del "Avis consultatif", 11 abril 1949, sobre Reparación de daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, se consideró de importancia decisiva la condición de persona jurídica, de entidad legal o jurídica, de las Naciones Unidas.

(73) SERICK advierte que el material por él recogido no permite obtener conclusiones sobre el concepto y esencia de la persona jurídica. *Rechtsform und Realität*, p. 4.