

El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de Sociedades

Jesús Alfaro Águila-Real

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

"[T]he core element of legal personality...is what the civil law refers to as 'separate patrimony"
Henry Hansmann/Reinier Kraakman

In the fifteenth century one did not have to be a professional jurist to think easily in terms of corporation structure. Experience with corporate bodies was a part of everyday life.
Brian Tierney

"El Derecho Privado alemán no distingue y opone agrupaciones de personas con personalidad jurídica y sin personalidad jurídica; está basado en una sucesión de distintos tipos de organizaciones que empieza con las figuras más simples carentes de personalidad y acaba en las organizaciones más completas con personalidad jurídica"
Otto Schreiber

A José María Miquel, en su 75 cumpleaños

*Abstract**

La personificación jurídica constituye la aportación del Derecho a la creación de empresas en las que los que aportan el capital fijo son más de unos pocos. Cuando el capital fijo es aportado por muchos y se aporta a una "empresa" en el sentido de la Economía Neoclásica, (la empresa es una "unidad especializada de producción"), convertir al grupo de cotitulares de los activos fijos en un "individuo", esto es, sustituir la propiedad colectiva por la propiedad individual (la persona jurídica) es eficiente porque reduce los costes de producir e intercambiar lo producido en el mercado.

Las sociedades anónimas no comparten un tronco común con las compañías mercantiles preexistentes. Ambas han convergido sólo a partir de la segunda mitad del siglo XIX hasta configurar en la actualidad el Derecho de Sociedades como un conjunto sistemático valorativamente coherente.

La aparición de la sociedad anónima en el siglo XVII afecta no solo a las relaciones entre los comerciantes y a las relaciones de éstos con terceros, sino a la estructura de la propiedad de los activos empleados en la empresa común.

The legal personification of the firm is the contribution made by the Law to the creation of companies where fixed capital is contributed by more than a few. In order to reap economies of scale in the investment of capital, co-owners must become members of a fictitious individual, "the legal person". Substituting individual ownership (the company) for collective ownership is efficient because it reduces the costs of producing and exchanging the produce in the market.

Corporations do not share a common trunk with the preexisting commercial companies. Both have converged only from the second half of the nineteenth century until both became a value-coherent systematic Company Law.

The appearance of the corporation in the seventeenth century affects not only to the relations among members and third parties, but also to the structure of the ownership of the assets employed in the production by the firm.

Title: Legal personality as a building block of Company law

Palabras clave: Personalidad jurídica, copropiedad, corporación, comercio transoceánico

Key words: Legal personality, co-ownership, corporation, Asian trade

* Este trabajo ha contado con la ayuda del Ministerio de Economía y Competitividad, en el marco del proyecto DER 2014-55416-P

Sumario

1. La sociedad anónima como prototipo
2. Planteamiento y resumen
3. Aislamiento patrimonial de la compañía y blindaje de los socios: personalidad jurídica y responsabilidad limitada. Hansmann & Kraakman
4. Los accionistas y el patrimonio social: ¿reducción del conflicto entre accionistas y acreedores o entre accionistas?
5. El ejercicio colectivo del comercio: propiedad colectiva y personalidad jurídica
6. La eficiencia de la propiedad colectiva y la eficiencia de la personificación: uso individual vs explotación de los bienes comunes y el paso de la personalidad jurídica simple a la personalidad jurídica corporativa
7. La dogmática de la copropiedad y la personalidad jurídica. Copropiedad, sociedad interna y personalidad jurídica
8. La comunidad en mano común y la personalidad jurídica ¿pueden distinguirse?
9. Algunas consecuencias para el concepto de personalidad jurídica
10. Ejemplo: el condominio naval y la commenda comparados con la compañía
11. La sociedad anónima como sucesora del condominio naval y la commenda
12. Las primeras sociedades anónimas: las diferencias entre la VOC y la EIC
13. El monopolio nacional como estructura de mercado eficiente
14. La generalización de la sociedad anónima - la corporación - como innovación institucional y la extensión de la personalidad jurídica a las sociedades de personas
15. Consecuencias para la comprensión del Derecho de Sociedades
16. Tabla de jurisprudencia citada
17. Bibliografía

1. La sociedad anónima como prototipo

Históricamente, la función económica de la sociedad anónima fue puramente financiera: servir de *bomba de capitales*¹. Tras unos pocos años, la acumulación de capitales lograda con la emisión de las acciones se hace permanente y la sociedad anónima permite transformar el capital a corto plazo proporcionado por un número elevado de personas, en inversiones a largo plazo vinculadas a una empresa; se consagra la regla que prohíbe a los *accionistas retirar los activos* adquiridos por la sociedad con sus aportaciones; solicitar la disolución de la compañía y *utilizar o acceder a los activos sociales*, cuya gestión y explotación se concentra en los administradores, de manera que se logra una fuerte *separación del patrimonio social respecto de los socios*, lo que es especialmente valioso cuando – como era probablemente el caso típico de las empresas manufactureras y comerciales – el valor de la empresa depende, precisamente, de combinar activos *para la producción de bienes o servicios para el mercado*, no para los miembros de la organización. Al mismo tiempo, la separación patrimonial permite *evitar que el patrimonio social sea atacado por los acreedores de los socios*². Adicionalmente, se proporciona liquidez a los inversores a través de la creación de *mercados de capitales* donde se negocian – se compran y venden – fácilmente las acciones cuyo rescate no pueden exigir los accionistas³.

Al repartir acciones entre cientos o miles de inversores, se logra *diversificar los riesgos* pero surgen los problemas de coordinación de la conducta de un grupo tan numeroso. Los costes de coordinación se reducen, sin embargo, por la centralización del control sobre el patrimonio social, que se asigna en exclusiva a los administradores, de modo que *los accionistas no tienen que invertir en controlar a sus consocios* (que no pueden disponer de los activos comunes) pero han de invertir en vigilar lo que hagan los administradores (costes de agencia).

2. Planteamiento y resumen

Se argumentará en las páginas que siguen que la personificación jurídica constituye la aportación del Derecho cuando son muchos los que proporcionan el capital fijo y dicho

¹ “Financial systems facilitate *pooling*, or the aggregation of household wealth to fund indivisible or efficient-scale enterprises” (Sirri and Tufano 1995, 81)...Without pooling aggregate wealth to fund enterprises, firm size would be constrained by the wealth under the control of a single household. Pooling relieves society of this limitation, bridging firms’ capital needs and households’ investing needs” (Sirri and Tufano 1995, 88). Citados por Temin, *The Roman Market Economy*, 2013, p 158.

² 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. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1543967>.

³ Gelderblom, Oscar y Jonker, Joost, *Completing a Financial Revolution: The Finance of the Dutch East India Trade and the Rise of the Amsterdam Capital Market, 1595-1612*, 2004 disponible en <http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=245088&jid=JEH&volumeId=64&.issueId=03&aid=245086&bodyId=&membershipNumber=&societyETOCSession=> ; v., también, Harris, Ron, *Institutional Innovations, Theories of the Firm, and the Formation of the East India Company*, 2004 disponible en <http://escholarship.org/uc/item/2216c263> sobre la anticipación de la sociedad anónima a la creación de un mercado de capitales.

capital se aporta a una “empresa” en el sentido de la Economía Neoclásica. Si la empresa es una “unidad especializada de producción” que destina lo producido al mercado, convertir al grupo de cotitulares de los activos fijos en un “individuo”, esto es, sustituir la propiedad colectiva por la propiedad individual (la persona jurídica) es eficiente e imprescindible.

Además, queremos contar que las fuentes de regulación de las sociedades anónimas *no comparten un tronco común con las compañías mercantiles* preexistentes porque las sociedades anónimas surgen del comercio marítimo y las compañías mercantiles del comercio terrestre. Ambas han convergido sólo a partir de la segunda mitad del siglo XIX hasta configurar en la actualidad el Derecho de Sociedades como un conjunto sistemático valorativamente coherente⁴.

Para comprender adecuadamente la innovación transaccional e institucional que supuso la aparición de la sociedad anónima, hay que examinar dos conjuntos de problemas que relacionan el Derecho de Sociedades con la personalidad jurídica. *Reconocer personalidad jurídica a una sociedad afecta a las relaciones del grupo de socios con los terceros - unificación del grupo vs., fragmentación - y a las relaciones de los socios entre sí - copropietarios vs., miembros del grupo titular del patrimonio-*. En las páginas que siguen nos ocuparemos, especialmente, de esta segunda cuestión.

En lo que se refiere a *las relaciones de los socios con los terceros*, el grupo se unifica gracias a la personalidad jurídica de la sociedad lo que implica que expresa su voluntad a través de un representante (un órgano en las sociedades corporativas y todos los socios colectivos en las sociedades de personas) que puede vincular al grupo. El grupo puede demandar y ser demandado, adquirir y disfrutar de bienes y derechos y ser acreedor y deudor. Personalidad jurídica y constitución de un patrimonio separado (respecto del patrimonio personal de cada socio) son, en este sentido, sinónimos. La unificación del grupo permite que, como dijera Hansmann/Kraakman, la empresa sea, *no solo un nodo de contratos* (entre todos los que participan en la empresa objeto de la sociedad tales como sus trabajadores, clientes, acreedores, proveedores...) *sino un nodo para contratar* (para facilitar la contratación entre el grupo de cotitulares del patrimonio común con los terceros)⁵.

⁴ V., Harris, Ron, *The Institutional Dynamics of Early Modern Eurasian Trade: The Commenda and the Corporation* (November 3, 2008). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1294095> señalando que, así como la *commenda* es una invención musulmana, la Corporación “is a unique European” institución. En realidad, del Derecho Romano. “The corporation ended up as a uniquely European institution that was not developed independently anywhere else and was not imported by any other civilization. The English and the Dutch were the first to establish corporations, the East India Companies, for Eurasian trade, and other European states followed. No other civilization developed or imported this institution in our period. The *commenda* traveled very well. It originated in Islamic law and in Middle Eastern trade practices. It was imported to most of our civilizations. It could be found anywhere from North Western Europe to India, Indonesia and China. It was in use in maritime trade all across the Indian Ocean from the Arabian Sea to the South China Sea”.

⁵ Esta es la intuición desarrollada por Hansmann desde su libro pionero sobre la propiedad de las empresas (Hansmann, Henry, *The Ownership of the Enterprise*, Harvard University Press, 2000 y actualizado en su trabajo Hansmann, Henry, “Ownership and Organizational Form”, 2006, disponible en <https://www.nmbu.no/download/file/fid/15108> cuando afirma (p 2) que “The more fundamental fact is (no que la *firm* es un “*nexus of contracts*” sino) that a firm is a *nexus for contracts*. More precisely, a firm is a common party to a group of contracts. Although authority in a single firm is often exercised through a cascade of relationships, as in the conventional pyramidal organization chart, that is not the way that a firm’s contractual relations are organized. General Motors, for

Por otro lado, el reconocimiento de personalidad jurídica a un grupo de individuos modifica *las relaciones patrimoniales entre los cotitulares*. Estos no dejan de ser titulares del conjunto de bienes. Pero se alteran las reglas aplicables a las relaciones entre los cotitulares con los bienes que forman el patrimonio separado. *El patrimonio separado sigue siendo, mediatamente, de propiedad colectiva de los individuos que forman el grupo pero la titularidad inmediata de los activos se torna individual*. Los individuos ven transformada su posición respecto de los bienes que forman el patrimonio como consecuencia de la atribución de personalidad jurídica al grupo y *se convierten en miembros de la persona jurídica*. La posición de copropietario se diferencia de la posición de miembro de una persona jurídica, sobre todo, en que el *copropietario tiene acceso a/derecho a usar y disponer de los activos comunes*, en cuanto copropietario, mientras que el segundo *renuncia a cualquier derecho de uso o disposición de los activos sociales* que se determinan en común por los miembros o a través de los órganos de la persona jurídica de acuerdo con el fin común que llevó a los socios a agruparse en primer lugar. Se entiende así que *la personificación jurídica sea una forma de propiedad colectiva preferible a la copropiedad cuando el grupo no produce en común para satisfacer las necesidades de sus miembros sino para intercambiar lo producido en común en el mercado*.

En este punto, la segunda pieza de las modernas sociedades anónimas o limitadas tiene relevancia. Mientras en las sociedades de personas *con personalidad jurídica*, los cotitulares y los gestores del patrimonio social coinciden (lo que explica las dificultades para distinguir la copropiedad de la personalidad jurídica), en las sociedades de estructura corporativa *se distinguen las posiciones de los cotitulares respecto de las de los gestores*.

En los estudios tradicionales de la materia, el acento se ha puesto en los problemas de las relaciones del grupo con los terceros y se han analizado intensamente los conflictos entre los accionistas y los acreedores; la vinculación de la sociedad por los actos de sus órganos y las relaciones entre éstos y los accionistas. Menos atención han recibido los efectos de la conversión de los socios en miembros de la persona jurídica. Es éste un problema más próximo a los Derechos Reales pero que ha devenido de actualidad como consecuencia de la renovada discusión acerca del “interés social”, esto es, acerca de si las empresas deben gestionarse en interés exclusivo de los accionistas y de qué modo deben tenerse en cuenta los intereses de los demás *stakeholders*. La legitimidad de la concepción contractual de la sociedad anónima, es decir, de la primacía de los accionistas se funda en su calificación de propietarios o “titulares residuales”. Si la estructura patrimonial de las sociedades deja de ser la copropiedad y pasa a ser la personalidad jurídica y si la personalidad jurídica corporativa convierte a los accionistas en meros “interesados” en pie de igualdad con los restantes interesados en la gestión de los activos que conforman el patrimonio social, nuestro entendimiento del Derecho de Sociedades variaría enormemente.

Quizá las dificultades para afirmar que los accionistas de una gran sociedad anónima de capital disperso son propietarios de la compañía provengan de olvidar que lo que las distingue de una sociedad de personas de pocos socios y en la que los socios son, a

example, *is the common party to millions of contracts with the firm’s investors, employees, suppliers, and customers. Employees of the Chevrolet division each have a contract of employment with General Motors, and not with the Chevrolet division, much less with departments or supervisors within the division. The same is true of suppliers of steel to GM or any of its divisions, and of dealers that purchase cars produced by GM*”.

la vez, administradores y, por tanto, deciden sobre el patrimonio social *no es la estructura patrimonial* (en ninguno de los dos tipos societarios pueden los cotitulares disponer o usar de los activos individualmente y en ambos tipos los individuos se agrupan para producir bienes o servicios para el mercado) *sino la centralización de las decisiones en órganos sociales*. Como veremos, la discusión se relaciona con la relativa a qué debemos entender por derecho de propiedad. Dice Waldron que “el concepto de propiedad es el concepto de un sistema de reglas que rigen el acceso y el control a los recursos materiales”⁶. Desde esta perspectiva, *también la propiedad de los accionistas sobre los activos que forman el patrimonio de la persona jurídica corporativa* – y mucho más la de los socios/administradores de una sociedad de personas – *pueden considerarse “propiedad” propiamente dicha* en cuanto las reglas que rigen la persona jurídica y la estructura coporativa regulan su acceso y control sobre tal patrimonio aunque ambos sean indirectos, es decir, ejercitados sólo mediante la cobertura de los órganos o la adopción de acuerdos en el seno de los mismos. En la medida en que las decisiones sobre quién ocupa los puestos desde los que se controlan tales recursos y las decisiones fundamentales sobre tales recursos se adopten *mediante acuerdos en los que participan los cotitulares y sólo los cotitulares*, no es un sinsentido afirmar que los accionistas son los propietarios de los activos que forman el patrimonio separado o persona jurídica. Lo importante es subrayar que es la estructura corporativa, aplicada a la copropiedad “especial” que es la personalidad jurídica, la que transforma a los copropietarios/socios de una sociedad de personas en accionistas y altera el contenido de su derecho de propiedad, alteraciones al servicio de la función de la empresa: producir bienes y servicios para el mercado.

Para analizar estos problemas, el punto de partida debe ser la comparación de los distintos modelos de organización de la *propiedad colectiva*. Propiedad colectiva y empresa no van indisolublemente unidos. En la economía neoclásica, al ser relevante exclusivamente la función de producción, es irrelevante si la producción la lleva a cabo un individuo – Robinson Crusoe – o un grupo de individuos⁷. Lo que se analizará aquí es la personalidad jurídica, no como forma de separar un patrimonio respecto del patrimonio individual de los miembros del grupo, sino *como una forma alternativa de organizar la titularidad colectiva (residual) sobre un conjunto de bienes*. La personificación jurídica de un grupo es, desde esta perspectiva, *una variante de la copropiedad*⁸.

⁶ Waldron, Jeremy, *The Right to Private Property*, 1988, p 31.

⁷ Como en estas páginas nos interesa la personalidad jurídica como forma de articular la propiedad colectiva, no analizaremos los problemas más próximos a la teoría de la empresa (*theory of the firm*) que se abordan en los estudios de contratación incompleta o en los que examinan a qué grupo corresponden los derechos residuales sobre los activos de la organización, cuestión cuyo estudio se inicia con los trabajos de Alchian y Demsetz sobre la empresa como producción en equipo. De esos nos hemos ocupado descriptivamente en Alfaro, Jesús, *Empresa y empresario*, un planteamiento contractual, disponible en http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Paper/s/jaar%20-%20empresa%20y%20empresario.pdf.

⁸ Debe aclararse que, como se expondrá más en detalle, nos referimos a la copropiedad por cuotas sobre un bien, esto es, a la *comunidad romana*. Cuando se configura una “comunidad en mano común” sobre un conjunto patrimonial como consecuencia de la celebración de un contrato de sociedad entre los miembros del grupo titular de ese conjunto patrimonial con el objetivo de participar – el grupo – en el tráfico, hemos abandonado la copropiedad y hemos constituido un sujeto de Derecho La aparición de la comunidad en mano común como sustrato patrimonial del contrato de sociedad es

Este análisis afecta a la comprensión del Derecho de Sociedades. Nuestra tesis es que la aparición histórica de la sociedad anónima revoluciona las formas organizativas al poner a disposición de los comerciantes un nuevo modelo de organizar la propiedad colectiva o, dicho de otro modo, *de qué modo los socios son titulares residuales*. Lo pueden ser como copropietarios (copropiedad), como parte del grupo unificado de comerciantes (personalidad jurídica simple) o como miembro de una corporación. Históricamente, se designó persona jurídica exclusivamente al tercer tipo de organización por la equiparación medieval entre individuos y corporaciones (*personae fictae*)⁹ y, con el paso del tiempo, la división se marca entre copropiedad y personalidad jurídica, subdividiéndose las sociedades con personalidad jurídica entre sociedades personalistas y corporaciones.

Mientras las sociedades de personas adquirieron personalidad jurídica a través de la transformación de la comunidad romana en comunidad en mano común, el traspaso de la estructura corporativa de las instituciones religiosas y de organización de los grupos sociales que configuraban las Sociedades del Antiguo Régimen (ciudades, mercaderes, nobles, organizaciones religiosas...) a las actividades mercantiles permitió la aparición de grandes empresas, la acumulación de capitales financieros y, sobre todo, “capital organizativo”, es decir, técnicas de gestión de recursos físicos y humanos a una escala que sólo se había visto en el ámbito militar. Comunidad en mano común –

producto del comercio. El Derecho mercantil medieval produjo “the replacement of the more individualistic GraecoRoman concept of partnership (*societas*) by a more collectivistic concept in which *there was joint ownership, the property was at the disposition of the partnership as a unit, and the rights and obligations of one partner survived the death of the other*” Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass, 1986, p 349. Esta unificación del grupo de comerciantes es la que permite afirmar, retrospectivamente, que las sociedades colectivas eran sujetos de Derecho aunque, como se explica en el texto, no eran corporaciones en el sentido que lo fueron las sociedades anónimas.

⁹ Algunos historiadores han indicado que fue una especificidad europea de enorme trascendencia la superación de los lazos familiares o tribales y la extensión de la cooperación – el comercio – con individuos que no formaban parte de la propia tribu. Pero, para que esa cooperación pudiera florecer, era imprescindible que existiera una cierta libertad de asociación, lo que fue posible en la Europa Medieval por la fragmentación del poder en términos territoriales y personales con el Imperio, la nobleza, la Iglesia y las ciudades tratando de afirmar su capacidad para gobernar, lo que explica el carácter pactista del Derecho y de las reglas de gobierno. Es aquí donde entran en el escenario las corporaciones de origen romano y admitidas por el Derecho Canónico como agrupaciones de personas con capacidad para ser propietarios y ser representados por una sola sin que la *universitas* absorbiera la personalidad individual de sus miembros mas que en lo relativo al fin que había provocado la agrupación (recuérdese, no obstante, que las corporaciones, para mejor cumplir sus fines, tratarían de abarcar la vida completa de sus miembros). V., con más indicaciones, De Moor, Tine, *The Silent Revolution: A New Perspective on the Emergence of Commons, Guilds, and Other Forms of Corporate Collective Action in Western Europe*”, *International Review of Social History* 53 (2008), pp 179-212, p 188 ss, disponible en http://vkc.library.uu.nl/vkc/seh/research/Lists/Research%20Desk/Attachments/1/IRSH%2053-S16_De%20Moor.pdf v., también Avner Greif, *Family Structure, Institutions, and Growth: The Origin and Implications of Western Corporatism*, 310 *AEA PAPERS AND PROCEEDINGS MAY 2006*, pp 308 ss., disponible en http://web.stanford.edu/~avner/Greif_Papers/2006%20AER%20Families%20and%20Corporations.pdf donde explica cómo la influencia de la Iglesia en la configuración del Derecho de Familia, llevó al predominio de la exogamia, de la monogamia y de la destrucción de los linajes o estirpes a favor de la familia nuclear. De manera que la cooperación entre individuos se residenció en la corporación que alcanza así en Europa un protagonismo en la vida social, económica y política sin parangón en el mundo: “it is informative to note that Europe’s economic ascendancy started after corporations began to dominate”.

personalidad jurídica simple – para las “pequeñas” empresas y corporación – personalidad jurídica corporativa – para las “grandes” empresas.

En el siglo XIX se liberaliza la constitución de sociedades anónimas que pasan a ser la forma normal de ejercicio colectivo de actividades industriales y comerciales junto con – posteriormente – la otra sociedad corporativa, la sociedad limitada. Por otro lado, se reconoce legislativamente la *personalidad jurídica de las sociedades de personas*.

El primer fenómeno ha sido suficientemente estudiado bajo la etiqueta del paso del régimen de concesión – primero, como un privilegio y, más adelante, como una autorización administrativa específica – a un régimen de libertad de constitución de sociedades anónimas limitado sólo por la obligación de inscripción registral. Este proceso se consuma en toda Europa en la segunda mitad del siglo XIX¹⁰. Se habría producido mucho antes de no ser por las crisis financieras (burbujas) acaecidas a lo largo del siglo XVIII y la fuerte resistencia de las sociedades anónimas preexistentes a que se otorgasen nuevos *charters*. El segundo fenómeno ha sido menos explícito y no se ha consumado hasta entrado el siglo XX porque, en algunos países, se ha producido como consecuencia de la elaboración doctrinal o jurisprudencial y no a través de decisiones legislativas¹¹. Así ha ocurrido en Alemania y en los EE.UU., en este último país es posible que ni siquiera hoy la evolución esté completa¹².

Como se ha adelantado, *el reconocimiento de que las sociedades de personas tienen personalidad jurídica es puramente dogmático*. Es decir, las sociedades de personas que desarrollaban una actividad mercantil eran grupos personificados desde mucho antes de la Codificación. Pero es en la Codificación en los países latinos como España cuando comienza a denominarse a la estructura patrimonial de las sociedades de personas “personalidad jurídica”. Esta evolución se produce por dos razones. Por un lado, porque se había separado, dentro del Derecho de las corporaciones, su estructura patrimonial – la personalidad jurídica – y su estructura organizativa – como un “cuerpo” – y, por otro, porque el carácter de sujeto de derecho de las sociedades de personas no había sido elaborado. Digamos, pues, que en el siglo XIX se “teorizan” la personalidad jurídica y la estructura corporativa que se convierten en los instrumentos jurídicos de análisis de la estructura patrimonial (la personalidad jurídica) y organizativa (la corporación) de todas las empresas comerciales y manufactureras. Las sociedades de personas aportan la transformación de la propiedad colectiva desde la copropiedad a la personalidad jurídica – en forma de comunidad en mano común – y las corporaciones comerciales que aparecen en el siglo XVII aportan la estructura

¹⁰ La constitución libre de sociedades anónimas por inscripción en el registro mercantil fue posible en Gran Bretaña en 1844, en Francia en 1867, en Alemania en 1870 y en EE.UU. en 1875, v., Siems, Mathias M., *The Foundations of Securities Law, European Business Law Review* 20(2009), disponible en <http://ssrn.com/abstract=1089747> La *Bubble Act*, que impidió la constitución de sociedades anónimas fue derogada sólo en 1825 v., al respecto, Harris, Ron, *The Bubble Act of 1720 in Joel Mokyr Ed. The Oxford Encyclopedia of Economic History* (2003). Disponible en: http://works.bepress.com/ron_harris/18.

¹¹ Una exhaustiva descripción de los tipos organizativos disponibles para las empresas europeas y norteamericanas en el siglo XIX y XX, se encuentra en Harris, Ron, Guinnane, Timothy, Lamoreaux, Naomi R., and Rosenthal, Jean-Laurent, *Putting the Corporation in its Place, Enterprise and Society* (2007). http://works.bepress.com/ron_harris/5 Esta evolución permite rechazar la idea de que la atribución de personalidad jurídica a un grupo requiera de una intervención del legislador.

¹² V., Siems, Mathias, *Regulatory Competition in Partnership Law* (2009) 58 *International and Comparative Law Quarterly* 767-802, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1223735>.

organizativa – la estructura corporativa –. Ambas se fusionarán en la segunda mitad del siglo XIX cuando los legisladores dan acceso a las “pequeñas” empresas a la estructura corporativa.

Las dos piezas son tan flexibles que resisten el paso del tiempo y las transformaciones del capitalismo desde el Mercantilismo (capitalismo de Estado sobre la base de empresas mercantiles monopolísticas) a la Revolución Industrial (de la empresa comercial se pasa al predominio de la empresa manufacturera y a la explosión del capitalismo financiero): la grandísima empresa financiera (bancos, compañías de seguros) o manufacturera comparte su organización jurídica con el pequeño almacén de comercio o el taller artesanal. Ambos tipos de empresas son sociedades anónimas – o limitadas – a finales del siglo XIX. Lo que las diferenciará, jurídicamente, será la negociación de las partes de socio en mercados de capitales anónimos, surgidos a imitación de los mercados donde se vendían y compraban derechos de crédito.

Por tanto, lo que distingue sociedades de personas y sociedades corporativas es la diferente estructura organizativa y no tanto, como han propuesto algunos autores, la diferente protección de los acreedores sociales (*responsabilidad limitada/ilimitada*) ni, por supuesto, la estructura patrimonial (propiedad individual).

La menor relevancia de la responsabilidad limitada/ilimitada de los socios se explica porque, desde sus comienzos, los socios de la sociedad anónima pero también los socios de una sociedad de personas *disfrutaron de facto de responsabilidad limitada*. Los primeros, porque la personalidad jurídica de ésta y el carácter puramente financiero de la participación de los accionistas obviaron la discusión. Los segundos, a través de instituciones diversas como la doctrina *ultra vires*, el abandono, las cuentas en participación o la sociedad comanditaria¹³.

Lo que importa subrayar es que estas dos evoluciones (la generalización de la referencia a la personalidad jurídica como forma de referirse a la estructura patrimonial de cualquier sociedad externa y la pérdida de protagonismo del Derecho de sociedades en la protección de los acreedores) tienen una consecuencia de gran importancia y es ésta que *hace posible y debido concebir el Derecho de Sociedades como Derecho de las Organizaciones, con una “Parte General” omnicomprendiva*. Se altera, además, la carga de la argumentación: el que alegue que deben aplicarse a la sociedad anónima y a la sociedad colectiva distintos principios o reglas, habrá de argumentar qué hay en la arquitectura de la organización específica (anónima, limitada, colectiva, agrupación de interés económico...) que haga preferible una regla supletoria respecto de otra o que

¹³ La responsabilidad limitada o ilimitada sólo se plantea como un problema cuando se generaliza la sociedad anónima y los socios que, anteriormente habrían constituido una sociedad de personas, empiezan a utilizar la nueva forma societaria. Sin una elaboración teórica de la personalidad jurídica, la responsabilidad de los socios por las deudas sociales es una obviedad y la regulación de los Códigos se limita a reflejar la doctrina según la cual los que administran los fondos de una sociedad son apoderados de todos los socios y, por tanto, pueden vincular a éstos. De ahí que insistan los Códigos en exigir que el socio actuante lo haga en virtud de un poder de administración y lo haga en nombre de la sociedad y dentro del ámbito delimitado por el objeto social. Dado que los socios comanditarios disfrutaron siempre de responsabilidad limitada a su aportación, lo que las leyes de sociedades anónimas tenían que establecer, como una novedad, es que la personalidad jurídica de la sociedad anónima excluía la responsabilidad, no de los socios-accionistas, sino de los administradores que eran, hasta el siglo XIX, también socios.

impida a los socios adaptar dicha arquitectura a sus necesidades concretas. Ni la necesidad de proteger a los acreedores, ni la distinta naturaleza de la titularidad del patrimonio que se ostenta colectivamente por los socios justifican ya tales opiniones.

Este trabajo es largo, pero el lector familiarizado con la discusión sobre la personalidad jurídica puede ahorrarse la lectura de los apartados 3 a 10. Los que lo estén con los orígenes y evolución de las sociedades anónimas pueden hacer lo propio con los apartados 11 a 15. No hay ningún hallazgo significativo en ellos. El objetivo de tan largas explicaciones es apuntalar sistemáticamente lo que se ha dicho hasta aquí, razón por la que este trabajo tampoco tiene conclusiones. En fin, las notas son muy largas y de su lectura se puede también prescindir en buena medida. Al margen de la indicación de las fuentes utilizadas, su objetivo es recoger explicaciones adicionales sobre lo que se narra en el texto, lo que se considera necesario dada la amplitud de los temas que se tratan en el trabajo.

En cuanto al *orden de exposición*, abordaremos, en primer lugar, la cuestión del aislamiento patrimonial y la configuración de la persona jurídica como un “nodo para contratar”, cuestión que, como hemos adelantado, consideramos relevante sólo a los efectos de indicar la correspondencia entre producir para intercambiar en el mercado (lo que exige unificar la actuación del grupo en el mercado) y atribuir la propiedad de los activos que conforman la empresa a un “individuo” (la persona jurídica).

A continuación, expondremos las doctrinas económicas sobre la propiedad colectiva para poner de manifiesto la relevancia del *uso de los activos por los copropietarios* como característico de las comunidades de bienes y *la producción para el mercado, como el fin común que exige abandonar la copropiedad y sustituirla por la personalidad jurídica, esto es, por la propiedad individual de los activos* que sirven a la producción para el mercado. Seguidamente, se analizará la discusión dogmática de las relaciones entre sociedad y comunidad de bienes en estos términos a partir de los trabajos de Girón, Miquel y Paz-Ares.

Después se aplicarán estas ideas a la evolución histórica de la sociedad anónima y a la extensión de la personificación jurídica a las sociedades de personas, para continuar explicando las características de las primeras sociedades anónimas y el proceso de configuración definitiva de la figura.

Concluiremos que, una vez finalizado el proceso, el Derecho de Sociedades es hoy, definitivamente, Derecho de las organizaciones, un conjunto normativo dotado de unidad en cuanto a su “sistema interno” (Larenz).

Si el punto de partida es que sólo los individuos son sujetos de Derecho, lo que hay que explicar es por qué los grupos tienen personalidad jurídica distinta de la de sus miembros. Es decir, *por qué podemos considerar a los grupos como si fueran individuos en lo que a su consideración de titulares de un patrimonio se refiere*.

En esta discusión no debería olvidarse que *es a partir del siglo XVIII cuando se pone al individuo en el centro del Derecho*. Los sujetos jurídicos, hasta el triunfo del iusnaturalismo, habían sido la familia (en el Derecho antiguo), el Estado, las corporaciones públicas (ciudades) o religiosas (monasterios) y privadas (los gremios o consulados de comerciantes y artesanos). Si se parte de esa tradición, entonces la atribución de personalidad jurídica a los grupos es “natural”. Los individuos tenían sus derechos y obligaciones determinados por su status social y éste venía, en buena medida, determinado *por la pertenencia a una u otra corporación*, lo que

determinaba su capacidad jurídica. Según la teoría de la personalidad del Derecho romano, por ejemplo, cualquier individuo, incluso un esclavo era una <<persona>> porque “visto desde el punto de vista jurídico técnico, la <<personalidad>> no implicaba una capacidad jurídica para ser titular de derechos y obligaciones... los derechos que correspondían a cada individuo... dependían del grupo al que el individuo perteneciera”. Y sólo los paterfamilias eran auténticos sujetos de Derecho en el sentido de disponer de capacidad de obrar. La familia era el sujeto de derecho por excelencia en cuanto al Derecho Privado¹⁴.

3. Aislamiento patrimonial de la compañía y blindaje de los socios: personalidad jurídica y responsabilidad limitada. Hansmann & Kraakman

Sólo se puede producir en grupo y aprovechar las economías de escala en la producción para intercambiar en el mercado lo producido si el grupo actúa unificadamente en el tráfico. En cuanto la escala eficiente de producción es elevada porque hacen falta activos fijos de gran volumen y numerosa mano de obra, las relaciones del grupo con los terceros – el intercambio de lo producido – debe centralizarse, lo que implica que el grupo ha de actuar unificadamente, como si fuera un solo individuo.

Hansmann y Kraakman han realizado aportaciones importantes a la comprensión de la personalidad jurídica, de la responsabilidad limitada y al encaje de estos dos elementos en el Derecho de Sociedades¹⁵ y lo han hecho, precisamente, centrándose en *las relaciones entre los miembros de la persona jurídica con terceros*. No analizan, al menos con la misma intensidad, los efectos del reconocimiento de la personalidad jurídica *sobre las relaciones entre los socios respecto del patrimonio destinado al ejercicio de la empresa*. Como veremos a continuación, este planteamiento les lleva a subrayar la importancia de la responsabilidad limitada de los socios, cuestión que, a nuestro juicio, es secundaria en la configuración del Derecho de Sociedades.

El punto de partida de estos autores es que la corporación proporciona una separación patrimonial intensa entre los activos personales de los socios y los de la sociedad. Esta separación se logra a través del reconocimiento de la personalidad jurídica a la

¹⁴ Peterson, Klaes, *Juristische Person und Begrenzte Haftung der Aktionäre. Ein Beitrag zur Geschichte des Aktienrechts in Schweden*, *Quaderni Fiorentini*, 1982/83, pp 521 ss, p 524. No es de extrañar que la esclavitud en Roma fuera tan diferente de la americana. Temin, *Roman Market*, capítulo VI.

¹⁵ Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier, *Organizational law as asset partitioning* *European Economic Review* 44 (2000) 807–817, disponible en <https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/HansmannOrganizationalLawAssetPartitioning.pdf>; Armour, John and Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier, *The Essential Elements of Corporate Law*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1436551>; Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier, *What is Corporate Law?*. *THE ANATOMY OF CORPORATE LAW: A COMPARATIVE AND FUNCTIONAL APPROACH*, R. Kraakman, P. Davies, H. Hansmann, G. Hertig, K. Hopt, H. Kanda, and E. Rock, Oxford University Press, pp. 1-19, 2004 disponible en <http://ssrn.com/abstract=568623>; Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier and Squire, Richard, *The New Business Entities in Evolutionary Perspective* (February 2005), disponible en <http://ssrn.com/abstract=667929>; Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier and Squire, Richard, *Law and the Rise of the Firm* (January 2006), disponible en <http://ssrn.com/abstract=873507>. Las citas que siguen son de este último trabajo.

sociedad y de la atribución de responsabilidad limitada a los socios por las deudas sociales (a su aportación).

El reconocimiento de la *personalidad jurídica* aísla patrimonialmente la sociedad, en cuanto pone sus activos al abrigo de reclamaciones de (i) los propios accionistas; (ii) de los acreedores de los accionistas y (iii) de los acreedores de los gestores o administradores de la sociedad (*entity shielding*).

La *responsabilidad limitada* de los socios garantiza que los acreedores de la sociedad no puedan atacar el patrimonio de los accionistas (*owner shielding*). En los términos de otros autores, la responsabilidad limitada implica no sólo separación entre el patrimonio social y el patrimonio individual de los socios, sino también incomunicación entre ambos.

Dicho de otro modo, *la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada son "formas de compartimentación de los activos a través de la cual, se asignan derechos sobre los activos de la compañía y derechos sobre el patrimonio personal de los socios a diferentes grupos de acreedores"*. Los grupos de acreedores creados (acreedores de la persona jurídica/acreedores de los socios) pueden carecer de derechos o tener derechos indirectos sobre la otra masa patrimonial en función de que los socios disfruten de la responsabilidad limitada o no. En este sentido – y este es el punto crucial – el Derecho de las organizaciones *es parte de los Derechos Reales*. Al permitir modificaciones de las posiciones de los terceros, tiene efectos *erga omnes*¹⁶.

El "blindaje de la entidad" (*entity shielding*) a través del reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad "requiere de la intervención del legislador" a diferencia del reconocimiento de la responsabilidad limitada que puede obtenerse mediante contrato. Veremos más adelante que, efectivamente, los socios de las primeras sociedades anónimas y los socios de las sociedades de personas preindustriales limitaban la responsabilidad a través de instituciones distintas de la atribución de responsabilidad limitada a los socios.

Lo que interesa a efectos de estas páginas es que el análisis de los efectos del reconocimiento de personalidad jurídica a la sociedad y responsabilidad limitada a los socios que realizan Hansmann/Kraakman *se refieren a las relaciones de la sociedad con terceros*, sean éstos acreedores de la sociedad o acreedores de los socios. Y, a nuestro juicio, para entender el significado de la atribución de personalidad jurídica a las sociedades, el centro de atención debe ponerse, no tanto en los poderes de los socios para repartirse los activos sociales como en si pueden utilizar individualmente los activos sociales. *Si la constitución de un patrimonio colectivo tiene como finalidad maximizar los beneficios individuales en el uso de dicho patrimonio, la copropiedad es una institución eficiente. Si el patrimonio colectivo se usa para producir bienes y servicios para el mercado, "inventar" un individuo titular de dicho patrimonio – la personalidad jurídica – es imprescindible.*

¹⁶ Hansmann, Henry and Kraakman, Reinier, *Essential Role*: "The core function of this separate patrimony has been termed 'entity shielding,' to emphasize that it involves shielding the assets of the entity—the corporation—from the creditors of the entity's owners... Starting from the premise that the company is itself a person, in the eyes of the law, it is straightforward to deduce that it should be capable of entering into contracts and owning its own property (entity shielding); capable of delegating authority to agents (authority); and capable of suing and being sued in its own name (procedure)..." V., también, Troeger, Tobias H., *Asset Partitioning, Debt-Equity Agency Conflicts, and Choice of Organizational Form* (December 8, 2007). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1068063>.

El Derecho de Sociedades permitirá combinar la propiedad individual – el propietario del patrimonio colectivo es la persona jurídica – con la titularidad colectiva de los derechos sobre los rendimientos de ese patrimonio, y tal reconstitución es posible e imprescindible cuando el patrimonio colectivo se utiliza para producir bienes o servicios para el mercado.

Así, la diferencia entre la aproximación a la personificación jurídica de los economistas y de los juristas podría situarse en dónde se pone el acento: *el patrimonio separado o el sujeto titular del patrimonio*. Hansmann/Kraakman ponen el acento en la separación patrimonial (patrimonio social y patrimonio individual de los socios) y Flume pone el acento en el sujeto: un patrimonio (conjunto de bienes y derechos) deviene una unidad jurídica porque podemos referirlo a un sujeto, de modo que se define más exactamente como la “suma de todas las relaciones jurídicas de un grupo” (en el caso de los sujetos jurídicos – las personas jurídicas – de base personal). Lo que une todos esos bienes y derechos es que podemos referirlos a un individuo o a un grupo de individuos. Es el grupo el que participa en el tráfico jurídico a través del patrimonio separado¹⁷.

4. Los accionistas y el patrimonio social: ¿reducción del conflicto entre accionistas y acreedores o entre accionistas?

Es en otro trabajo, donde Hansmann/Kraakman/Squire¹⁸ ponen el acento en el *control de los socios respecto de los activos sociales* como diferencia fundamental entre las sociedades anónimas y las sociedades de personas y utilizan esa diferencia para *justificar por qué se otorga responsabilidad limitada a los socios de las anónimas e ilimitada a los socios de las segundas*. Y afirman que la diferencia esencial entre sociedades de estructura corporativa y sociedades de personas “es el tratamiento de los derechos de los acreedores”¹⁹.

En otras palabras, según estos autores, el régimen de gobierno de una sociedad anónima – centralización imperativa del control del patrimonio social poniéndolo en

¹⁷ Flume, *Allgemeiner Teil*, p 68-69: “solo porque la comunidad en mano común (el grupo) es comprador o vendedor, nacen para el grupo los derechos derivados del contrato de compraventa como parte del patrimonio común... se actúa para la sociedad, es decir, para la comunidad de personas como unidad de efectos”. Es el hecho de que las relaciones jurídicas son del grupo y no de los socios considerados individualmente el que provoca las modificaciones en el patrimonio común. La separación patrimonial es resultado de la actuación de un sujeto diferente – el grupo – a los individuos que forman el grupo. Es el grupo lo que une los bienes y derechos que forman el patrimonio común y no al revés.

¹⁸ Hansmann/Kraakman/Squire, *New Business Entities*.

¹⁹ En el trabajo citado en la nota anterior, puede leerse que “el modelo de (protección de los) derechos de los acreedores (... las reglas de división de activos)... que son típicas de la sociedad de estructura corporativa con la libertad para contratar entre sí que el Derecho de las sociedades de personas proporciona a los inversores y gestores. Si se considera que estos nuevos tipos societarios deben calificarse como sociedades de personas, entonces es que se considera que la libertad contractual es la diferencia esencial entre sociedades de personas y sociedades de estructura corporativa; si se considera que son un tipo de sociedad de estructura corporativa, es que se admite que la diferencia esencial entre ambas es el tratamiento de los derechos de los acreedores... lo que, a nuestro juicio, es más exacto”.

manos de los administradores privando a los socios de dicho control – se explica como un mecanismo para resolver el *conflicto entre accionistas y acreedores sociales*.

Como es sabido, el conflicto entre accionistas y acreedores aparece porque los accionistas tienen incentivos para actuar oportunamente en perjuicio de los acreedores de la sociedad²⁰. Pues bien, una forma de reducir este conflicto consiste, precisamente, en *privar a los accionistas del control de los activos sociales encargando la gestión al órgano de administración*, un órgano de administración al que se le atribuyen competencias exclusivas y necesarias ya que se prohíbe a los accionistas alterar el reparto de competencias o disponer de los activos sociales a su conveniencia. En esta concepción, si los socios quieren decidir (usar o disponer) sobre los activos sociales, han de asumir responsabilidad ilimitada por las deudas sociales²¹. Por tanto, *los socios, a través de la elección del tipo social* (sociedad de personas o sociedad de estructura corporativa) *podían elegir entre control y responsabilidad limitada, pero no podían tener ambos*.

La protección de los acreedores de las compañías se funda así en la correspondencia entre quien controlaba los activos sociales (que podía, por tanto, distraer en perjuicio de los acreedores) y quien respondía. Prueba de ello sería el caso de la sociedad comanditaria, una sociedad de personas en la que se prohíbe a los socios que tienen su

²⁰ La expropiación puede producirse, al menos, en cuatro formas. La primera es la de reducir el patrimonio social desviando activos en su favor conforme se aproxime una situación en la que la insolvencia de la sociedad sea previsible. La segunda consiste en incrementar el endeudamiento de la sociedad, lo que provoca automáticamente una disminución del valor de las deudas de la sociedad (en la medida en que haya aumentado el endeudamiento del deudor, el riesgo de impago aumenta y, por tanto, el valor de los créditos disminuye). La tercera consiste en la infrainversión. Una sociedad muy endeudada no tiene incentivos para invertir en nuevos proyectos rentables si los accionistas prevén que los beneficios de tales proyectos irán a pagar la deuda de la sociedad y no a repartirse como dividendos. La cuarta consiste en el aumento del nivel de riesgo de los proyectos emprendidos por la sociedad. En la medida en que los beneficios de una inversión irán destinados a pagar a los acreedores, los accionistas tienen incentivos para elegir proyectos muy arriesgados que, si salen bien, producirán muchos beneficios (y, por tanto, les permitirán recibir una parte de ellos), pero que si salen mal serán a costa de los acreedores, que no cobrarán sus créditos, porque los accionistas ya han perdido toda su inversión. Esto ocurre, por ejemplo, cuando los activos y pasivos de la sociedad deudora están correlacionados, esto es, sus activos pierden valor precisamente cuando los pasivos se ejecutan por sus acreedores. Engert, Andreas, *Die ökonomische Begründung der Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensfinanzierung*, ZGR 2004, 813 p 818 ss; Engert, Andreas, *Life Without Legal Capital: Lessons from American Law* (January 2006), disponible en <http://ssrn.com/abstract=882842>. Los activos y pasivos de una compañía pueden estar correlacionados de dos formas. La primera es aquella en la que una deuda de la compañía deviene exigible cuando la compañía cae en insolvencia. Por ejemplo – dice Squire – cuando la sociedad matriz de un grupo cuyo principal activo es una filial otorga una garantía respecto de un préstamo concedido a la filial. Si la filial no puede devolver el préstamo, la matriz tampoco podrá hacer frente a su obligación de garantía, porque su principal activo, las acciones de la filial, no valen lo suficiente, de manera que la insolvencia de la filial arrastrará la insolvencia de la matriz. La garantía, pues, la “otorgan” en realidad, no los accionistas de la matriz, sino sus acreedores ordinarios. Otra forma de crear correlación se produce cuando una compañía emite deuda y destina el dinero recibido a comprar activos que perderán su valor en las mismas circunstancias en las que los prestamistas podrían exigir la devolución de lo prestado. Squire sugiere que eso es lo que pasó con AIG. V., Squire, Richard C., *Shareholder Opportunism in a World of Risky Debt* (April 25, 2009). *Harvard Law Review*, Vol. 123, 2010. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1394995>.

²¹ En el modelo más depurado de sociedad anónima, la *Aktiengesellschaft* alemana, los socios no pueden ni siquiera dar instrucciones a los administradores que gestionan el patrimonio social como consideren mejor. Esta posición independiente de los administradores es típica también del Derecho norteamericano.

responsabilidad por las deudas sociales limitada a su aportación inmiscuirse en la gestión. Los socios comanditarios, en la medida en que no gestionan, podían ser responsables limitadamente puesto que no tenían la posibilidad de explotar a los acreedores²². Como los accionistas no podían controlar la gestión, tampoco podían controlar los activos ni apoderarse de ellos en perjuicio de los acreedores. Se reducía así el conflicto entre accionistas y acreedores porque sus intereses se alinean: ninguno quiere que los administradores se apropien de los activos. Esta correspondencia entre control de los activos y responsabilidad se completa con la doctrina del capital: los accionistas no pueden retirar los activos de la sociedad sin haber pagado previamente los créditos de ésta (“regla de la prioridad absoluta de los acreedores” y función del capital social de prevención de la insolvencia²³).

A nuestro juicio, *no se precisa centralizar los poderes sobre los activos sociales en los administradores para lograr tal objetivo*. Si la centralización del poder de disposición sobre los activos sociales es la contrapartida de la responsabilidad limitada y una forma de resolver el conflicto entre accionistas y acreedores, *sería suficiente con prohibir a los socios disponer de los activos sociales o retirar beneficios antes de haber pagado a los acreedores*. Es decir, los socios podrían usar los activos sociales individualmente siempre que mantuvieran el valor a disposición de los acreedores. Y, por esta razón, no se explica por qué una diferencia fundamental entre la copropiedad y la personalidad jurídica consiste, precisamente, en que los copropietarios tienen derecho a utilizar los bienes comunes (art. 394 CC).

La centralización de la gestión del patrimonio social o separación entre propiedad y control se explica mejor como una división de funciones que sirve a la maximización del valor del patrimonio social cuando esta maximización se obtiene, *no a través del uso de los activos por sus propietarios, sino a través de su incorporación a un proceso productivo cuyo producto se intercambiará en el mercado*²⁴. La centralización se corresponde con la unificación patrimonial – propiedad individual – que genera la erección de una persona jurídica.

La cuestión de quién responde de las deudas sociales es secundaria y se corresponde con las personas jurídicas corporativas porque en éstas, la organización se independiza

²² Por tanto, - se refieren al Derecho norteamericano - el Derecho de sociedades anónimas es un derecho rígido porque “las primeras leyes de sociedades anónimas en los EE.UU. se dictaron pensando en grandes empresas con muchos accionistas todos ellos con participaciones semejantes en el capital social y con una muy amplia atribución de competencias al Consejo de Administración respecto al funcionamiento de la empresa. *Estaban prohibidas las estructuras de control que reforzaran los poderes de los accionistas*, semejantes a las que existen en las sociedades de personas y que hubieran permitido a los accionistas controlar directamente la gestión de la empresa” Obviamente, “estas rígidas estructuras no se adaptan a las empresas pequeñas y a las sociedades cerradas” donde el control y las ganancias se distribuyen mediante acuerdos entre los socios, “En consecuencia, las empresas pequeñas continuaron organizándose como sociedades de personas – partnerships –”.

²³ Por todos, Baird, Douglas G. and Bernstein, Donald S., Absolute Priority, Valuation Uncertainty, and the Reorganization Bargain (September 1, 2005). *Yale Law Journal*, Vol. 115, p. 1930, 2006; Disponible en <http://ssrn.com/abstract=813085>. Un resumen de la discusión sobre el capital social puede verse en Alfaro, Jesús, La doctrina del capital social: recuerdos de una discusión lamentablemente cerrada, disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/01/la-doctrina-del-capital-social.html>.

²⁴ Este punto lo hemos desarrollado en Alfaro, Jesús, El interés social: una historia natural de la empresa, de próxima publicación en *Revista de Economía Industrial*, 2016.

absolutamente de sus miembros, de lo que se sigue, naturalmente, la incomunicación patrimonial. Por eso hemos dicho que la cuestión de la responsabilidad de los accionistas por las deudas de la sociedad anónima nunca se planteó históricamente. Muy al contrario, lo que habría que argumentar es, precisamente, por qué la responsabilidad de la corporación debía extenderse a sus miembros²⁵.

A nuestro juicio, *lo que explica la centralización de las decisiones es su eficiencia para permitir a los socios reducir los costes de vigilancia de sus consocios*²⁶. No se trata de compensar a los acreedores a cambio del privilegio de la responsabilidad limitada a favor de los accionistas: *la centralización del control sobre los activos sociales sirve a la reducción de los costes de agencia entre los socios y no a la protección de los acreedores sociales*.

La referencia de Hansmann/Kraakman/Squire a la aparición de otros mecanismos de protección de los acreedores a lo largo del siglo XX es importante pero en un sentido diferente al que describen. Lo que se deduce de esta evolución es, precisamente, que *la tutela de los acreedores de las compañías se ha "externalizado" respecto del Derecho de Sociedades* en el caso de las sociedades de capital.

Las normas del Derecho de sociedades se han especializado y se ocupan de las relaciones contractuales entre los socios mientras que la protección de los terceros que se relacionan con sociedades se remite a otros conjuntos normativos y sólo secundariamente al Derecho de Sociedades²⁷. Cuando se desarrollan estos otros mecanismos jurídicos y extrajurídicos que reducen el conflicto entre accionistas y acreedores, la rigidez tradicional del régimen de la sociedad anónima deviene innecesaria. Mecanismos tales como la contabilidad y la auditoría, la obligación de pagar impuestos de sociedades, el desarrollo del Derecho Concursal etc., "permitieron

²⁵ Flume, *Allgemeiner Teil*, p 98; Dice Petit que "Por cuanto sabemos del Derecho común de sociedades es arriesgado afirmar la ilimitación de la responsabilidad del socio como norma... En efecto: respecto a las fórmulas societarias más específicamente mercantiles fue definiéndose *more italico* una doctrina favorable a limitar la responsabilidad de sus miembros *prosumma solum modo quam quisque de capitali habet in societate*- sobre la base de una separación patrimonial entre aquellos y la compañía, *quia quod est societatis non est singulorum*. Pero es que ni siquiera la ecuación sociedad anónima-responsabilidad limitada del accionista fue evidente en el siglo XIX: la regla... se discutió acaloradamente en el Derecho posterior a la Revolución por toda Europa". Ya debía imponer cautelas la definición legal de las nuevas anónimas, con toda su inexpressividad en esta materia de reglas de responsabilidad... La ocasional mención de responsabilidad limitada entre los privilegios de las reales compañías, hamos de advertir sobre el peligro de dar por supuesto un pretendido principio de falta, según ha podido comprobarse en unas sociedades anónimas... nos indica que tal cuestión distaba mucho de serlo *magna* para el sistema jurídico del *ius commune* claudicante en que se desarrolló, o al menos practicó, la sociedad privilegiada. Con responsabilidad limitada o más comunmente sin ella, la cuestión de la naturaleza jurídica radicaba entonces en la índole corporativa de la institución: el privilegio de la real compañía consistía en la misma creación de la entidad, que surgía en su virtud al entramado de corporaciones prerrevolucionario... Evidente no es tal o cual regla en materia de responsabilidad, a la postre y desde esta perspectiva, secundario". Lo importante es el encaje de las corporaciones comerciales en el mundo corporativo del Antiguo Régimen. Petit, Carlos, "Ignorancia y otras historias, o sea, responsabilidades limitadas", Anuario de Historia del Derecho, 1990, pp 497 ss.

²⁶ Algo así se deduce de este otro trabajo Hansmann, Henry, Pargendler, Mariana, The Evolution of Shareholder Voting Rights: Separation of Ownership and Consumption (February 15, 2013). ECGI - Law Working Paper No. 219. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2219865>.

²⁷ En el caso de los EE.UU., esta evolución se aceleró como consecuencia de la división de competencias legislativas entre los Estados y la Unión. Los Estados eran competentes para legislar sobre los "asuntos internos" de las sociedades anónimas.

a los acreedores evaluar, vigilar y controlar con mayor precisión la solvencia de las empresas en las que invertían” y “descargar” a la responsabilidad ilimitada de la función de reducir el conflicto entre accionistas y acreedores²⁸. Es más, instituciones como el *fraude de acreedores* y, en el caso de las *partnerships*, la “jingle rule” (carácter subsidiario de la responsabilidad de los socios) fueron utilizadas desde el siglo XVI para proteger los derechos de los acreedores frente a transferencias de bienes de unos patrimonios a otros sin referencia alguna a la responsabilidad limitada²⁹. La decadencia de la doctrina del capital social es la máxima expresión de dicha evolución. En las sociedades de personas, sin embargo, la responsabilidad ilimitada de los socios mantiene la protección de los acreedores dentro del Derecho de Sociedades.

El legislador decimonónico *tiene que decir que los socios colectivos o de una sociedad civil responden con todo su patrimonio de las deudas sociales porque les ha atribuido personalidad jurídica y, en la experiencia histórica - la de la sociedad anónima - personalidad jurídica de la sociedad y responsabilidad de los socios por las deudas sociales resulta chocante.*

Como hemos dicho, nunca se planteó que los accionistas de una sociedad anónima pudieran responder de las deudas sociales³⁰. Lo que se discutió *era si*

²⁸ En efecto, aparecen mecanismos legales - imperativos - y mecanismos contractuales. Estos incluirían, al menos, los siguientes: la contabilidad, el reforzamiento de la auditoría y de las obligaciones tributarias, la obligación de publicar las cuentas, el reforzamiento de la responsabilidad concursal y preconcursal de socios y administradores (obligatoriedad de la presentación de la solicitud de concurso); la obligatoriedad de adopción de medidas preventivas de la insolvencia (reducción de capital, disolución...); la aparición de instrumentos privados que dispersan y organizan la información sobre la solvencia de las empresas (registros de solvencia); la mejora de los mecanismos para obligar al cumplimiento de los contratos y el agravamiento de las consecuencias para el deudor moroso; la generalización de la doctrina del levantamiento del velo; la protección penal del crédito empresarial incluyendo delitos específicamente societarios frente al genérico de alzamiento de bienes; el agravamiento de la responsabilidad extracontractual de socios y administradores cuando se desarrollan actividades peligrosas; la obligación de aseguramiento; la responsabilidad personal de los socios que realizan actividades profesionales; la generalización de las garantías previas para poder desarrollar actividades que puedan generar daños a terceros; el desarrollo de las garantías financieras a través de la cesión de créditos futuros o la responsabilidad penal - junto a la civil - de las personas jurídicas.

²⁹ “The jingle rule for payment of partner’s debts may be reiterated as follows: business creditors who contract with the partnership firm must first resort to the jointly held partnership property, and private creditors who contract with the partners as individuals must first resort to the separate property, and neither group may pursue a claim against assets in the other category until all first claimants on that estate have been paid in full... the court through its default rules is thus entrenching a form of quasi-limited liability that works to protect individual creditors from partnership debts and creditors of the firm from individual debts”. Getzler, Joshua and Macnair, Michael, *The Firm as an Entity Before the Companies Acts*. ADVENTURES OF THE LAW: PROCEEDINGS OF THE SIXTEENTH BRITISH LEGAL HISTORY CONFERENCE, DUBLIN, 2003, P. Brand, K. Costello and W.N. Osborough, eds., pp. 267-288, Four Courts Press, Dublin, 2005; Oxford Legal Studies Research Paper No. 47/2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=941231>.

³⁰ Veremos más adelante que la Compañía holandesa de las Indias Orientales, precursora inmediata de la sociedad anónima era, más bien, una sociedad comanditaria por acciones. Y la sociedad comanditaria, dice el Código de Comercio español de 1829 en su art. 265.2º, era una sociedad que se constituía “Prestando una ó varias personas los fondos para estar á las resultas de las operaciones sociales, bajo la dirección esclusiva de otros socios que los manejen en su nombre particular: esta se titula compañía en comandita”. Respecto de la anónima, en aquellos momentos, se concebía como “un fondo... cuyo manejo se encargue á mandatarios ó administradores amovibles á voluntad de los Socios” El texto del Código está disponible en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/codigoDeComercio1829.pdf>. Como dice Petit “el silencio de las

*respondían los gestores, que eran también accionistas. Porque la consideración de la corporación como un sujeto de Derecho hacía obvia la respuesta: las deudas eran de ese sujeto de Derecho, no de los participantes o accionistas*³¹. Como dice Petit, “la falta de vínculos jurídicos entre el accionista y los acreedores sociales supone que el primero nunca responde –limitada ni ilimitadamente– ante los segundos: tan sólo lo hace la sociedad, con sus capitales y ganancias. Esta regla, sólo implícita en el *Code de commerce*, se enunció de modo terminante en el español: “la masa social compuesta del fondo capital y de los beneficios acumulados á él, es solamente responsable en las compañías anónimas de las obligaciones contraídas en su manejo y administración por persona legítima, y bajo la forma prescrita en sus reglamentos” (art. 279). (Y por esa razón la quiebra de la sociedad no afectaba a los acreedores particulares del socio: cf. art. 297)”³². Por su parte, y como ya hemos dicho, los socios de una sociedad de personas accedían a la limitación de su responsabilidad mediante otras técnicas (doctrina *ultra vires*, derecho de abandono, configuración de la posición del socio como un prestamista o como socio comanditario – cuentas en participación –...)³³.

reales cédulas, privilegios y cartas-patentes de erección sobre la responsabilidad del socio por las deudas sociales (discreción tanto más llamativa cuanto que las leyes de fundación abordaban la situación de los gestores, comúnmente tenidos por irresponsables) nos impide concluir que los tenedores de acciones, una vez desembolsado el capital de las mismas, quedaban exentos de pagos adicionales si la compañía entraba en pérdidas; aparte las derramas que pudieran acordarse (en ocasiones por imposición judicial: así en el proceso Dr. Salomon vs. The Hamborough Company [1671] y Harvey vs. East India Company [1700]), la enemiga a la llamada limitación de responsabilidad se mantuvo muy viva hasta la segunda mitad del siglo XIX. La codificación napoleónica escapó del atoladero sobre la base de la sociedad en comandita (“tout associé anonyme est commanditaire”, confesó sin tapujos Troplong, p. 432), forma jurídica del desarrollo capitalista del país vecino en su modalidad de comanditaria por acciones (oportunamente dispensada de la autorización gubernativa) – pero también un utilísimo cauce, desde finales del siglo XVIII, para limitar la responsabilidad de los interesados, aun aquéllos de profesión mercantil. Con el Code de commerce un tipo nuevo, la société anonyme, combinó responsabilidad ceñida al patrimonio social, capital fraccionado en acciones, anonimato del socio y toma de decisiones mediante la participación reglada del accionista en los órganos sociales y en el examen de las cuentas. La herencia revolucionaria se hizo presente en la autorización para constituir anónimas (arts. 37 y 45, Code; art. 293 CCo), claro intento de compensar con filtros políticos y publicidad una grave derogación de las normas mercantiles³⁰, mas conviene recordar que la adprobatio de la compañía por el monarca absoluto había sido un requisito fundacional de los viejos collegia continentales y de las corporations inglesas”. Petit, AHD 1990, pp 497 ss.

³¹ “El núcleo del concepto de corporación incluía que una deuda de la corporación no era una deuda individual de sus miembros y que la expresión de la voluntad de la corporación no requería el consentimiento individual de cada uno de sus miembros sino que bastaba el acuerdo mayoritario” De Moor, *Silent Revolution*, p 209.

³² Petit, (AHD, 1990, pp 497 ss) explica que el uso de la expresión “responsabilidad limitada” para referirse a la “no responsabilidad” de los accionistas por las deudas sociales deriva, probablemente, de la comanditaria y la distinción entre suma de aportación y suma de responsabilidad, al reconocerse a los acreedores de la compañía una acción directa contra el comanditario que no había desembolsado o había retirado la totalidad de la suma prometida.

³³ El Derecho marítimo proporcionaba la institución del “abandono” (art. 789 ss C de c) y el préstamo a la gruesa y la estructura de la sociedad comanditaria permitían limitar la responsabilidad de los socios pasivos. En el caso de la primera sociedad anónima, la VOC, la responsabilidad de los accionistas por las deudas sociales no se discutió nunca – no existía – y , respecto de la responsabilidad de lo que serían los “socios colectivos” o bewindhebber, cuando la deuda de la Compañía alcanzó volúmenes inusitados, los administradores modificaron unilateralmente los títulos de deuda declarando su irresponsabilidad, modificación que fue considerada lícita por los tribunales holandeses V., Dari-Mattiacci/Gelderblom/Jonker/Joost/Perotti, *Emergence*, p 16. Sobre la generalización de la responsabilidad limitada, que se produciría sólo en la segunda mitad del siglo XIX y, en algunos casos extremos, en el siglo XX. V., también, Berman, *Law and Revolution*, p 351-352:

5. *El ejercicio colectivo del comercio: propiedad colectiva y personalidad jurídica*

Se acepta de forma generalizada que, hasta la Revolución Industrial, el crecimiento económico se funda en el comercio³⁴. La Revolución Comercial se inicia en el siglo XIII y se refleja en el desarrollo de rutas comerciales a lo largo y ancho de Europa, desde los países mediterráneos hasta el Nordeste de Europa e Inglaterra a través de los Países Bajos que actuaban como nexo que relacionaba a los comerciantes españoles, italianos e ingleses, por un lado, y a los pertenecientes a la Liga Hanseática, por otros. Estas rutas unificaron económicamente, por primera vez, todo el continente europeo³⁵. Con el paso del tiempo, las rutas comerciales intraeuropeas se desplazaron de la tierra al mar³⁶, de modo que los puertos se convirtieron en centros comerciales. Era prácticamente inevitable que las innovaciones institucionales se produjeran en relación con el

“The commenda and the *societas maris* had the great advantage that the liability of partners was limited to the amount of their initial investment”.

³⁴ “Through most of history, indeed, capitalists have worked chiefly as merchants, entrepreneurs, and financiers, rather than as the direct organizers of production. The system of capitalism itself arrived late in the history of capital. It grew up in Europe after 1500, as capitalists seized control of production. It reached its apex - or, depending on your perspective, its nadir - after 1750, when capital-concentrated manufacturing became the basis of prosperity in many countries. For millennia before then, capitalists had flourished without much intervening in production”. Tilly, Charles, *Coercion, Capital and European States: AD 990 – 1992*, 1992, p 17; “The highest achievement of these early economies was the spread of commerce within each country and the spread of foreign trade with other countries. The commerce of 14th-century Hamburg and 15th-century Venice—two prominent city-states—stretched along Hanseatic trade routes, the Silk Road, and ocean lanes to increasingly far-flung cities and ports. With the establishment of the New World colonies in the 16th century, commerce spread within nation-states and foreign trade increased. *By the 18th century, most notably in Britain and Scotland, most people were producing goods for the “market” rather than for their families or towns.* More and more countries exported and imported at significant levels in distant markets. Business still involved producing, but it was also about distribution and trade”... As pioneering entrepreneurs multiplied, ultimately overshadowing merchants, and as more and more people were tinkering with methods and products or dreaming up new ones, the experience of work changed radically for increasing numbers of participants. From retail trade to textiles to Tin Pan Alley, masses of people in society were active in conceiving, creating, evaluating, and trying out the new and learning from the experience” cuando estalla la Revolución Industrial, Phelps, Edmund, *Mass Flourishing: How Grassroots Innovation Created Jobs, Challenge, and Change*, 2013, pp 6-11. El único sector en el que se logran ganancias de productividad propias de una economía industrial es el militar. V., Hoffman, Philip T., *Why Did Europe Conquer the World?*, Princeton, 2015.

³⁵ Leonard P. Liggio *The Hanseatic League and Freedom of Trade* *Journal of Private Enterprise*, Volume XXIII, Number 1, Fall 2007; V., también, Stabel, Peter, *Bruges and the German Hanse: Brokering European Commerce*, pp 40-41, disponible en <http://es.scribd.com/doc/24347207/Bruges-and-the-German-Hanse>.

³⁶ Las especias - pimienta sobre todo - llegaban a Europa a través del comercio de caravanas con Asia por vía terrestre. La situación cambia cuando Vasco de Gama bordea África y llega a la India. La ruta se hace preferible por dos razones. Porque el transporte es mucho más eficiente por mar que por tierra y porque se elimina la dependencia de los mercaderes egipcios y medio-orientales que controlaban la ruta terrestre. Los reinos marítimos serán los que ahora predominen. Nunca se subyugará suficientemente la importancia del dominio de los mares en el predominio europeo que llega hasta el siglo XX.

comercio (letra de cambio) y, especialmente, con el comercio marítimo (seguro, corporación)³⁷.

La corporación – la sociedad anónima – fue una innovación especialmente adaptada a las necesidades del nuevo comercio marítimo trasatlántico: el que apareció como consecuencia de los descubrimientos y exploraciones llevadas a cabo por portugueses y españoles en los siglos XV-XVI³⁸. La sociedad anónima debe explicarse como una aplicación exitosa de la estructura patrimonial de las asociaciones de comerciantes al desarrollo colectivo de empresas comerciales³⁹.

Hasta la aparición de la sociedad anónima, las asociaciones de comerciantes (consulado, gremio), reconocidas como “personas” coordinan *el ejercicio individual del comercio* por sus miembros atribuyéndose a la corporación las facultades y competencias que han de ser colectivizadas para ser eficaces (obtención de privilegios reales, reparto del mercado entre los miembros, exclusión del mercado de los no-miembros; normalización de instrumentos empleados en el comercio; construcción y sostenimiento de infraestructuras auxiliares – almacenes, ferias –; resolución de disputas y generación y codificación de reglas jurídicas aplicables a las relaciones entre los miembros y, singularmente, fijación de precios para los productos que los miembros vendían individualmente en el mercado de acuerdo con su calidad pero también, favorecer la salvación del alma de sus asociados⁴⁰) y los comerciantes se transforman en “miembros” de la corporación en cuyo gobierno participan según las reglas que habían venido rigiendo para el gobierno de las corporaciones no comerciales hasta entonces. Su duración indefinida en el tiempo era un rasgo esencial y vinculado a la “causa” del contrato que era una actividad indefinida (el ejercicio de la actividad artesanal o comercial por sus miembros). Su carácter autónomo (dictarse sus propias reglas de funcionamiento) también las caracteriza y se traspasará a las corporaciones modernas.

³⁷ La escasez de moneda hizo de la Economía comercial europea una economía de crédito. V., Kadens, Emily, Pre-Modern Credit Networks and the Limits of Reputation (August 20, 2015). Iowa Law Review, Vol. 100, 2015; Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2648670>; Drelichman, Mauricio, Voth, Hans-Joachim, Lending to the Borrower from Hell: Debt, Taxes, and Default in the Age of Philip II, 2014, que explican la densa red de participantes en los préstamos al Rey Católico

³⁸ Adam Smith dijo que el descubrimiento de América y la apertura de la ruta a Oriente bordeando África constituían los dos acontecimientos más importantes de la Historia de la Humanidad, *La Riqueza de las Naciones* IV.vii.c.80 <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/11/adam-smith-y-ada-colau.html>.

³⁹ Como expondremos más adelante en detalle, si la *commenda* y el condominio naval habían constituido la infraestructura jurídica de la cooperación entre comerciantes en los siglos precedentes en el ejercicio del comercio marítimo en el Mediterráneo, la corporación comercial – la sociedad anónima – será la infraestructura jurídica de la cooperación en el ejercicio del comercio marítimo transoceánico, Williamson, Dean V., The Financial Structure of Commercial Revolution: Financing Long-distance Trade in Venice 1190-1220 and Venetian Crete 1278-1400 August 2010, disponible en <http://papers.isnie.org/paper/581.html> La institución alternativa al condominio para financiar las empresas comerciales marítimas fue el seguro, Kingston, Christopher, Governance and institutional change in marine insurance, 1350-1850 European Review of Economic History (2014) 18 (1): 1-18 disponible en <http://ereh.oxfordjournals.org/content/18/1/1.full>; sobre el origen de los gremios de mercaderes v., De Moor, *Silent Revolution* p 207 v., también, Sheilagh Ogilvie, The Economics of Guilds, *Journal of Economic Perspectives* – 28(2014), nº 4, pp 169-192.

⁴⁰ La importancia del consulado o gremio en la prestación de servicios religiosos a sus miembros no puede minusvalorarse. Piénsese en las enormes sumas que recibió la Iglesia en forma de donaciones mortis causa por parte de comerciantes o la intensa actividad asesora de los gremios por parte de teólogos juristas acerca de la legitimidad de la actividad de los comerciantes a lo largo de la Edad Moderna.

Los gremios o consulados son, en terminología moderna, *sociedades de estructura corporativa con causa consorcial o cooperativa*. Es decir, los comerciantes *no ejercían colectivamente el comercio a través del gremio*. El gremio o consulado era una institución auxiliar que permitía a los comerciantes colectivizar aquellos aspectos de su actividad individual respecto de los que existían economías de escala o de producción conjunta.

En el desarrollo individual del comercio, cuando un comerciante quería asociar a alguien en su actividad comercial recurría a otras instituciones. En el comercio marítimo a la *commenda* (para la financiación del capital circulante, esto es, para pagar las mercancías que se trasladarían para venderse en otro puerto o las que se adquirirían en otro puerto) y el condominio naval (para la financiación del capital fijo, esto es, para construir y armar los barcos)⁴¹. En el comercio terrestre, a la *compagnia*. La diferencia entre la *commenda* y el condominio naval, por un lado, y la *compagnia* y la comunidad en mano común, por otro, reflejan las diferencias institucionales entre el comercio marítimo y el comercio terrestre. Como se ha subrayado hasta la saciedad, en el marítimo, la cooperación entre comerciantes se articula *en torno al viaje*. La *societas maris* y la *commenda* son sociedades para un solo viaje. Hay que diseñar un arreglo institucional para articular la propiedad sobre los activos fijos – el buque – cuando éste es necesario para desarrollar la empresa de comercio marítimo que esté adaptado a las peculiaridades del viaje, a su duración y a la durabilidad del buque. Por el contrario, la *compagnia* como forma de ejercicio colectivo del comercio terrestre se origina en la familia. Los bienes adscritos a la actividad comercial se poseen en mano común, o sea, hay unificación patrimonial y, en términos modernos, personalidad jurídica simple. La *compagnia* tiene una larga duración y los socios responden ilimitadamente de las deudas sociales⁴².

Lo interesante es que *la sociedad anónima nace en el comercio marítimo* y ese origen tiene no pocas consecuencias sobre el Derecho de Sociedades como Derecho de las organizaciones. Porque cuando el condominio naval y la *commenda* son insuficientes para el nuevo comercio marítimo, el recurso a la corporación cambia el curso de la Historia. Cuando llegue la Revolución Industrial, la corporación mostrará sus ventajas inapelables frente a las sociedades de personas incluida la *compagnia*⁴³.

⁴¹ Subraya las similitudes y probable origen semejante de los gremios de artesanos y comerciantes y de los rurales (montes comunales) De Moor, *Silent Revolution*, p 195. , p 199 en los *commons* “Commoners could have participated (individualmente) in the free market regardless of their activities on the common”.

⁴² Con más indicaciones v., Kohn, *Business Organizations*, p 32 ss que subraya el uso de agentes en las distintas plazas, agentes que eran, a menudo, parientes de los que se quedaban en la sede principal: “The advantage of using the structure of a company in these cases was that the responsibility of the company for the actions and the debts of each partner was explicit. This made it easier for agents located away from home to obtain credit. The disadvantage of the structure was the obverse of its advantage: any partner, because he could commit all could ruin all. This danger increased with distance as mutual monitoring became more difficult.. By the fourteenth century, it was increasingly common to find non-kin among the partners of a company and even companies formed by non-relatives”. V., también, Boerner, Lars, Ritsch, Albrecht, *The Economic History of Sovereignty: Communal Responsibility, the Extended Family, and the Firm*, 2008, p 8 ss disponible en <http://www.lse.ac.uk/economicHistory/pdf/wp110.pdf>.

⁴³ Por tanto, no puede aceptarse el lugar común entre los mercantilistas según el cual la sociedad anónima “parte sin solución de continuidad de la compañía de comercio” v., Hierro, Santiago, *La doctrina de Derecho Mercantil y el Origen de la Sociedad Anónima*, *Revista de derecho mercantil*, N° 229, 1998, págs. 1159-1210.

Pues bien, la gran transformación que supone la constitución de las primeras sociedades anónimas consiste en que una corporación semejante formalmente a las antiguas corporaciones de mercaderes amplía sus actividades *y ejercita el comercio – explota el monopolio sobre una ruta – por sí misma, de modo que deja de ser una estructura consorcial o mutualista para convertirse en comerciante*⁴⁴.

Los mercaderes individuales se convierten en meros miembros de la corporación de manera que su condición personal de comerciantes deviene irrelevante lo que, a su vez, permite que *cualquiera pueda convertirse en miembro*. Los comerciantes individuales que no participan en la gestión se convierten en meros financiadores lo que conduce, finalmente, a que cualquiera dispuesto a financiar pueda convertirse en miembro, lo que permitirá – como hizo la *commenda* – atraer los capitales ociosos de, entre otros, los propietarios de tierras que, hasta entonces, eran, simplemente, clientes de los comerciantes.

Como decimos, esta evolución fue posible en el comercio marítimo porque, a diferencia del comercio terrestre, el “viaje” era central. Se constituían las sociedades (la *commenda*) y se financiaba la construcción del barco (el condominio naval) para un solo viaje. Por el contrario, las compañías de mercaderes que desarrollaban el comercio terrestre eran aventuras empresariales de más largo plazo. Pasar de la *commenda* y el condominio naval a la corporación (en su forma primitiva de sociedad comanditaria por acciones) fue un paso sencillo y natural cuando la empresa era de mucha mayor envergadura. No

⁴⁴ En cuanto a la gestión de los activos y formación de una voluntad común, el antecedente de la sociedad anónima serán la *regulated Company* y la *joint-stock Company*. En el siglo XVI se constituyen asociaciones de comerciantes para realizar viajes en común. Respecto de la “regulated company” nos dice Kohn Kohn, Meir, “Merchant Associations in pre-industrial Europe”, 2003, <http://www.dartmouth.edu/~mkohn/Papers/16.%20Associations.pdf> que no era realmente “a ‘company’ in the sense (of) a legal structure to formalize relationships of financing and agency. Rather, it was a merchant association very much like a guild”. Esta observación es importante porque tal será la calificación que merezca la corporación – sociedad anónima y permite explicar con naturalidad la configuración final de ésta. La primera compañía regulada, “the Company of the Staple” fue fundada en 1363 y se trataba de una asociación de comerciantes que obtuvo un monopolio de exportación de lana. Nos recuerda Kohn que en ésta y otras posteriores “each member of such a company, while subject to the company’s rules, traded independently” y que, cuando grupos de asociados o miembros de la corporación adquirían productos en común, esto es, “in joint-stock” – stock meaning inventory” lo hacían “presumably to avoid competing with one another and so driving up prices. The goods ... they then divided up for each to trade on his own account”. Semejante, Harris, Eurasian Trade, p 40. Más avanzada desde el punto de vista organizativo (y difícilmente distinguible de las primeras sociedades anónimas aunque quizá su estructura fuera la de utilizar un mandatario común por parte de todos los comerciantes sin que, necesariamente se formara un patrimonio común a todos ellos) fue la “Russia or Muscovy Company”. Tras organizar una expedición financiada por comerciantes para tratar de encontrar un paso por el nordeste hacia las Indias, obtuvo el monopolio sobre el comercio con Rusia. Lo novedoso (Kohn) es que “an agent or agents represented all the shareholders of the company in distant markets and traded there on their joint account... (the) regulated companies possessed a well developed system of governance. Their members elected officers—governors and consuls—who were responsible for managing its affairs. These officers were audited and monitored by an elected board or ‘court of assistants’ and ultimately by a general assembly of all the members. The principal responsibilities of this governance structure were to set and to enforce rules, mostly relating to the company’s monopoly privileges, and to negotiate on behalf of the company with the authorities at home and abroad. The joint stock company took over the structure of governance of the regulated company. However, because the joint stock company traded on behalf of its members, something the regulated company did not do, the responsibilities of its officers were greatly enlarged. The governor became in effect a CEO; the court of assistants, a board of directors; and the general assembly, a shareholders’ meeting. Primitive accounting methods made it difficult to monitor the affairs of the company”.

cambiaba el viaje. Cambiaban las características y las necesidades económicas de esos viajes como consecuencia de la aparición del comercio con Asia.

Con el paso del tiempo, también fue natural que se convirtieran en organizaciones permanentes⁴⁵. De nuevo, forzadas por las características de los viajes trasatlánticos según tendremos ocasión de comprobar. Así, la *Vereenigde Oostindische Compagnie* o VOC, *Compañía Unida de las Indias Orientales*, primero, y la *East India Company* inglesa (EIC), después, se convirtieron, no solo en comerciantes, sino en *organizaciones permanentes* en las que el derecho a retirar la inversión tras cada viaje se sustituyó por la posibilidad de vender las acciones en un mercado de capitales. Recuérdese lo que se ha dicho de los gremios como organizaciones con vida eterna.

Las ganancias de eficiencia de la corporación frente a la combinación de la *commenda* y el condominio naval son enormes y se corresponden con las que se atribuyen, normalmente, a la propiedad individual en comparación con la propiedad colectiva, ya que la sociedad anónima es un individuo. Las ganancias de eficiencia se refieren, sobre todo, a las relaciones con terceros que se simplifican, lo que permite una reducción extraordinaria de los costes de contratar: clientes, proveedores, trabajadores, financiadores... todos los que se relacionan con la empresa lo hacen a través del nodo para contratar que constituye la persona jurídica, la titular del patrimonio, gracias a la ficción de considerarla un individuo⁴⁶.

Pero tales ganancias no podrían obtenerse si la innovación no permitiera conservar las ventajas de la propiedad colectiva, esto es, las derivadas de que sean muchos los propietarios (o los financiadores) si la contribución de muchos permite *obtener economías de escala y la diversificación de riesgos, ventajas que podían obtenerse sólo limitadamente recurriendo a la commenda y al condominio naval*⁴⁷. Al mismo tiempo, han de ponerse en marcha mecanismos para minimizar los costes de la propiedad colectiva en términos de coordinación de los copropietarios. Generalizando, podríamos decir que la atribución de personalidad jurídica corporativa al grupo reduce no solo los costes de contratar (el grupo) con terceros, sino *que reduce también los costes de ser (co) propietario* cuando el fin común es producir en común para intercambiar lo producido en el mercado. Como no hay comidas gratis, la posición del

⁴⁵ "Corporations, the law says, die not." (Charles Herle, citado por Tierney, Brian, Religion, law, and the growth of constitutional thought 1150-1650, Cambridge U. Press, 1982, p 83). Las formas societarias previas, desde el Derecho Romano, se caracterizan por la inestabilidad, lo que encaja con la escasa duración de las "empresas" para las que las sociedades se constituían: "While the level of stability varied from the *societas* to the *societas publicianorum* to the *peculium*, a survey of the sources shows that overall, Roman business associations were quite unstable" Fleckner, Andreas M., Roman Business Associations (July 27, 2014). *Roman Law and Economics*, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2472598>.

⁴⁶ Ampliamente, Hansmann, *supra* nota 4; Holderness, Clifford G., Joint Ownership and Alienability (January 2000). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=229801>. En este trabajo, como hemos adelantado, no nos ocuparemos de examinar en detalle estas ganancias de eficiencia.

⁴⁷ Sobre estas bases se ha intentado explicar la decadencia de la participación de la población musulmana en la economía india en comparación con los hindúes y miembros de otras religiones que dispusieron de las instituciones mercantiles modernas tales como la sociedad anónima: los musulmanes, sometidos a la ley islámica, no pudieron acumular capital y pasarlo a las siguientes generaciones en la misma escala que los hindúes que podían recurrir a las instituciones jurídicas importadas por los ingleses. Kuran, Timur and Singh, Anantdeep, Economic Modernization in Late British India: Hindu-Muslim Differences (July 1, 2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1656038>.

co-propietario ha de ser “reestructurada” en forma de conversión del mismo en “miembro” para poder obtener las ventajas de la propiedad individual.

6. *La eficiencia de la propiedad colectiva y la eficiencia de la personificación: uso individual vs explotación de los bienes comunes y el paso de la personalidad jurídica simple a la personalidad jurídica corporativa*

Que muchas personas compartan la posición de propietarios parece, a primera vista, ineficiente. Precisamente la propiedad privada – individual – es un elemento esencial en el desarrollo económico porque genera los incentivos adecuados en el titular para maximizar el valor de los activos⁴⁸. Un sistema de propiedad privada no puede surgir espontáneamente, porque hay que determinar quién tiene derecho a qué sobre qué y cómo se distribuirá el producto de la explotación de los activos. Para eso hacen falta reglas e individuos que las apliquen y velen por su cumplimiento. Y, suponiendo que la propiedad individual no era el arreglo institucional de los cazadores-recolectores, el paso a un sistema de propiedad privada generó necesariamente perdedores que se opondrían al cambio aunque éste beneficie al conjunto y, eventualmente, acabarían aniquilados⁴⁹.

La propiedad colectiva ha sido considerada, tradicionalmente, como ineficiente porque supone una menor definición de los derechos de propiedad de manera que la propiedad colectiva reproduce, en menor grado, los mismos problemas que la ausencia de propiedad: genera una carrera por apoderarse de lo que produzca el activo común ya que - como dice el Código Civil - la propiedad se adquiere, respecto de los bienes que no son de nadie, por ocupación (art. 609 CC); porque se generan costes de transacción elevados si los miembros del grupo tratan de reducir las externalidades que se derivan del uso excesivo del recurso que es común. Si alguien no soporta todos los costes de usar un recurso y sólo recibe los beneficios, usará excesivamente el recurso y

⁴⁸ "Un agricultor que es dueño de su fuerza de trabajo y de los restantes factores de la producción (de la tierra) verá que existe una relación directa entre sus inversiones y los resultados en el largo plazo. Un agricultor que pertenece a una cooperativa agrícola, por el contrario, solo apreciará una conexión lejana entre su aportación personal y los beneficios. Cuantos más miembros tenga la cooperativa cuyo trabajo está conectado solo lejanamente a los beneficios, más frecuente será que los miembros pretendan aprovecharse de los esfuerzos de los demás (*free riding*) disminuyendo el propio. Si todos hacen lo mismo, la productividad será baja". Ostrom, Elinor and Hess, Charlotte, Private and Common Property Rights (2007). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1304699>. Según el tipo de bien, la probabilidad de que se configure una propiedad colectiva o individual o ninguna será distinta. Ostrom utiliza las categorías de “sustraibilidad de uso” y “dificultad para excluir a potenciales beneficiarios” en lugar de las clásicas características de los bienes públicos (*public goods*) de posibilidad de excluir a terceros de su consumo sin pagar y rivalidad en el consumo. Ostrom, Elinor, Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems, 2009, disponible en http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf y para la aplicación de estas ideas a los derechos de propiedad intelectual, v., Dourado, Eli, Tabarrok, Alex, Public Choice and Bloomington School Perspectives on Intellectual Property, 2014, disponible en http://mercatus.org/sites/default/files/Dourado_PerspectivesonIP_v2.pdf.

⁴⁹ El nacimiento de la propiedad privada se asocia, normalmente, a la aparición de la agricultura aunque bastaría el sedentarismo para explicarla. Sobre los efectos del cultivo de los cereales como explicación de la necesidad de protección frente a la expropiación v., el fascinante trabajo de Mayshary, Joram, Moavz, Omer, Neemanx, Zvika, Pascali, Luigi, Cereals, Appropriability and Hierarchy, 2015, disponible en <http://economics.mit.edu/files/10771>.

como todos harán lo mismo, el resultado será, en el mejor de los casos, la aparición de una congestión en el uso y en el peor, la *tragedia de los comunes*⁵⁰. Resolver una tragedia de los comunes mediante un acuerdo entre los miembros del grupo puede ser muy costoso en función del número de miembros que tenga el grupo y los incentivos de cada uno. Por último, como en el caso del agricultor que no es dueño de la tierra, los incentivos de los miembros del grupo para realizar inversiones en el activo común que aumenten el valor del bien que se posee en común son escasas. De manera que no es extraño que la propiedad privada se vea como una solución superior a la tragedia de los comunes⁵¹.

Ostrom realiza unas aclaraciones muy oportunas a este respecto. La primera tiene que ver con que, a menudo, la *propiedad colectiva está muy alejada de la inexistencia de derechos de propiedad*. En la jerga económica, y desde 1975 se distingue, en este sentido, entre regímenes de propiedad que son "de acceso libre" (*open access*), donde nadie tiene derecho a impedir que otros utilicen el activo (aire, mares, espacio exterior) de los casos de propiedad colectiva (*common property*) donde los sujetos que tienen derecho a utilizar y explotar el recurso de titularidad común están definidos, de manera que los miembros del grupo tienen derecho a excluir a los que no lo sean, del uso y disfrute del activo común. La segunda es que las carreras por ocupar un bien se producen respecto de los bienes que son *nullius*, que no son de nadie, no respecto de los bienes que sean de un colectivo. Cuando los economistas hablan de la tragedia de los comunes, se refieren a los bienes de acceso libre y no a los que son propiedad de un colectivo. Los costes de transacción para organizar la explotación y disfrute de un bien no tienen por qué ser elevados si la membresía del grupo está bien definida; los miembros tienen suficientes intereses comunes y no les resulta costoso tomar decisiones respecto del activo si sus intereses son homogéneos (lo que Hansmann llama el "gobierno" de lo común) y sus intereses serán homogéneos en la medida en que la explotación del activo se realice individualmente por los miembros en la misma forma (cazando en el monte común, pescando en el lago...).

En función de las circunstancias, unos regímenes de propiedad pueden ser más eficientes que otros. En un mundo sin costes de transacción, la propiedad privada individual es el régimen preferible. Pero no en el mundo real. Por ejemplo, porque la unidad eficiente de producción sea muy grande (*economías de escala*) como para que un individuo pueda poseer una cantidad suficiente del activo que se va a explotar o porque sea necesaria la aportación de muchos para acumular el capital suficiente para financiar el activo común por límites de riqueza o de concentración de riesgos de los individuos o porque los usos del activo sean compatibles y divisibles⁵². Nunca se

⁵⁰ Es lo que se conoce por los estudiosos como "stock externality" y "congestion externality".

⁵¹ La mejor explicación disponible se encuentra en los trabajos de Steven Shavell recogidos en su libro *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge-Mass, 2004 parte primera. Shavell, Steven, *Economic Analysis of Property Law* (December 2002). Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 399. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=370029>. Para lo que sigue, hemos utilizado, sin embargo, los trabajos de Elinor Ostrom que se indican en las notas porque son los que abordan específicamente los costes de contratar entre cotitulares de un activo.

⁵² Por el contrario, la propiedad individual será muy preferible respecto de los bienes de consumo individual. Los costes de exclusión son bajos y son bienes "privados" en el sentido opuesto a bienes públicos porque la manzana que yo me coma no se la puede comer otro, mientras que el hecho de que el faro ilumine la costa beneficia a mi barco cuando pasa por ella sin menoscabar el beneficio que obtiene tu barco cuando pasa por el mismo lugar. Por último, crear un sistema de derechos de propiedad individuales puede ser muy costoso, de manera que si el riesgo de *free riding* o

subrayará lo bastante que aprovechar las economías de escala y de producción conjunta es básico para que el desarrollo económico sea posible.

Ostrom pone el ejemplo de las tierras que no son aptas para uso agrícola pero sí para pastos, actividad que requiere, sin embargo, unas parcelas de mucho mayor tamaño para explotarlo como pasto de una sola vaca, por ejemplo. Poner en común esas parcelas y regular el derecho a los pastos puede ser más eficiente que la explotación individual. Acumular activos puede ser también una forma de compartir los riesgos y reducir el coste de soportarlos, es decir, *la propiedad colectiva es eficiente a menudo como un mecanismo de seguro*⁵³.

sobreexplotación son bajos (porque la población sea escasa), no se invertirá en hacerlo y los derechos quedarán definidos de modo vago e informal. Por ejemplo, "If resources were of low value, as was the case for many commons, the cost of fencing off the land into individual parcels would not have been covered by the potential and of course uncertain benefits"; los gremios de artesanos podían comprar materias primas en grandes cantidades y, por tanto a mejor precio que el artesano individual, De Moor, *Silent Revolution*, p 204.

⁵³ "the average harvest of a collective system might have been more attractive than the seriously fluctuating harvest under a private system". En el caso de los gremios de artesanos porque había un "activo común" que era la propiedad intelectual sobre la forma de producir los objetos de alta calidad, y todos estaban interesados en que esa propiedad no perdiera valor. Aunque un artesano tuviera una calidad superior a la media del grupo, los costes a los que se enfrentaría para "informar" a los compradores de su superior calidad serían elevadísimos. En tales circunstancias, los incentivos para cooperar en mantener la calidad reconocida por el mercado se intensifican y la uniformidad de la calidad a lo largo del tiempo permite que los precios sean más estables y, por lo tanto, pone a los artesanos individuales al abrigo de las fluctuaciones del mercado. Pero, sobre todo, "Guild regulation ensured that the consequences of a decrease in demand were spread evenly throughout the guild because of the limited role played by competitive price offers. Rules forbidding members from hoarding raw materials limited the consequences of temporary periods of supply restraints, and in that sense risks threatening both supply and demand could be avoided or at least minimized" De Moor, *Silent Revolution*, pp 205-206. Para el caso de las cuotas pesqueras, v., Adler, Jonathan, Stewart, Nathaniel, Can Congress Learn to Fish? Property-based reforms solve the "tragedy of the commons" at fisheries. National Rev. Online, 2014, 21 febrero, <http://www.nationalreview.com/article/371642/can-congress-learn-fish-jonathan-h-adler-nathaniel-stewart>, y, en general, Joseph Heath, *The Benefits of Cooperation*, 2006, disponible en <http://homes.chass.utoronto.ca/~jheath/BoC.pdf> Sin embargo, no se trata analíticamente de algo distinto de las economías de escala. Lo que sucede es que éstas se refieren, normalmente, a la producción de bienes mientras que la cobertura colectiva de riesgos se refiere a la reducción del coste de los daños que sufren los miembros de un grupo. De acuerdo con la teoría de las probabilidades y la técnica del seguro, cuanto mayor y más diverso sea el grupo, mayores las posibilidades de cobertura colectiva porque mayor será el volumen de riesgos estadísticamente independientes entre sí. Piénsese en los agricultores de una zona y el riesgo de granizo. Si el granizo no cae al mismo tiempo en una superficie mayor de 100 kilómetros cuadrados, los agricultores de una zona de 1000 kilómetros cuadrados pueden asegurarse formando una mutua. Los agricultores de una zona inferior a los 100 kilómetros cuadrados no pueden hacerlo porque cuando se produzca el "siniestro", todos se verán afectados (para resolver el problema los humanos hemos inventado el reaseguro). A diferencia de la especialización, dice Heath, la cobertura colectiva de riesgos no exige que los miembros del grupo tengan diversos gustos o habilidades. El mecanismo que articula la cobertura es, primariamente, el contrato de sociedad (entre los sometidos al riesgo) porque los asegurados no intercambian riesgos unos con otros, sino que los transfieren al común. No es raro, por esta razón, que las compañías de seguros fueran, muy a menudo, mutuas de seguros. Cuando el seguro se articula a través de un contrato de intercambio - el contrato de seguro - es porque hemos personificado al grupo - la compañía aseguradora - completamente, hemos hecho fungibles a los miembros de la persona jurídica y, por tanto, los asegurados pueden celebrar un contrato bilateral con la persona jurídica que es la que "coordina" a todos los asegurados. En estos grupos, y como hemos explicado más arriba, junto al seguro, el préstamo no obligatorio (sharing) o la donación con la esperanza de reciprocidad es el mecanismo de cobertura de riesgos.

En definitiva, la propiedad colectiva es sostenible si el grupo de individuos alcanza un cierto grado de cooperación y resuelve el “dilema social” o del prisionero. La forma de hacerlo es a través de la comunicación (crear “conocimiento común” y construir confianza (en la conducta esperable de los demás miembros) entre los miembros del grupo⁵⁴.

Por tanto, la copropiedad no es necesariamente ineficiente⁵⁵. En particular, la copropiedad es eficiente respecto de la propiedad individual y, por tanto, también *respecto de la personalidad jurídica cuando los copropietarios quieren utilizar individualmente un recurso cuya envergadura óptima es grande*. La utilidad que cada uno de los copropietarios extrae del activo común es individual y puede ser variable. Si el activo común es, por ejemplo, un monte, unos copropietarios extraerán resina o leña y otros encontrarán más valioso aprovechar los pastos porque sean ganaderos.

Si la copropiedad o comunidad de bienes es eficiente cuando se trata de explotar en común un activo por una multiplicidad de propietarios porque el tamaño idóneo del activo es muy grande, es lógico que las reglas jurídicas correspondientes que ordenan la comunidad de bienes respondan a la lógica de *maximizar el uso individual del activo común que sea compatible con el uso por los demás copropietarios*, es decir, coordinar las actuaciones de cada uno de los copropietarios reduciendo las ineficiencias derivadas de que cada copropietario puede afectar negativamente con su conducta individual al valor total del activo y, por lo tanto, a la cuota de los demás copropietarios (externalidad) pero mantener la colectivización en el grado mínimo necesario para obtener la cobertura de riesgos o las economías de escala (los comuneros cazan o crían ganado *individualmente* pero lo hacen en el monte o pastos comunes). Esto es lo que hace el art. 394 C de c. Como ha señalado Miquel, el fundamento de este uso solidario de la cosa común al que tienen derecho todos los comuneros no es, sino una manifestación del principio *quod tibi non nocet et alii prodest non prohibetur*⁵⁶

En cuanto a los costes de la titularidad colectiva, en el caso de los montes comunales el riesgo es, claramente, la sobreexplotación y agotamiento del recurso. En el caso de los gremios de artesanos, evitar el *free riding* por parte de los miembros individuales o de terceros respecto de la “marca” del colectivo, la protección de los conocimientos de fabricación del producto, la garantía de la calidad de éste y las economías de escala en el aprovisionamiento de materias primas amén de protegerse frente al poder de los comerciantes que revendían sus productos... En otros términos, se trata de maximizar el valor del activo común cuando los costes de delimitar derechos individuales y asegurar su respeto son muy elevados⁵⁷ o de protegerse frente a una contraparte en el

⁵⁴ Más detalladamente, Ostrom y otros han descrito seis requisitos para que la cooperación eficaz permita la titularidad colectiva de un recurso: comunicación entre los miembros del grupo; reputación individual de los miembros – conducta esperada – por parte de los demás; reconocimiento de que habrá ganancias si la cooperación es exitosa; posibilidad de entrada o salida del grupo; horizonte temporal largo; posibilidad de sancionar al incumplidor, Ostrom, *Beyond Markets*, p 433-435: “The central core of the findings is that when individuals face a social dilemma in a microsetting, they are more likely to cooperate when situational variables increase the likelihood of gaining trust that others will reciprocate... Building trust in one another and developing institutional rules that are well matched to the ecological systems being used are of central importance for solving social dilemmas”.

⁵⁵ Es el famoso “disfavor” con el que, según algunos, sería vista la copropiedad por parte del Codificador Civil, que consideraba la propiedad individual como el estado natural.

⁵⁶ Miquel, José M^a, Comentarios del Código Civil, Edersa, Madrid 1985, tomo V-2^o, p 72.

mercado con elevado poder contractual. Naturalmente, la eficiencia de estos mecanismos, desde el punto de vista del bienestar general, depende crucialmente de que exista un fallo de mercado que impida que la competencia funcione y exija la coordinación entre los titulares del activo⁵⁸. El riesgo de sobreexplotación es evidente en relación con los montes y campos. Pero también lo es en relación con la calidad del producto si los mercados donde se venden esos productos no están muy desarrollados⁵⁹. Y también, como veremos, en el caso de los mercaderes que se lanzaron a explotar el comercio entre Europa y Asia.

La “*causa*” de la propiedad colectiva es, pues, consorcial o mutualista: la titularidad común del activo facilita a los copropietarios la consecución de sus propios fines (individuales). En el caso del condominio naval, como veremos más adelante, proporciona a cada uno de los comerciantes – condóminos – un medio de transporte de sus mercancías cuyo tamaño mínimo es excesivo para un comerciante individual. De lo cual se deduce que las reglas legales que ordenan las relaciones entre los copropietarios tratarán de equiparar la posición de cada uno de éstos a la de un propietario individual que ve limitadas sus facultades de propietarios exclusivamente por la condición de – igual – propietario que ostentan los demás condóminos⁶⁰. No es extraño que cada condómino tenga derecho a usar el activo común, que pueda vender su parte sin consentimiento de los demás y que pueda abandonar su parte como puede hacerlo cualquier propietario individual (art. 399)⁶¹. Se maximiza así el valor del activo común ya que dicho valor viene representado por la suma de la utilidad individual que obtienen cada uno de los comuneros. Las reglas deben estar orientadas, por tanto, a reducir los costes de coordinación entre los copropietarios en la utilización del bien

⁵⁷ De Moor, *Silent Revolution*, p 205; v., un estudio empírico de la explotación de las pesquerías señalando que acuerdos explícitos, la constitución de cooperativas e incluso de corporaciones entre los titulares del recurso mejoran la explotación en, Ling, Huang, Smith, Martin D., *The Dynamic Efficiency Costs of Common-Pool Resource Exploitation.* " *American Economic Review*, 104(12) 2014, pp 4071-4103.

⁵⁸ De Moor sugiere que los gremios sólo tuvieron que excluir a terceros del ejercicio de su actividad artesanal cuando el aumento de la población requirió una mejor definición de los derechos de propiedad, es decir, que el acceso a la actividad debió de ser libre inicialmente y sólo con el aumento de la población en una ciudad se permitía – autorización real o del señor local – la constitución de un gremio, *Silent Revolution*, p 206.

⁵⁹ Piénsese en el caso de la franquicia y los conflictos entre fabricantes y franquiciatarios respecto al nivel de calidad y a la cantidad de esfuerzo de ventas deseable por uno y otro. V., Paz-Ares, Cándido, La terminación de los contratos de distribución, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 223, 1997, disponible en y, sobre todo, Paz-Ares, Cándido, La indemnización por clientela en el contrato de concesión, LA LEY, 11-IV-1997.

⁶⁰ Miquel, José María, Comunidad y Sociedad, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, LIII, (2013), pp 353-382, p 364 citando a Fragalli.

⁶¹ Se entenderá, pues, también que, aunque los accionistas no son buenos vigilantes de la conducta de los gestores tal capacidad no resulta decisiva para asignar la propiedad de las empresas a la persona jurídica sobre la base de que los miembros de dicha persona jurídica sean los que están en mejores condiciones para ejercer tal vigilancia de los que gestionan los activos de la sociedad, como lo demuestra el éxito de las compañías manufactureras que son propiedad de fundaciones, esto es, de personas jurídicas que carecen de dueños. Su existencia nos indica que un mercado de producto competitivo es suficiente para mantener reducidos los costes de agencia, Hansmann, Henry and Thomsen, Steen, Managerial Distance and Virtual Ownership: The Governance of Industrial Foundations (March 2013). ECGI - Finance Working Paper No. 372; Yale Law & Economics Research Paper No. 467. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2246116>; Hansmann, *Firm Ownership*.

común y según el principio de permitir cualquier uso que sea compatible con el uso por parte de los demás comuneros (art. 394 CC)⁶².

Una cuestión interesante al respecto es si la copropiedad conduce a la sobreutilización o a la infrautilización del recurso de propiedad común. La posibilidad de dividir la propiedad en cualquier momento garantiza, a bajo coste, que no hay tal sin necesidad de establecer la obligación, a cargo de cada copropietario de pagar a los demás por cada utilización del activo común. La regla de “no pagar” es eficiente como regla supletoria tanto en los casos en los que la situación de copropiedad no es producto de un contrato entre los copropietarios como en el caso de que convivan copropiedad y sociedad. Si los comuneros advierten que el uso individual que se hace del activo común no es igualitario, esto es, que algunos comuneros extraen más utilidad que otros del activo común, tendrán incentivos para regular el uso e incluir pagos por uso. Pero, como nos enseñara Demsetz, si las diferencias en la “cantidad” de uso son insignificantes, no vale la pena una más perfecta delimitación de los *property rights*. No es extraño, pues, que en el caso de los montes comunales, donde ni siquiera está delimitado de una vez y para siempre quiénes son los cotitulares (porque la condición de cotitular va asociada al empadronamiento), no se prevean tales pagos y que, cuando el uso puede ser muy diferente, asistamos a regulaciones muy detalladas de los pagos por utilización, como ocurre, por ejemplo, en los clubes deportivos donde hay pagos por la utilización de (algunas de) las instalaciones.

Del mismo modo, si el mantenimiento de la cosa común es costoso, los copropietarios repartirán esos costes igualitariamente (arts. 393 y 395 CC) o imponiendo un pago por uso en función de las circunstancias según hemos visto. De nuevo, igualitariamente cuando el uso esperado sea semejante para todos los copropietarios y “pago por uso” cuando unos copropietarios utilicen más la cosa común que otros. La adopción de las reglas contractuales por mayoría reduce el riesgo de chantaje (art. 398 CC).

Así las cosas, el riesgo de infrautilización parece más probable que el de sobreutilización⁶³

La eficiencia de la copropiedad en los supuestos descritos se refuerza gracias a lo dispuesto en el art. 400 CC y siguientes, es decir, a la opción que tienen los comuneros de provocar la división de la cosa común (*actio communi dividundo*), de manera que el número de comuneros puede variar fácilmente si la cosa es divisible, simplemente, entregando su parte al que desea abandonar la comunidad. Si la cosa es indivisible (y los juristas entienden indivisibilidad, tanto en el sentido de imposibilidad física como en el de pérdida de valor económico de la cosa si se divide⁶⁴), el mecanismo previsto legalmente permite a los que desean permanecer como copropietarios adjudicarse el

⁶² Dagan, Hanoch & Dagany, Tsilly, *Facilitating the Commons Inside Out*, 2014, disponible en <http://law.bepress.com/taulwps/art183> p 8 ss. Quienes subrayan la importancia de otras reglas como la mayoritaria para la toma de decisiones “ordinarias” respecto del activo común (art. 395 CC) que facilitan la toma de decisiones y evitan el riesgo de chantaje individual y reducen los incentivos – de la mayoría – para abandonar el grupo y la validez de los pactos de indivisión que permiten conservar el mayor valor del activo común si permanece individual.

⁶³ Chang, Yun-chien, *Tenancy in ‘Anticommons’? A Theoretical and Empirical Analysis of Co-Ownership* (June 20, 2012). *The Journal of Legal Analysis*, 2012 Winter 2012: Volume 4, Number 2 disponible en <http://ssrn.com/abstract=1881329>, p 521.

⁶⁴ Como en el juicio de Salomón, “The plaintiff tends to avoid petitioning for partition in kind or partial partition when doing so will leave her with a small piece of land” Chang, *Journal of Legal Analysis*, 2012, p 548.

bien objeto de la copropiedad pagando en dinero al que desea abandonar ésta, bien mediante acuerdo (art. 404 CC) o bien participando en la subasta correspondiente⁶⁵. También es eficiente asignar el derecho a pedir la división a cualquiera de los comuneros, precisamente, por la posibilidad de los demás de mantenerse como copropietarios si la cosa es divisible o de adjudicársela en caso de división mediante venta en subasta. Ni que decir tiene que, en este contexto, la validez de los pactos de indivisión es eficiente (art. 400 II CC)

Por el contrario, la personalidad jurídica es una forma más eficiente de organizar la propiedad colectiva que la copropiedad *cuando los cotitulares de los activos comunes no extraen utilidad usándolos individualmente, sino explotándolos empresarialmente mediante su transformación, incorporación a un proceso industrial o comercial o, en general, con el objetivo de intercambiarlo en un mercado*. Es decir, cuando los individuos se agrupan para realizar actividades empresariales, entendida la empresa como *unidad de producción para el mercado*. En tal caso, unificar al grupo atribuyendo la propiedad (individual) del patrimonio común a una *persona ficta* y centralizando en los gestores/administradores o coordinando el control sobre los activos y la representación del grupo en lo relativo a los activos comunes, permite obtener enormes ganancias de eficiencia sin pérdida de las ventajas asociadas a la propiedad colectiva en general (economías de escala y aseguramiento). Es imprescindible generar una persona jurídica porque, de otro modo, los costes de coordinación de los miembros del grupo impedirían la producción. Básicamente *porque las decisiones que hay que tomar respecto de los activos comunes son mucho más numerosas que en el caso de la copropiedad*⁶⁶. Basta comparar las normas que regulan el uso de un monte comunal en un pueblo de Castilla o Galicia con la coordinación y las reglas necesarias en el seno de una empresa, por sencilla que sea su actividad⁶⁷. De manera que, o los socios regulan de manera diversa a lo dispuesto en los arts. 392 ss CC sus relaciones *qua* copropietarios o... el legislador les echa una mano (Derecho supletorio) y configura el conjunto de bienes como un patrimonio separado, esto es, como una persona jurídica que permite al grupo actuar, en relación con los

⁶⁵ "Tenancy in common... is not tragic because each co-tenant's right to petition for partition can end the inefficient use. Hence, ordinarily co-tenants do not face gridlock, or the "tragedy" of the anticommons. Según un estudio, que usa datos de Taiwan... If my empirical results show that co-tenants are cooperative in partitioning, they are likely to cooperate in using and managing co-owned resource as well (porque durante la vigencia de la copropiedad los copropietarios tienen incentivos para cooperar, incentivos de los que carecen cuando se trata de dividir la cosa común". Pues bien "en más del 90 por ciento de los casos, los copropietarios fueron capaces de dividir la cosa mediante acuerdo, de manera que la cooperación entre copropietarios no parece fallar tan a menudo como sugiere la literatura". Estos números tan elevados se deben, probablemente, a que las partes pueden prever con seguridad qué Chang, *Journal of Legal Analysis*, 2012, p 520 ss.

⁶⁶ Esta idea la desarrolla Demsetz, Harold en su libro *The Economics of the Business Firm*, 1995, pp 61 ss., donde expone que la empresa puede verse como una unidad especializada de producción.

⁶⁷ V., este interesante estudio sobre la privatización de tierras comunales en Perú: "long term investments increase after the transition from collective to private property. These investments allow for the expansion of non-perennial commercial crops that have high value in international markets... part of these effects is driven by the reallocation of land to more efficient farmers and that this reallocation takes place through market transactions. An interesting result that emerges ... is the persistence of family farms. It is possible that these farms are more efficient in this context, where the possibilities for mechanization are limited by the ruggedness conditions of the Andean slope, Gafaro, Margarita Collective Property Rights and Agriculture, octubre 2015 disponible en https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=NEUDC2015&paper_id=453.

bienes que conforman ese patrimonio, como si de un propietario individual se tratase especializando a los partícipes. Unos aportan los medios y otros – los gestores – los ponen a producir⁶⁸.

En fin, cuando la regulación necesaria para coordinar a todos los miembros del equipo que es la empresa son muy elevados, no basta la personalidad jurídica simple. Es necesaria la estructura corporativa, la separación entre gestión y titularidad residual de los activos y la homogeneización de las posiciones de los que aportan el capital para poder reunir los medios de producción en cantidad suficiente...⁶⁹. Al centralizarse la gestión y el control de los activos en los administradores, esto es, al configurarse la persona jurídica como una corporación se reducen las necesidades de comunicación entre los cotitulares y el número de copropietarios puede incrementarse, casi, sin límites. Los cotitulares pueden dejar de preocuparse de lo que hagan los demás miembros de la corporación. No tienen por qué tener experiencia alguna en la gestión de esos recursos comunes ni siquiera estar en modo alguno interesados en averiguar cuál es la mejor forma de explotarlo. Los accionistas pueden convertirse en unos propietarios “ausentes” o, quizá, más exactamente y al revés, podemos convertir a los que financian la adquisición de los activos fijos o de capital que se utilizarán en la explotación de la empresa en titulares residuales.

⁶⁸ Como dice Flume, (*Allgemeiner Teil*, p 71-72): la doctrina ha aceptado la formulación de la comunidad en mano común (que él equipara a la personificación jurídica) según la cual cada comunero en mano común tiene derecho al todo y sus derechos sólo están limitados por los derechos de los demás comuneros. Esta formulación “es contradictoria. Porque es evidente que no es que cada socio tenga derecho al todo... Tampoco es cierto que el derecho de cada socio esté limitado por los derechos de los demás socios como si estuviera gravado por iura in re aliena. Lo que sucede es que los comuneros sólo tienen derecho a decidir sobre el patrimonio común si actúan conjuntamente, lo que quiere decir que sólo el grupo está legitimado para decidir o disponer sobre el patrimonio común y los socios individualmente carecen de legitimación, no tienen una parte sobre ese patrimonio; son sólo miembros del grupo”. La posición del socio de una sociedad con personalidad jurídica no es la de un copropietario. Es la de un miembro y su administración, como se explica en el texto, está asignada supletoriamente, a cada uno de los socios individualmente (todos son administradores natos y administradores solidarios).

⁶⁹ Entre los juristas, sin embargo, no se ha apreciado suficientemente lo que tiene de ruptura la aparición de las corporaciones mercantiles respecto de las sociedades mercantiles de personas: “If shareholders had ‘no direct interest, legal or equitable, in the property owned by the company, only a right to dividends and the right to assign their shares for value’, the company, by contrast, was now seen as the owner of its own assets. Separate personality severed the link between the assets of joint-stock companies and their shares, ‘externalising’ shareholders and depersonifying the company. In other words, before these changes and throughout the seventeenth, eighteenth and early nineteenth centuries, shares in joint stock companies, incorporated and unincorporated, were consistently conceptualised as equitable interests in the assets of the company. Shareholders were regarded as owners in equity of the company’s property and shares as an equitable right to an undivided part of the company’s assets. *What this means is that there was no distinction in law between companies and partnerships.* [T]he first English partnership law treatise, written in 1794 by William Watson, differentiated partnerships and companies on a purely economic basis. In the second edition of the book, published in 1807, the distinction was drawn with particular clarity. In England, Watson wrote, the ‘first great division’ was into ‘public and private partnerships’. Public partnerships were ‘usually called companies or societies’ and ‘generally consist[ed] of many members’ carrying on ‘some important undertaking for which the capital and exertions of a few individuals would be insufficient’. These companies were sometimes incorporated, sometimes not. . . . [] Joint stock companies ‘not confirmed by public authority’ were, legally speaking, mere partnerships, distinguishable only by the fact that ‘the articles of agreement between [their members were] usually very different’. Other treatise writers followed Watson’s classifications. In short, partnerships remained the most common and dominant form of capitalist organisation down to the nineteenth century” Jarius Banaji, *Islam, the Mediterranean and the Rise of Capitalism*, *Historical Materialism* 15 (2007) 47-74, citando a Paddy.

No en copropietarios, pero sí en miembros de la corporación. No es que los propietarios se conviertan en aportantes de capital, es que se convierte a los que aportan el capital en propietarios “diluidos” en forma de accionistas o, como dicen los economistas, de “titulares residuales”.

Además, se obtienen las enormes ganancias de eficiencia de la especialización. Al separar las funciones de propietario y controlador de los recursos, algunos particulares -los accionistas- pueden especializarse en “ser propietarios” y otros -los administradores- pueden especializarse en gestionar recursos. Aunque suena extraño, los inversores en acciones en un mercado bursátil son “especialistas” en ser titulares residuales. Se especializan diversificando riesgos. Al adquirir participaciones en empresas distintas cuyas actividades están sometidas a niveles de riesgo distintos y no correlacionados, el inversor soporta un riesgo muy inferior al que soportaría si hubiera concentrado la inversión en una empresa. Esto se traduce, de parte de las empresas, en que éstas obtienen capital a menor coste cuando aumentan el número de accionistas, es decir, *ceteris paribus*, tener muchos accionistas permite a las empresas financiarse a menor coste. Por su parte, los administradores se especializan en gestionar empresas. De esta forma, los accionistas tienen, aparentemente, lo mejor de los dos mundos: gestión unificada y profesional de sus inversiones y diversificación⁷⁰.

Obsérvese, pues, que la diferencia entre la personalidad jurídica y la copropiedad no se encuentra en que en la primera el objetivo sea maximizar el valor del activo común y en la segunda, no. *En ambos casos se maximiza el valor del activo común*. Lo que sucede es que la forma de hacerlo, en el primer caso, pasa por la unificación del patrimonio común mientras que en el caso de la copropiedad, la maximización del valor del activo se logra permitiendo a los condueños disponer de un bien en toda la “cantidad de uso” que necesitan pero costeando exclusivamente una parte del coste de adquisición o creación del activo común y de su mantenimiento. Pero la necesidad de pasar de la copropiedad a la personalidad jurídica no deriva de que haya muchos cotitulares, sino de la forma de explotar el activo común. Unos montes comunales pueden explotarse eficientemente en beneficio de miles de vecinos. Una fábrica de zapatos, no.

Este planteamiento explica *por qué el reconocimiento de personalidad jurídica ha sido producto, en algunos Derechos, de una decisión legislativa y, en otros, de la doctrina y jurisprudencia*. Así, en Alemania, el régimen jurídico-patrimonial de las sociedades de personas sigue siendo el de la comunidad en mano común pero éste es indistinguible del que resultaría de considerar que las sociedades de personas tienen personalidad jurídica, en el sentido de patrimonios separados de los patrimonios individuales de los socios⁷¹. Y es que, una vez que los activos puestos en común sirven para la producción de bienes o servicios destinados al intercambio en el mercado, la personificación del colectivo se hace inevitable.

En el otro extremo, si la titularidad colectiva sobre el bien no está suficientemente dibujada, el riesgo de que acabe considerándose un bien de acceso libre estará presente porque el grupo no consigue excluir efectivamente a los no-miembros del uso del recurso y organizar razonablemente la utilización del activo por los miembros. En la

⁷⁰ Hansmann, *Firm Ownership*; Son las ventajas de la especialización entre propiedad y control que han sido puestas de manifiesto desde los años ochenta del pasado siglo., v., por todos, el trabajo pionero en España de Arruñada, Benito, *Control y regulación de la sociedad anónima*, Madrid 1990.

⁷¹ Es Flume (*Allgemeiner Teil*, pp 1-124) el que ha hecho la aportación más importante a la configuración de la comunidad en mano común como un sujeto de Derecho.

jerga de los juristas, diríamos que la cosa deviene *nullius* por “abandono” por parte del grupo. Puede comprobarse que las primeras sociedades anónimas no consiguieron excluir a los empleados del uso y aprovechamiento de los activos comunes. Es el conocido como *private trade* que permitió a los empleados de la *EIC* y de la *VOC* enriquecerse fabulosamente a costa de sus compañías⁷².

La gran aportación de la doctrina de la personalidad jurídica de los colectivos consiste, precisamente, *en permitir la aplicación de las normas – y la protección – de la propiedad individual a la propiedad colectiva*, extendiendo así las ventajas de la definición de los derechos de propiedad respecto de la situación en la que los activos “no son de nadie”. A costa, naturalmente, - no hay comidas gratis - de ampliar los costes de agencia.

La personalidad jurídica, como forma de organización de la propiedad colectiva unificando al grupo obtiene su importancia cuando se pone en relación a sus efectos reductores de los costes de transacción en la explotación de los activos comunes⁷³. La importancia de instituciones como las sociedades con personalidad jurídica y las corporaciones mercantiles, en el desarrollo económico derivan de que superaron los límites que imponía la propiedad individual como generadora de los incentivos adecuados para la explotación eficiente de los activos. Es una de las principales “instituciones contractuales” utilizadas para reorganizar la propiedad colectiva permitiendo la acumulación de activos y su explotación para producir bienes y servicios en el mercado⁷⁴.

En resumen, la personalidad jurídica es una forma más eficiente de organizar la propiedad colectiva que la copropiedad cuando los cotitulares de los activos comunes no extraen la utilidad del patrimonio usando individualmente los bienes comunes, sino explotándolos empresarialmente mediante su transformación, incorporación a un proceso industrial o comercial o enajenándolos a terceros que exige, por un lado, aportaciones de muchos y, por otro, coordinar la actividad de producción. En tal caso, unificar al grupo atribuyendo la propiedad (individual) del patrimonio común a una *persona ficta* y centralizar en los gestores/administradores el control sobre los activos y la representación del grupo en lo relativo a los activos comunes, permite obtener enormes ganancias de eficiencia sin pérdida de las ventajas asociadas a la propiedad colectiva en general. En sentido contrario, la copropiedad (comunidad de bienes) es la configuración eficiente de la propiedad colectiva cuando los cotitulares están interesados en usar individualmente el activo común. Cuando una sociedad se

⁷² V., más indicaciones en Alfaro, Jesús, El comercio particular de los empleados de las Compañías de las Indias, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/07/el-comercio-particular-de-los-empleados.html>.

⁷³ Para lo que sigue, v., Ogilvie, Sheilagh and Carus, André W., Institutions and Economic Growth in Historical Perspective: Part 1 (June 25, 2014). CESifo Working Paper Series No. 4861. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2463598>.

⁷⁴ Como dice Ogilvie en el trabajo citado en la nota anterior “Agricultural growth did not need just secure private property rights. Farmers had to be able to employ laborers readily, borrow money easily, sell profitably to customers, and find cheap supplies of goods they no longer made at home.... Improvements in property rights did not in themselves lead to growth. They only did so when they were accompanied by improvements in contracting institutions in the labor market, the credit market, and the output market... In Spain, grain price ceilings and other institutional restrictions on contracting in output markets (sobre todo la fragmentación del mercado y pésima red de transporte) drove peasants off the land, and by 1797 there were almost 1000 deserted villages in rural Castile; grain had to be imported to alleviate famine (DeVries, 1976)...

constituye para desarrollar una actividad empresarial, esto es, para combinar los factores de la producción y “producir” cosas que vender en el mercado, para convertir una inversión en capital fijo en beneficios derivados de lo producido con dicho capital fijo, o, en general, para participar como grupo en el tráfico jurídico las normas de la comunidad de bienes resultan ineficientes, porque estas normas no están adaptadas a lo que los socios quieren hacer con esos bienes, que no es cohonestar sus respectivos derechos de propiedad, sino maximizar las ganancias derivadas de la incorporación de esos bienes a un proceso de producción o distribución de bienes en el mercado (relaciones con terceros). De manera que, o los socios regulan de manera diversa a lo dispuesto en los arts. 392 ss CC sus relaciones *qua* copropietarios o el legislador o la doctrina les echan una mano y configura el conjunto de bienes como un patrimonio separado, esto es, como una persona jurídica que permite al grupo actuar, en relación con los bienes que conforman ese patrimonio, como si de un propietario individual se tratase especializando a los partícipes. Unos aportan los medios y otros – los gestores – los ponen a producir. Cuando la empresa exige acumular grandes capitales, la personalidad jurídica simple resulta insuficiente. Hay que homogeneizar a los que aportan el capital para permitir la acumulación y dotar a la organización de una estructura corporativa. Las primeras grandes empresas son, de esta forma, también las primeras corporaciones mercantiles cuando las empresas se llevan a cabo, no por el Estado o la Iglesia, sino por los particulares.

7. La dogmática de la copropiedad y la personalidad jurídica. Copropiedad, sociedad interna y personalidad jurídica

Dado que los grupos que ostentan la propiedad de un activo en común son muy diferentes unos de otros, los legisladores europeos, con buen criterio, se remitieron al Derecho de Sociedades y adoptaron normas como el art. 392 CC que afirma que deben aplicarse las normas de la comunidad de bienes *sólo* a falta de contratos entre los comuneros, lo que ha sido malentendido por la doctrina al creer que el precepto estaba afirmando el carácter dispositivo de las normas de la comunidad, cuando en realidad está remitiéndose a las normas que regulan la sociedad como de preferente aplicación a las normas de la comunidad de bienes *si, además de la situación de copropiedad, los copropietarios han celebrado entre ellos un contrato de sociedad cuyo objeto serán los bienes comunes que se ponen, así, al servicio del fin común que constituye la causa del contrato de sociedad*⁷⁵. A través de este contrato, los copropietarios están limitando recíproca y voluntariamente sus facultades en aras de una mejor consecución del objetivo que les llevó a crear la copropiedad – a poner en común los activos – o a la utilización por todos ellos de los activos comunes. Deben ser, pues, las normas que rigen ese contrato (que es un contrato de sociedad) las que deben aplicarse supletoriamente respecto de los pactos *pero preferentemente respecto de las normas legales de la comunidad de bienes en lo que a las relaciones obligatorias entre los copropietarios atañe*. Y, en función del contenido de estos pactos, no quedará más

⁷⁵ Miquel, AAMN LIII, (2013), p 364: La confusión la introdujo el *Codice Civile* italiano cuando negó el carácter de sociedad a la “*comunione costituita o mantenuta al solo scopo di godimento di una o piu cose*”. “Es la consagración del criterio de distinción (entre sociedad y comunidad) por la finalidad dinámica o estática que tanto ha influido en la doctrina española” El problema del art. 392 CC es que la regulación legal del contrato de sociedad civil carece de reglas respecto de los bienes comunes porque la *societas romana* era una sociedad puramente obligatoria. De manera que la remisión del art. 392 CC es de “ida y vuelta”, porque el art. 1669 CC ordena que “las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros” se rijan por “las disposiciones relativas a la comunidad de bienes”. V., ampliamente, Miquel, José M^a, Comentarios del Código Civil, Edersa, Madrid 1985, tomo V-2^o, pp 52 ss.

remedio que afirmar que los copropietarios, a través del contrato de sociedad, reorganizaron sus derechos sobre los activos comunes y *personificaron el patrimonio común*, es decir, pasaron, de ser copropietarios, a ser miembros de la persona jurídica.

Es, pues, la libertad contractual la que permite a los copropietarios organizarse, en relación con los bienes de propiedad colectiva como tengan por conveniente. *En función de dichos pactos*, el legislador afirma la existencia de copropiedad, la existencia de copropiedad y *sociedad interna* o la existencia de una persona jurídica constituida a través de la celebración del contrato de sociedad.

El primer supuesto es el de la *situación de copropiedad*. Un bien o un conjunto de bienes pertenecen a varias personas. El segundo supuesto es el de *coexistencia de sociedad (interna) y copropiedad*⁷⁶. En este segundo caso, el art. 1669 CC ordena, como hemos dicho, no que la sociedad se rija por las normas de la comunidad, sino que las relaciones obligatorias se rijan por las normas de la sociedad (arts. 1665 CC y ss.) y las relaciones jurídico-reales de titularidad se rijan por las normas de la comunidad/copropiedad (arts. 392 CC y ss; STS 3-IV-1982; 26-IV-1988). Más concretamente, esto significa que, de entre las normas de los artículos 392 CC y ss, se aplican a las sociedades internas las que se refieren a la configuración del derecho de cada comunero sobre la cosa común (arts. 399, 403, 405). En materia de gestión y en materia de relaciones con terceros, rigen las normas de la sociedad. Esta solución es la más conforme con la voluntad hipotética de las partes.

Así, la remisión del art. 1669 CC a las normas de la comunidad debe entenderse – como ha explicado Miquel – *solamente a las relaciones de los condueños con los terceros*, terceros para los que el contrato de sociedad es *res inter alios acta* (art. 1259 CC). No hay persona jurídica y, por tanto, no hay *nodo para contratar*. Por ejemplo, “el tercero que tiene un crédito contra uno de los condueños no tiene que soportar la preferencia de los acreedores sociales sobre los bienes comunes; el tercero adquirente de la cuota-parte de un condueño no se ve afectado... por la intransmisibilidad de la condición de socio, esto es, no requiere el consentimiento de los demás para adquirir la cuotaparte en el bien común, pero no adquirirá la condición de socio, si bien, le será aplicable el derecho de retracto. Este mismo adquirente podrá exigir la división de la cosa común aunque no haya causa de disolución de la sociedad”⁷⁷.

En las relaciones internas, sin embargo, rigen las normas de la sociedad (y se aplicarán las reglas sobre integración de los contratos en caso de laguna en el contrato de sociedad) que desplazan a las de la comunidad de bienes porque coinciden la condición de socio y la de comunero. Compárese, por ejemplo, el artículo 395 y el artículo 1695 3º, ambos del Código Civil. La primera norma -de la comunidad- permite que el comunero se exonere de su obligación de contribuir a los gastos de conservación mediante la renuncia a su cuota. La norma es perfectamente lógica en sede de comunidad por tratarse de una obligación *propter rem*⁷⁸. La norma de la sociedad, prácticamente igual

⁷⁶ Lo que sigue, está tomado de la construcción de Paz-Ares, Cándido, Comentario del artículo 1669 CC en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, II, Madrid 1991.

⁷⁷ Miquel, *AAMN*, LIII (2013) p 379; v., también Perdices, Antonio, “Están locos estos romanos” <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2014/10/estan-locos-estos-romanos.html>.

⁷⁸ El ejemplo lo tomamos de Paz-Ares, *Comentario*. La renuncia al derecho sobre la casa hace desaparecer los deberes que se vinculan a dicho derecho. Si soy copropietario de un coche, tengo que contribuir *propter rem* a los gastos de su mantenimiento – seguro, garaje...- pero si renuncio a mi cuota de propiedad sobre el coche, estos deberes de contribución, se extinguen.

en lo demás, no prevé, sin embargo, la facultad de abandono. Y ello porque el socio, como socio, tiene esa obligación derivada del contrato de sociedad. El abandono -que surte sus efectos en el plano real- no le puede eximir de sus vínculos frente a los demás consocios. Es decir, las obligaciones de los socios en relación con la conservación de las cosas comunes dejan de ser *propter rem* y han de considerarse puramente contractuales. Otras diferencias significativas se encuentran en el ámbito de la división. Mientras el comunero puede pedir en cualquier momento la división de la cosa común (art. 400 CC), es claro que el socio no puede pedir la terminación del contrato (v., STS 17-VII-2012⁷⁹). El contrato de sociedad le obliga a permanecer en sociedad, salvo que concurra alguna causa que permita disolver el vínculo. La muerte de un socio, igualmente, extingue la sociedad, pero no la comunidad.

Así pues, la existencia de un fin común a los copropietarios – la existencia de una sociedad entre ellos – modifica sustancialmente las reglas aplicables, no a las relaciones del grupo con terceros – a las que dicho fin común no afecta – sino a las relaciones entre los miembros del grupo. Se aplican las normas supletorias de los pactos entre los socios que se encuentran ubicadas en la regulación del contrato de sociedad.

8. *La comunidad en mano común y la personalidad jurídica ¿pueden distinguirse?*

La institución de la comunidad en mano común es desconocida en la mayoría de los restantes Derechos
Marco Staake

“Legal personality is a classic example of the way in which English Law manages to avoid theory as long as possible and then turns to contemporary continental doctrine when at last it needs a theoretical explanation of the institutions which it has developed pragmatically”⁸⁰

El supuesto en el que convivan contrato de sociedad y comunidad en mano común es el que ocupó de manera especialmente intensa a Girón: qué sucede cuando los copropietarios deciden unificar el patrimonio común (unificación y centralización de la gestión y de la disposición sobre los activos comunes). La discrepancia de la doctrina más reciente con Girón se limita a una cuestión semántica: Girón denomina personas jurídicas exclusivamente a las formas de organización de la propiedad colectiva en las que no sólo hay unificación y centralización de la gestión y del poder de disposición de los activos comunes sino, además, *despersonalización*, esto es, donde las personas que forman el grupo de cotitulares devienen fungibles o irrelevantes y la organización se independiza de los individuos que sean sus miembros, es decir, *a las personas jurídicas corporativas*. A las formas de organización de la propiedad colectiva en las que hay unificación del grupo (una sola voluntad), centralización del control de los activos comunes y pérdida correspondiente del mismo por parte de los cotitulares, *pero quiénes sean éstos sigue siendo relevante* (responsabilidad ilimitada por las deudas generadas por el patrimonio común) Girón, tras reconocer que hay personificación (subjetivización), las considera comunidades de bienes en mano común y no personas jurídicas.

⁷⁹ Disponible en <http://es.scribd.com/doc/118126044>.

⁸⁰ Stein, Peter, Nineteenth Century English Company Law and Theories of Legal Personality”, en *Quaderni Fiorentini*, 1982/83, p 503 ss.

Veámoslo detalladamente. Dice Girón que, en las sociedades de estructura corporativa, el “ente social” – la persona jurídica – se interpone en las relaciones entre los socios⁸¹ y sostiene que es la erección de una persona jurídica lo que distingue a las sociedades de capitales de las sociedades de personas. La estructura de propiedad de éstas es la de comunidad o copropiedad, ahora bien, una comunidad en mano común (sobre un conjunto de bienes y derechos) y no una comunidad romana por cuotas lo que, unido a la afección de ese patrimonio común de los socios al fin común de la sociedad, aproxima notabilísimamente este tipo de comunidad a la personalidad jurídica como formas de organización de una propiedad colectiva. Dice Girón que

“para aglutinar unitariamente a un grupo de personas (obsérvese que el centro de la personalidad jurídica se pone en la unificación del grupo y no tanto en la organización del patrimonio colectivo), el Derecho ha ido conformando... dos técnicas principales: una se apoya en las personas físicas componentes que, aunque en segundo plano, sustentan la organización unitaria (patrimonio y responsabilidad comunicados, autoorganicismo colectivo de los miembros); otra descansa íntegramente en la organización, a la que se independiza (patrimonio de la entidad incomunicado, irresponsabilidad de los miembros, organicismo de terceros, decisión mayoritaria, todo bajo un régimen estatutario cuasi objetivo). Y precisamente por esta gradación, hoy se tiende a evitar la generalización... y a reservar la denominación de personas jurídicas a las últimas. Pero... siempre estamos en presencia de una... organización”⁸².

O sea que, las sociedades de personas son sujetos pero las técnicas de subjetivación empleadas por el legislador no son idénticas en este caso y en el de las corporaciones. Dice en este sentido Girón que la *societas* es una mera relación obligatoria cuyo sustrato patrimonial es el de la propiedad individual de los socios (sociedades sin patrimonio) o el de la copropiedad o comunidad de bienes (“si se produce comunidad, entonces ésta se construye sobre la base romana de cuotas disponibles”⁸³). La comunidad en mano común donde “la parte (de cada comunero) se refiere al conjunto patrimonial... no llega a los bienes concretos”. Como los comuneros no pueden disponer de los bienes individuales que conforman el conjunto patrimonial común, se produce una “separación del patrimonio común... (respecto)... del de cada uno de los miembros de la comunidad”, patrimonio que “se afecta al fin común” lo que genera “la consiguiente separación de deudas y sistema de prelación de los acreedores”⁸⁴.

⁸¹ Girón, José, *Derecho de sociedades*, Madrid 1975 p 276. “el centro de las cuestiones está en la zona jurídica de ligamen entre el ente social nacido al constituirse la sociedad – sea comunidad o persona jurídica, según los tipos- y el contrato concertado en la fase fundacional”. Hasta aquí parecería que Girón pone en paralelo las dos formas de organización de la propiedad. A continuación, sin embargo, añade “está claro que hay una entidad social – salvo los casos de *societas* o acuerdo expreso de constitución de copropiedad romana (se está refiriendo al acuerdo por el que se constituye una comunidad de bienes, acuerdo que tiene carácter societario, en los tipos en que tal cosa es posible- que sirve de instrumento a la coordinación de intereses de los socios y que el contrato, como contrato de organización, la configura (se refiere a la <<entidad social>>) bien por sí o bien haciendo posible la efectividad subsidiaria de la estructura legal del tipo de que se trate” Y añade “Pero hay que saber cómo tal entidad interfiere la estructura jurídica de las relaciones contractuales ordinarias”. En su opinión, las sociedades de personas tienen “naturaleza de comunidades”.

⁸² En el concepto de persona jurídica “hay en común (a todas las figuras a las que se atribuye)... una subjetivación, en el sentido de unificación de titularidad de relaciones jurídicas... Si contemplamos el grado y técnica de subjetivación – particularmente en cuanto a patrimonio y responsabilidad – en una sociedad civil o en una colectiva y en una anónima, se ve que cambian de una a otra... por ahí se ve la abstracción intrínseca al concepto de persona jurídica: subjetivación inconcretada e inconcretable si no es en un tipo determinado” (pp 164-165), lo que, en su opinión imposibilita deducir un régimen jurídico del sólo hecho de que se afirme o se niegue la personalidad jurídica de una sociedad (p 165).

⁸³ Girón, *Derecho de Sociedades*, p 169.

⁸⁴ Girón, *Derecho de Sociedades*, p 170. Con ello, Girón se hace eco de la doctrina alemana de la época. Flume, en relación con las sociedades de personas cuya estructura patrimonial es una comunidad en

En efecto, lo característico de la comunidad en mano común es que los comuneros no pueden disponer de los bienes comunes de forma individualizada, es decir, a diferencia de la comunidad por cuotas, carecen de poder de disposición sobre su cuota sobre cada uno de los objetos de propiedad común⁸⁵. Así, un socio no puede enajenar su cuota sobre uno de los automóviles que conforman el patrimonio social de una sociedad civil; un cónyuge no puede disponer de su cuota del 50 % sobre uno de los muebles de la vivienda común. Lo que caracteriza la comunidad en mano común es, pues, la "vinculación" entre (sí de) los bienes que forman el patrimonio común, vinculación que ha de protegerse para mejor lograr la finalidad de la creación de la unidad patrimonial (el fin común en el contrato de sociedad, el levantamiento de las cargas familiares en la sociedad conyugal o el reparto adecuado de la herencia en el caso de la comunidad hereditaria) y protegerse frente a los intereses particulares de los socios o frente a los ataques de los acreedores personales de éstos. Se logra así, no solo mantener intacto el patrimonio común frente a las pretensiones particulares de socios y acreedores personales sino también "la identidad como sujeto de la comunidad" facilitando la realización del fin común que llevó a los socios a asociarse⁸⁶. Si la identidad de los comuneros es relevante (los socios se han elegido unos a otros, los cónyuges se han elegido recíprocamente, los coherederos los son por voluntad del causante), la unificación del patrimonio y la prohibición de disponer de partes de él por los comuneros asegura la protección del fin común que dio lugar a la formación de dicho patrimonio.

Como hemos dicho, los comuneros no ostentan una cuota sobre cada uno de los bienes. Este "alejamiento" jurídico-real de los comuneros respecto de cada uno de los bienes singulares que componen el patrimonio común es el que aproxima a la comunidad en mano común a la personalidad jurídica y es el que liga la formación de un patrimonio al contrato de sociedad. Si los comuneros carecen de cualquier derecho real sobre los bienes considerados individualmente, es porque la titularidad de tales facultades corresponde a alguien distinto de ellos y si ese "alguien" es distinto de los propios comuneros (los que tengan atribuida sólo la administración por las normas del Derecho de sociedades), ese "alguien" es una persona jurídica, constituida por el grupo de individuos que han celebrado el contrato de sociedad⁸⁷.

mano común irá más allá y dirá que los socios son solo "miembros de la comunidad en mano común. Su derecho es el de miembro, pero no tiene ninguna participación inmediata en el patrimonio en mano común o en los bienes singulares que lo componen... Solo hay patrimonio social y tanto en lo que se refiere a los objetos singulares que lo componen como en su conjunto, los socios no ostentan sobre él ninguna competencia" *Allgemeiner Teil*, p 73-74.

⁸⁵ "La comunidad en mano común es, simplemente, un patrimonio separado que pertenece a varias personas, es decir, la configuración de una titularidad común sobre dicho patrimonio. La titularidad de cada coheredero, de un cónyuge o de un socio se agota en su parte sobre el patrimonio unificado como un todo unificado, de modo que carecen de título respecto de cada uno de los objetos que conforma dicho patrimonio" Staake, Marco, *Die Gesamthand im Gesellschaftsrecht - sinnvolles Rechtsinstitut oder verzichtbares Relikt?* - September 2007, disponible en <http://www.marco-staake.de/app/download/11202988/Gesamthand.pdf>.

⁸⁶ Weber-Grellet, Heinrich, *Die Gesamthand - ein Mysterienspiel?*, AcP 182(1982), p 327.

⁸⁷ "En contra de las exposiciones al uso, *la comunidad en mano común y la comunidad por cuotas son figuras jurídicas esencialmente diferentes y, realmente, incomparables*. La diferencia específica no se encuentra en que la segunda recaiga sobre bienes específicos y la primera en general sobre un conjunto patrimonial... En la comunidad por cuotas no hay más que un derecho que pertenece, en común, a varios... cada uno de los cuales tiene un derecho individual y... relaciones jurídicas individuales en relación con el bien... no hay comunidad en sentido subjetivo... sino comunidad sobre los derechos (bienes) como objeto". Hay, pues, derechos parciales sobre un bien

que, unidos, equivalen a la totalidad del derecho. Cuando los comuneros actúan en común en relación con el objeto de copropiedad en virtud de un acuerdo entre ellos, los derechos del grupo frente a los terceros con los que se relacionan como grupo derivarán del contrato celebrado con el tercero y del acuerdo celebrado entre ellos sobre cómo se distribuirán aquellos efectos entre los miembros del grupo. Habrá sociedad interna y comunidad. La diferencia esencial entre la comunidad por cuotas y la comunidad en mano común deriva de que la segunda es una “comunidad finalista” (*Zweckgemeinschaft*) mientras la primera es una “comunidad de objeto” (*Gegenstandsgemeinschaft*). Es el fin común que lleva a los socios a celebrar el contrato de sociedad lo que unifica al grupo: “los socios someten los objetos de su aportación como patrimonio común a las vinculaciones que resultan del fin social, fin común del grupo” y es el fin común el que hace nacer relaciones jurídicas para el grupo, relaciones jurídicas que tienen por objeto el conjunto patrimonial formado por las aportaciones de los socios. Cuando el grupo decide – a través del contrato de sociedad – mantener relaciones jurídicas como tal, la unificación del patrimonio resulta de la unificación del fin y la actuación como grupo. Flume, *Allgemeiner Teil*, pp 119-120 y 123: V., también, Lipp, Martin, *Persona moralis*, “juristische Person” und “Personenrecht” - eine Studie zur Dogmengeschichte der “juristischen Person” im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert, in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno Bde. 11/12 (1982/83), Tom. I, S. 217-262. En este trabajo se explica cómo el problema que se pretendía resolver con el principio de la mano común era el de contemplar un patrimonio perteneciente a varias personas – en particular al matrimonio – como una unidad (*unum idemque patrimonium*), es decir, *el principio de mano común es el principio de la unificación patrimonial de un conjunto de bienes pertenecientes a varias personas*. Y nos cuenta Lipp que Hasse, en 1808 encontró la solución – no en la comunidad romana – sino en la persona jurídica: el matrimonio era una persona jurídica. Hasse utiliza, pues, un concepto de persona jurídica mucho más simple que el de la corporación: como varias personas que tienen una única voluntad, un “arbitrio unificado” que abarca los derechos y obligaciones de varias personas. Lipp afirma que, al Derecho Natural, la idea de la persona jurídica, era completamente ajena. “*La idea de un sujeto jurídico autónomo, independiente de las personas naturales aparece por primera vez en el cambio al siglo XIX*, siglo en el que se consolida con apelación a argumentos propios del iusnaturalismo. Hasse justifica la utilización de la denominación “persona jurídica” para expresar que “*sólo a través de la finalidad jurídica, la persona tiene existencia*” y dice Lipp que, con eso, podía empezar la discusión dogmática del concepto de persona jurídica: *patrimonio unificado por un fin*. Y, tras analizar el concepto de *persona moralis* en Pufendorf, dice que “ese concepto de persona incluye tanto individuos como grupos que constituyen una unidad gracias a un vínculo moral (persona composita)”. De manera que la exposición de Flume tiene aquí sus bases: una persona no definida por su carácter humano, sino por su posición social (como titular de derechos y como obligado jurídicamente). Porque tiene un patrimonio, es considerado una persona. Añade Lipp que Pufendorf está lejos del concepto de persona jurídica contemporáneo porque Pufendorf no vé a las personas jurídicas como sujetos dotados de capacidad jurídica general sino que esas capacidades dependen del *status* del titular, por tanto, *los sujetos con capacidad jurídica general son sólo los individuos*. La cuestión de quién es el titular del patrimonio lo resolverá Pufendorf acudiendo a la división de la propiedad (dominio útil y dominio eminente). Por tanto, Pufendorf no puede verse como un predecesor de la doctrina de la personalidad jurídica moderna. Esta discusión moderna utiliza, sin embargo, argumentos del iusnaturalismo como es la asociación entre personalidad y voluntad. El sometimiento de la voluntad del individuo a una autoridad constituye la esencia de la *persona moralis composita* como “un acuerdo contractual entre varios individuos para compartir la posición de un individuo sometiéndose a una voluntad común”. Esta construcción no es aplicable a las personas jurídicas en sentido estricto: la persona jurídica corporativa se concibe como un sujeto de Derecho completamente independiente de sus miembros. Wolff eliminará la conexión con el *status* y afirmará que la posición jurídica del individuo no es ya un accidente de un *status* objetivo en el que el individuo entra y sale. El individuo será la persona como sujeto de los derechos y obligaciones. El *homo moralis* es, sin embargo, también una ficción jurídica que permite equiparar a individuos y organizaciones y avanzar hacia la concepción de la persona como sujeto de imputación de derechos y obligaciones y, con ello, lograr la equiparación. El concepto de sociedad de Wolff se limita a ser un “*vinculum quoddam inter socios*” y, dado que sujeto de derecho solo puede ser el individuo singular, “una ampliación de la capacidad jurídica más allá del individuo resulta impensable”. La *societas* es solo un pacto, pero en las relaciones con los terceros, hacia fuera, y en su posición en relación con el patrimonio, la *societas* aparece como un objeto de imputación unitario, como una Persona. Pero eso no significa que se trate de un sujeto jurídico separado de sus miembros, es decir, un titular del patrimonio distinto de sus miembros. El patrimonio de la sociedad es propiedad de los socios pro parte rata. De manera que para Wolf los “titulares de derechos y obligaciones no es la *societas*, sino

Pero – continúa Girón – “no hay subjetivación impersonal” porque “las relaciones jurídicas se anudan a las personas de los socios tomadas en conjunto... dependen de las personas”. “las sociedades de capitales... son las que deben considerarse investidas del atributo de la personalidad jurídica”... (la Ley)... da lugar al nacimiento de la

siempre los miembros individuales”. La personificación de la *societas* como persona *moralis* se produce a finales del siglo XVIII y la equiparación Persona – sujeto de Derecho – e individuo se producirá con Savigny. La evolución de la personalidad jurídica del Derecho de Personas al Derecho Patrimonial se produce una vez que *se autonomiza el significado jurídico de la capacidad jurídica respecto de la idea de personalidad moral* (de sujeto moral de los individuos). El concepto de capacidad jurídica es un concepto exclusivamente jurídico y, por tanto puede ser comprendido de forma independiente de los individuos. Puede nacer la doctrina de la persona jurídica como sujeto fingido. Fingimos una persona con finalidades jurídicas. Y de ahí la persona jurídica como titular artificial de un patrimonio. La conclusión es que no es hasta Savigny cuando se separa la confusión típica del iusnaturalismo entre el Derecho de las personas y Derecho patrimonial y se atribuye a las personas jurídicas una capacidad jurídica exclusivamente patrimonial. Al parecer, fue Austin el que introdujo el término “legal person” en inglés, en 1831, traduciéndolo del alemán “juristische Person”. La falta de sofisticación del discurso jurídico inglés de la época se refleja bien en el tratamiento de la distinción entre Corporations and Partnerships d Lindley (1860) “A Corporation, he said, is a fictitious person, created by special authority and endowed by that authority with a capacity to acquire rights and incur obligations, as a means to the end for the attainment of which the corporation is created. Although it consists of several individuals, its rights and obligations are quite separate from theirs, and are enforceable only collectively. A Partnership, on the other hand, is not a collective whole distinct from the individuals composing it, and its rights and liabilities are theirs and are enforceable by and against them individually... a partnership is an agreement by a number of persons to carry on a business for profit, and to share the profits not as members of a body corporate but merely as individuals who have entered into an agreement to that effect... Partnerships are subdivided into Partnerships... and Companies. The first consists of a few individuals known to each other who cannot retire from the firm without the consent of the others. The latter consists of many individuals not necessarily acquainted with each other at all, so that it is a matter of comparative indifference whether changes amongst them are affected or not... It may be said that the law of companies is composed of little else than the law of partnership modified and adapted to the wants of a large and fluctuating number of members”. Dice Stein que Lindley no se dio cuenta de que si una company podía demandar y ser demandado y ser propietaria, era una persona jurídica distinta de sus miembros en el mismo sentido que lo era una corporación. Estas companies que no eran creadas por un decreto del Parlamento pero tampoco encajaban en el Derecho de las partnerships resultaban incalificables para los juristas ingleses de la época. Dice Lindley que las companies (sociedades anónimas sin "incorporation") “are not pure partnerships, for their members are recognised as an aggregate body; nor are they pure corporations, for their members are more or less liable to contribute to the debts of the collective whole”. Con la Companies Act de 1862, los jueces ingleses dispusieron de un marco en el que resolver los conflictos internos o con acreedores de las companies, el “Memorandum of Association, published when the Company was formed, could not be subsequently changed”. El problema principal era el de los actos ultra vires de los administradores y si obligaban a la Company y la forma de abordarlo indica que los jueces ingleses – Willes 1871 – “implied that the shareholders and the Company were the same person in law, just as partners and the partnership were one and the same”, es decir, que las companies inglesas en 1871 no eran vistas como corporaciones, sino como partnerships y éstas no tenían reconocida personalidad jurídica distinta de sus miembros. En 1875, se decide el caso *Ashbury Railway Co. v. Riche* y se refuerza la doctrina ultra vires declarando “void ab initio” y sin posibilidad de ratificación por parte de los accionistas cualquier contrato celebrado por los administradores fuera del objeto social⁸⁷. La falta de armazón conceptual del Derecho inglés llevó a utilizar la agency y el trust para resolver los problemas prácticos. Por ejemplo, cuando una Company compró acciones de otra, el acto fue declarado ultra vires pero se consideró que la primera adquiriría la propiedad de las acciones por aplicación analógica de las normas del trust que preveían tal solución para los actos del trustee fuera del objeto del trust. Los autores ingleses, nos dice Stein, se pasaron de la teoría de la ficción de Savigny a la teoría realista de Gierke y Dicey dijo “when a body fo... men bind themselves together to act in a particular way for some common purpose, they create a body which by no fiction of law but from the very nature of things, differs from the individuals of whom it is constituted”⁸⁷. Los jueces, como demuestran los casos *Salomon y Daimler*, actuaron contradictoriamente. “Lacking a theory of their own, the commonlawyers applied whichever seemed to produce the result they desired, and left it to the professors to explain what has been decided as rationally as they could”. Stein, Quaderni, p 510 ss.

personalidad jurídica... (y) (la)... sitúa... como sujeto de las relaciones sociales. Respecto de éstas últimas, Girón se suma a la doctrina alemana que reserva para las corporaciones la calificación como personas jurídicas:

“Esta aparece como un sujeto de derecho... a este sujeto se le dota de un patrimonio absolutamente independiente y perfectamente acotado y responsable... la persistencia del nuevo ente se asegura frente al cambio de miembros, se despersonaliza respecto de sus componentes. El nuevo sujeto necesita de una estructura corporativa por esa independencia: estatutos, régimen de mayorías, órganos, etc., son las consecuencias”⁸⁸.

Obsérvese, pues, que Girón no niega que las sociedades de personas tengan personalidad jurídica - sean sujetos de Derecho -. Simplemente considera que “no hay subjetivación impersonal” y quiere reservar la calificación como persona jurídica para los casos en que tal subjetivación “impersonal” exista⁸⁹. La influencia alemana parece clara. Dice Flume citando a Gierke (que formuló la tesis que afirmaba la capacidad jurídica y de obrar de la comunidad en mano común) que, según Gierke, “la comunidad en mano común societaria, como <<unidad colectiva>> (Flume dirá, “como grupo”) posee capacidad jurídica, sin que eso signifique que sea una <<persona>>”⁹⁰. Obsérvese que, en los Derechos latinos, personalidad jurídica y capacidad jurídica son sinónimos. No así en la doctrina alemana donde la utilización de la denominación “persona” se reserva para aquellas organizaciones que tienen órganos, que tienen *corpora*, es decir, justamente, para las corporaciones.

Girón tiene aparentemente razón ya que en las sociedades de personas no hay centralización de la gestión de los activos comunes en el tráfico externo. En efecto, la regla por defecto en las sociedades colectivas es que todos los socios son administradores (art. 129 C de c). Sin embargo, esto no quiere decir que no haya “organización”. *Sólo en el caso de que la sociedad haya optado por un sistema de administración mancomunado de todos los socios puede afirmarse que virtualmente resulta equivalente a la inexistencia de organización*. El Código de Comercio no establece la administración mancomunada como forma de administración supletoria. El Código regula la administración privativa pero, cuando regula la

⁸⁸ Girón, *Derecho de Sociedades*, p 170.

⁸⁹ La referencia al “alejamiento” de los socios-copropietarios respecto de los bienes individuales que constituyen el patrimonio social gracias a que el comunero (en la comunidad en mano común) es titular de una “parte” del conjunto patrimonial y no de una cuota en cada uno de los bienes que forman éste es especialmente brillante. Debe recordarse, no obstante, con Miquel que en materia de derechos reales rige el principio de especialidad, de modo que “la propiedad como la copropiedad recaen sobre cosas singulares... A determinados efectos, un conjunto de cosas puede ser tratados como un conjunto, razón que puede consistir en la existencia de un vínculo entre ellas (la afección de todas ellas al fin común en los términos del Derecho de Sociedades) o entre los sujetos titulares” (que estén vinculados por un contrato de sociedad) Miquel pone el siguiente ejemplo: “Si dos personas son copropietarias de dos inmuebles, no tienen una sola comunidad de bienes sólo por eso. Tienen dos copropiedades. Pero si los dos inmuebles forman parte de un herencia a la que han sido llamados a título de herederos... tienen una única comunidad... también la comunidad matrimonial de bienes recae sobre un conjunto de bienes... los vínculos entre los herederos... y los cónyuges dan unidad a los bienes y entonces se puede hablar con más propiedad de comunidad de bienes en plural”. Miquel AAMN, LIII, (2013), p 355 y Miquel, José M^a, *Comentarios al Código Civil*, Edersa, Madrid 1985, tomo V-2º, p 29.

⁹⁰ Flume, *Allgemeiner Teil*, p 55. Y, en p 56: “la comunidad en mano común toma parte en la vida jurídica como unidad organizativa de las personas que forman parte de ella... el grupo, en sí mismo, es un sujeto jurídico.

administración solidaria de todos los socios, lo que ese y otros preceptos establecen es, precisamente, *la unificación del grupo en las relaciones con terceros*. Que todos los socios pueden vincular a la sociedad con terceros significa *que cualquiera de los socios vincula a la sociedad y, por tanto, que no necesita del concurso de los demás socios para vincular efectivamente el patrimonio social*⁹¹. Lo que no tiene la sociedad colectiva son órganos. Pero sí está dotada de una organización que permite al grupo mantener relaciones con terceros: la administración solidaria.

Por tanto, parece preferible hablar de personalidad jurídica simple y personalidad jurídica corporativa como han hecho otros autores posteriores⁹². Contra la opinión de Girón, el codificador civil no se equivocó⁹³ al afirmar que las sociedades externas tenían personalidad jurídica (debió decir, - según Girón - que el conjunto de bienes afectos al fin común, al fin social, era de los socios en régimen de mano común) sino que dio un salto desde la copropiedad romana a la personalidad jurídica⁹⁴. Y el salto tenía todo el sentido. Si el Código Civil no contenía - en la regulación de la sociedad civil - una regulación de la comunidad de bienes en mano común⁹⁵ a la que hubieran podido

⁹¹ En las relaciones internas, la Ley supone que las decisiones sobre el patrimonio común se toman conjuntamente. Que los socios colectivos sean representantes natos y solidarios de la sociedad no se traduce en que puedan tomar decisiones respecto del patrimonio común de manera individual. Así, el art. 129 C de c obliga a los socios a ponerse "de acuerdo para todo contrato u obligación que interese a la sociedad". Y si uno se opone, "no deberá contraerse ninguna obligación nueva" (art. 130 C de c, aunque, frente a terceros, la sociedad quede vinculada).

⁹² Dice Girón que "no hay subjetivación impersonal" porque "las relaciones jurídicas se anudan a las personas de los socios tomadas en conjunto... dependen de las personas". "las sociedades de capitales... son las que deben considerarse investidas del atributo de la personalidad jurídica"... (la Ley)... da lugar al nacimiento de la personalidad jurídica... (y) (la)... sitúa... como sujeto de las relaciones sociales.

⁹³ Girón, *Derecho de sociedades*, p 170. En efecto, Girón termina su exposición diciendo que el codificador se equivocó ("se está poco dispuesto a aceptar que el legislador... pueda equivocarse" en materia de conceptos) porque hay responsabilidad de los socios por las deudas sociales y ésta es directa y no subsidiaria: el legislador se habría equivocado al "decir", por un lado, el art. 1669 CC, que la sociedad civil tiene personalidad jurídica y dibujar, por otro, un régimen jurídico que se corresponde más con la ausencia de separación patrimonial entre los bienes afectos al fin común y el patrimonio individual de los socios. Y lo propio ocurre con las sociedades mercantiles aunque en éstas la responsabilidad de los socios es subsidiaria respecto de la de la sociedad. El artículo 1669 CC sólo niega personalidad jurídica a las sociedades que mantengan en secreto sus pactos y en las que cada socio contrate por su cuenta con terceros.

⁹⁴ Como recuerda Miquel, "la remisión del art. 1669 a las normas de la comunidad suscita la cuestión de si la comunidad existente se debe entender organizada bajo las reglas de la comunidad por cuotas o las de una comunidad en mano común. Creo que el supuesto al que se refiere el art. 1699 es al de una comunidad por cuotas. Si la comunidad estuviera organizada como comunidad en mano común, eso podría dar lugar a que se considerase unificado el grupo como sujeto unitario de derechos y obligaciones, lo cual daría lugar a que la sociedad se estructurara como externa" con cita de Paz-Ares, *Curso de Derecho Mercantil*, p 446.

⁹⁵ Nos referimos a la sociedad civil, la estructura de la comunidad matrimonial (sociedad de gananciales) o la hereditaria no se incluyen en la discusión. De forma semejante, en Alemania, el primer proyecto de Código Civil configuró la sociedad civil como una pura *societas* obligatoria; en el segundo proyecto se la configuró como una sociedad con patrimonio en mano común pero el codificador no dio el paso final para considerar que dicho patrimonio era de la sociedad y afirmó en el § 718 f. BGB que el patrimonio social era un patrimonio común de los socios, expresión claramente diferente de la clara subjetivación de la sociedad colectiva en el § 124 HGB, kennen, Schmidt, Karsten, *Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des „Allgemeinen Teils"*. Dogmatisches Konzept und Wirkungsgeschichte von Werner Flumes, *Personengesellschaft*, Archiv für die civilistische

remitirse las normas del Derecho de Sociedades para regular las relaciones patrimoniales de los socios y, entretanto, la constitución de sociedades anónimas se había generalizado y privatizado y, como hemos visto, se había atribuido personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles cualquiera que fuera la calificación dogmática que correspondiera a una sociedad colectiva o comanditaria en la etapa previa al Código de 1885⁹⁶, tenía todo el sentido que el legislador se remitiera, también para la sociedad civil, a la estructura patrimonial de las sociedades mercantiles – la personalidad jurídica –. La propuesta de Girón, en definitiva, no era útil para el codificador español porque el Código civil español había regulado la comunidad de bienes tomando como modelo el de la comunidad romana por cuotas⁹⁷. Sin una regulación de la comunidad en mano común, la remisión del art. 1669 CC no podría haberse hecho a los arts. 392 ss⁹⁸. En la reconstrucción de Paz-Ares⁹⁹, se da el paso final y se acepta, con el codificador civil, llamar persona jurídica a lo que Girón consideraba como una comunidad en mano común.

Se evitó así la fenomenal discusión alemana sobre la naturaleza jurídica de la comunidad en mano común, causada, según Karsten Schmidt porque los codificadores del BGB despreciaron, como lo habían hecho los pandectistas, las figuras societarias incluidas en el Código de Comercio (HGB) cuando configuraron, en el Código Civil, las categorías de personas, incluyendo exclusivamente los individuos y las personas jurídicas de estructura corporativa. Dejaron fuera las sociedades de personas y ha sido la jurisprudencia la que ha “trasladado al Código Civil los principios del Código de Comercio” a este respecto¹⁰⁰.

La discusión parece hoy cerrada en el sentido de *considerar la comunidad en mano común como estructura patrimonial de las sociedades de personas como un sujeto jurídico (grupo) titular del patrimonio común y no meramente como un patrimonio cuyos elementos están vinculados entre sí por un fin común*¹⁰¹ (el de la

Praxis, Vol. 209 (2009), págs. 181-204, p 186, disponible en http://www.direitointemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/2-SCHMIDTKarsten_Die_Personengesellschaft_als_Rechtsfigur.pdf

⁹⁶ Ni que decir tiene que en nuestro ordenamiento no hubo una discusión comparable a la que tuvo lugar en Alemania en relación con la estructura patrimonial de las sociedades de personas. V., supra nota XX donde se exponen las autoridades que indican que la discusión teórica de la personalidad jurídica se inicia a finales del siglo XVIII.

⁹⁷ En el caso alemán, la sociedad civil se concibió, en los primeros trabajos del Código Civil, al modo español, esto es, como una *societas* entendida, a la romana, como una relación meramente obligatoria y, por tanto, sin regulación del patrimonio – inexistente – atribuido a la sociedad. Por influencia de los germanistas, se configuró la *BGB Gesellschaft* finalmente como las sociedades mercantiles lo habían sido en el Código de Comercio, es decir, como comunidades en mano común en su aspecto patrimonial.

⁹⁸ Miquel, *AAMN*, LIII (2013), p 382.

⁹⁹ V., sobre todo, Paz-Ares, *Comentario art 1669*.

¹⁰⁰ Schmidt, *AcP* 209(2009) p 186; Und schliesslich wäre es nicht recht einsichtig, dass die besonderen Formen der Personengesellschaften rechtsfähig sein sollten, nicht aber deren dogmatischen Grundform, die GbR. Der BGH hat hieraus die richtigen Konsequenzen gezogen und der (Aussen) GbR Rechtsfähigkeit zuerkannt“ Staake, *Gesamthand*, p 6.

¹⁰¹ Flume, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I-1. Die Personengesellschaft*, Berlin 1977, p 1 ss; p 4: y en pp 54 ss.

sociedad a cuyo fin sirve el patrimonio; el del mantenimiento de la familia en el caso de la comunidad ganancial y el del reparto de la herencia previo pago a los acreedores del causante en el caso de la comunidad hereditaria que son las “Gesamthand” que conoce el Derecho positivo alemán) *pero del que serían titulares los comuneros* (los socios de la sociedad, los cónyuges o los herederos)¹⁰².

Así, la doctrina más moderna, a partir del trabajo pionero de Flume, considera a la comunidad en mano común como un sujeto de Derecho en el que “el patrimonio común pertenece a un sujeto jurídico – la comunidad en mano común – y los comuneros sólo poseen y son propietarios de una cuota en el conjunto patrimonial. No hay, en absoluto, propiedad de los comuneros sobre cada uno de los objetos singulares que forman el patrimonio común... las agrupaciones de personas son, en la medida en que no se trate de sociedades meramente internas... personas jurídicas que pueden adoptar la forma de corporaciones... o de sociedades de personas externas... la figura de la comunidad en mano común ha tendido un puente que conduce finalmente a la figura de la personificación jurídica”¹⁰³. Flume ve la diferencia fundamental entre la

¹⁰² El reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades de personas se ha completado en Alemania con la Sentencia del Tribunal Supremo 29-I-2001, disponible en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7bd94a931421f91777c0b88bfc3724dd&client=3&anz=5&pos=3&nr=22085&Blank=1.pdf> V., Schmidt, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, 4ª edición, Colonia et aliunde, 2002, pp 196 ss, cuya exposición hemos seguido en el texto y Schmidt, *AcP* 209(2009) p 188 donde considera “doctrina dominante” la que reconoce personalidad jurídica a la sociedad civil. Apoyándose en Flume, señala Karsten Schmidt que el Derecho alemán padecía una contradicción entre el Código de Comercio y el Código Civil que debía resolverse: o el patrimonio en mano común pertenece a la sociedad (así el Código de Comercio) o pertenece a los socios (así el Código Civil). El hecho de que esté expresamente permitida la transformación de una sociedad civil – sin modificación de la personalidad – en una sociedad colectiva obliga, en su opinión, a dar prevalencia al Código de Comercio (pp 190-191); Otras indicaciones en Angelici, Carlo, *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, pp 7-8 y notas correspondientes, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1530746>. v., también Tröger, *Asset Partitioning*, p 18 para la traducción en terminología económica (*asset partitioning*, y *entity shielding*). Por lo demás, y como recuerda Pantaleón, el art. 35 CC refleja el “muy amplio concepto que, a diferencia de otros Derechos, el nuestro ha acogido en sus textos jurídico-privados fundamentales” Pantaleón, Fernando, *Asociación y sociedad*, *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1993, págs. 5-56., p 39.

¹⁰³ Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, p 198 y p 1786: la imposibilidad de disponer se extiende no sólo a los bienes individuales que configuran el patrimonio común, sino a las mismas participaciones en la sociedad. De ahí que los socios de una sociedad de personas no puedan enajenar su participación. Y p 184-185: para las sociedades de personas, la Gesamthand supone una personificación del grupo. El mérito de Flume, dice Schmidt (*AcP* 209(2009) p 199, se encuentra “no en haber formulado brillantemente la doctrina de la comunidad en mano común tomando como ejemplo la sociedad de personas, sino, por el contrario, en haber liberado a las sociedades de personas de las <<garras>> de la doctrina de la comunidad en mano común. La comunidad en mano común ha de delimitarse en relación con la comunidad por cuotas... pero no debería aplicarse a las denominadas, hasta ahora, sociedades en mano común”. Esta conclusión, dice Schmidt no se extiende, necesariamente, más allá de las sociedades de personas a la comunidad ganancial o a la comunidad de herederos (p 200-201 y el resumen de su posición en p 206) y de forma más contundente en Schmidt, *AcP* 209(2009), p 180 ss. Dos razones sobresalen para justificar el reconocimiento de capacidad jurídica a la sociedad civil externa en Alemania: la necesidad de explicar la posibilidad de transformación de una sociedad civil en una sociedad colectiva con continuidad de las relaciones jurídicas y, la necesidad de explicar dicha continuidad en el caso de que cambien las personas de alguno o algunos de los socios. Respecto de por qué no se aplica esta doctrina a la comunidad de herederos, su carácter involuntario es una poderosa razón y todavía más poderosa la ausencia de una organización para mantener relaciones con terceros v., Reuter, Dieter, *Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit*, *AcP* 207(2007) p 676-678 que considera definitivo, sin embargo, la ausencia de continuidad en el caso de cambio en la posición de

capacidad jurídica de las sociedades de personas externas y las corporaciones en que, si el Derecho - alemán - sólo reconoce como auténticas personas a los individuos, las personas jurídicas corporativas son asimiladas a los individuos en todo cuanto no se trate de conductas o cualidades que sólo pueden predicarse de los individuos. Por el contrario, la capacidad jurídica de las sociedades de personas externas es limitada pero sólo en el sentido de que ha sido el contrato de sociedad y el fin común que generó su celebración lo que llevó al grupo a unirse de manera que el fin común - limitado - marca las relaciones jurídicas que el grupo ha querido unificar. Como hemos visto, esta "limitada" capacidad jurídica consecuencia del contrato de sociedad es lo que permitió que no fuera necesario resolver el problema de la responsabilidad ilimitada por las deudas sociales.

En otras palabras, el Codificador alemán utilizó la figura de la persona jurídica como contrapunto de los individuos - persona natural - tal como se había formulado dogmáticamente en esa época y dejó sin aclarar dónde encajaban las sociedades con patrimonio en mano común. Cuando se aclaró la naturaleza de estas, la división dual entre personas naturales y personas jurídicas se amplió con un tercer sujeto jurídico: las sociedades de personas externas. Así, el § 14.1 BGB, al definir el concepto de empresa dice que "empresario es una persona natural o jurídica o una sociedad de personas con capacidad jurídica..."¹⁰⁴.

La distinción entre sociedades de personas con capacidad jurídica y personas jurídicas deviene imposible. Afirmar, como han hecho algunos autores alemanes que "las sociedades de personas no tienen, a diferencia de las personas jurídicas, capacidad jurídica por sí mismas sino simplemente como comunidad de los socios que la forman" constituye una *petitio principii* porque da por supuesto - la diferencia entre sociedades de personas y personas jurídicas - lo que ha de ser demostrado¹⁰⁵. Tampoco es razonable decir que la capacidad jurídica de las sociedades de personas es "parcial", puesto que no hay límites legales a las obligaciones y derechos de los que puede ser titular una sociedad de personas y las normas que, específicamente, limitan la capacidad de determinados grupos de personas para actuar conjuntamente no dependen de la forma societaria sino de criterios muy variados (nacionalidad de los socios, etc). No obstante, esta idea está extendida, probablemente, porque la *summa divisio* entre personas naturales y jurídicas se explica por el intento del legislador de extender *in totum* y a salvo de norma en contrario, el régimen jurídico aplicable a las primeras, a las segundas¹⁰⁶.

La doctrina prácticamente universal basa la distinción entre sociedades de personas y corporaciones, no en la existencia o no de capacidad jurídica - de personalidad jurídica - sino en la diferente estructura de la organización: en la independización de la organización, en el caso de las sociedades de personas externas, limitada y absoluta en

coheredero. Que la comunidad de gananciales no es un sujeto de Derecho es también doctrina dominante. La discusión se ha extendido a las comunidades de propietarios.

¹⁰⁴ Staake, *Gesamthand*, pp 124-125.

¹⁰⁵ Staake, *Gesamthand*, pp 124-125.

¹⁰⁶ Staake, *Gesamthand*, p 125: hay posiciones jurídicas que solo los individuos - las personas naturales - pueden ocupar. Pero no hay dos tipos de capacidad jurídica ni capacidad jurídica parcial. v., también, *Hochedlinger* Gerhard- Die Übertragung von Unternehmen und Gesellschaftsanteilen nach § 142 HGB GesRZ 2002 1 pp 6-7 disponible en http://www.hlmk.at/pdf/GesRZ_200242159891b8dda.pdf.

el caso de las personas jurídicas corporativas¹⁰⁷. La diferencia entre la sociedad de personas externas y las personas jurídicas estriba en que la primera es una “asociación de personas” y la corporación es una “persona de base asociativa” que se independiza completamente de sus miembros¹⁰⁸.

Cuanto acabamos de exponer es coherente con el análisis que ha realizado Pantaleón de los artículos 35 y 36 del Código Civil. La personalidad jurídica se extiende, en la segunda mitad del siglo XIX, a todas las agrupaciones de personas y no se reserva a las corporaciones constituidas mediante un acto gubernativo. El artículo 35 CC enumera las agrupaciones de personas que tienen personalidad jurídica refiriéndose, en primer lugar, a las que acabamos de mencionar (“asociaciones de interés público”) y, a continuación, a todas las agrupaciones “de interés privado” incluyendo “a todas las sociedades mercantiles y a todas las asociaciones no sociedades (porque el art. 1665 CC definió la sociedad por referencia al ánimo de partir las ganancias de sus miembros) en la Ley de 1887” y a todas las sociedades civiles externas porque así lo había reconocido el propio Código Civil *in extremis* y *a contrario* en el art. 1669 CC¹⁰⁹.

En definitiva, con el planteamiento aquí realizado sobre las dos formas de propiedad colectiva disponibles (copropiedad o comunidad de bienes – con o sin sociedad interna - y persona jurídica), resulta preferible calificar como personas jurídicas a las sociedades externas y utilizar la organización personalista o corporativa como cualificación secundaria de las distintas personas jurídicas¹¹⁰. No hay, pues, tres formas

¹⁰⁷ Flume, *Allgemeiner Teil*, pp 90-91. V., Staake, *Gesamthand*, p 123.

¹⁰⁸ Flume, *Allgemeiner Teil*, p 89 y 94; Staake, *Gesamthand*, p 141-142

¹⁰⁹ Señala Pantaleón que el art. 35 CC no tiene utilidad normativa porque, como consecuencia de los cambios de última hora en la regulación de las personas jurídicas en el Código y de la promulgación reciente de la Ley de Asociaciones de 1887, los Codificadores se olvidaron de modificar el art. 36 CC para tener en cuenta, por un lado dicha nueva Ley de Asociaciones y, por otro, el reconocimiento generalizado de personalidad jurídica a las sociedades civiles. “lo que sucedió en noviembre de 1888 con la regulación de la sociedad no exigía ningún cambio en la redacción del artículo 35 CC – simplemente, el número 2º pasó a incluir más asociaciones civiles de interés particular, al contemplar, asimismo, las sociedades civiles”. Pero hacía falta “un cambio en la redacción del art. 36 por la evidente razón de que, entre las <<disposiciones relativas al contrato de sociedad>> contenidas en el Código Civil ya no iba a existir normativa aplicable a las asociaciones de interés particular... sujetas a la legislación de asociaciones”. En efecto, como explica Pantaleón, esta normativa se introdujo y desapareció del Código en la fase final de su elaboración. La coherencia se habría salvado – continúa Pantaleón – si se hubiera redactado el art. 36 como sigue: <<Las asociaciones a que se refiere el número 2º del artículo anterior, y no sujetas a la legislación especial sobre ejercicio del derecho de asociación, se registrarán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste”. Pantaleón, *ADC*, 1993, págs. 5-56., especialmente pp 34 ss. Las conclusiones de Pantaleón en el sentido de que (i) no deben aplicarse las normas sobre la sociedad civil a las asociaciones de interés privado – ej., una sociedad gastronómica – sino las normas sobre las asociaciones y (ii) que el patrimonio de estas asociaciones puede revertir a los asociados en caso de disolución (v., Ley de Asociaciones vigente, arts. 7.1 k y 17) salvo para las asociaciones de interés público, son plenamente compartibles. Para la discusión semejante en algún sentido respecto del § 14 BGB v., Reuter, Dieter, *Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit*, AcP 207(2007) pp 674-675.

¹¹⁰ La diferencia fundamental entre las sociedades de personas y las sociedades de estructura corporativa se encuentra en el nombramiento de individuos como únicos legitimados para vincular el patrimonio común con terceros. “El poder de representación no deriva directamente de la condición de socio, sino que exige un nombramiento específico como órgano de representación, nombramiento que puede recaer en un socio o en un tercero”, Reuter, *AcP* 207(2007) p 694. Quien subraya la conexión de la prohibición de *Drittorganschaft* en las sociedades de personas con la responsabilidad ilimitada de los socios y con los límites a la autonomía privada (*Selbstentmündigung*): el no-socio sólo

de organizar la propiedad colectiva (comunidad por cuotas o romana, comunidad en mano común o germánica y personalidad jurídica). Hay sólo dos: o los bienes son de los individuos que los ostentan en común o son de una *persona ficta* de la que son miembros los que han constituido el patrimonio común.

El razonamiento – y el error – de Girón se comprende mejor si se tiene en cuenta que *los conceptos de persona jurídica y corporación están originalmente unidos*. No hay personas jurídicas de base personal (las fundaciones eran las de base patrimonial) en el siglo XVII que no sean corporaciones y esto explica igualmente la discusión alemana a la que hemos hecho referencia más arriba. Esto no quiere decir que, en algún momento, cambiase la “naturaleza jurídica” de la comunidad en mano común. Quiere decir sólo que la elaboración de la doctrina de la personalidad jurídica es obra de la pandectística alemana de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Como recuerda Orestano,

“es en el siglo XIX, cuando la expresión <<persona jurídica>> alcanza contenidos cada vez más simétricos con los de la <<persona física>>”... “el esfuerzo de los juristas ha consistido en reconducir los conceptos de corpora y de universitates (el primero referido a los grupos de individuos y el segundo a los grupos o conjuntos de cosas) a la noción de persona como hombre o individuo para asimilarla a éstos últimos por vía de analogía”¹¹¹.

Señala Orestano que, en la experiencia romana, las cuestiones que, en visión retrospectiva, se analizan bajo el paraguas de las personas jurídicas comprendían distintos problemas: las relaciones entre los miembros de un grupo y la organización de sus relaciones; la posición de la organización en el ordenamiento general; relaciones de la organización – del grupo de individuos o conjunto de bienes – con otros individuos o grupos; protección del uso y destino de los bienes. Pues bien, en la concepción moderna de la persona jurídica, se han separado, de nuevo, esas cuestiones. Lo que distingue unos tipos de personas jurídicas de otras son las reglas organizativas y no la consideración del conjunto de bienes como pertenecientes al grupo considerado unitariamente.

9. Algunas consecuencias para el concepto de personalidad jurídica

Esta exposición engarza limpiamente con la mejor descripción de lo que significa ser “persona” en términos jurídicos que debemos a Uwe John¹¹². Su aproximación parte del reconocimiento “de la existencia de relaciones entre sujetos entendidos estos como “decisores que tienen algún grado de autonomía”, es decir, que podemos atribuir una actuación a “alguien” y, en la misma medida, no se la estamos atribuyendo a otro. Un sujeto es alguien distinto del *resto a quien podemos imputar una actuación*, un comportamiento, una conducta. Por tanto, *son personas los que deciden, los que toman decisiones, los que actúan* y, en primer lugar, los individuos que actúan por

puede ser administrador no privativo. De ahí que considere como la diferencia fundamental entre unas y otras sociedades la existencia – en las corporaciones – de una “mitgliedersunabhängige Handlungsorganisation”. Este constituye el principal límite para configurar una sociedad de personas con una estructura corporativa v., no obstante, la AIE.

¹¹¹ V., Orestano, Riccardo, Il Problema delle Persone Giuridiche in Diritto Romano <http://es.scribd.com/doc/66735375/Riassunti-Orestano-Il-Problema-Delle-Persone-Giuridiche-in-Diritto-Romano>.

¹¹² John, Uwe, Einheit und Spaltung im Begriff der Rechtsperson, *Quaderni Fiorentini*, 1982, disponible en <http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/11/0949.pdf>.

cuenta propia¹¹³. Los incapaces no pueden actuar y, por tanto, el poder de decisión sobre ellos se “descentraliza”, es decir se traslada a otros individuos (el titular de la patria potestad, el tutor). Con las personas jurídicas, el poder de decisión se traslada de los individuos que forman parte de la organización a los individuos que actúan por cuenta de ellos en el seno de la organización. Un individuo adulto y capaz no necesita de una organización para actuar y, por tanto, representa el caso más simple de personificación. Puede ampliar sus posibilidades de actuar creando una organización. La más simple es otorgar un poder. En el caso de un individuo, la ampliación de la capacidad de actuación es voluntaria mientras que en el caso de una persona jurídica es necesaria. Así pues, *el primer y primigenio elemento de la personalidad jurídica es la capacidad de actuar con efectos. Los efectos se producen sobre aquellos bienes que responden de la actuación del sujeto*. El punto de partida es aquí que cualquier persona debe estar a las resultas de sus actos, - responde -, lo que significa que produce efectos jurídicos con sus actuaciones que tienen consecuencias.

“La cuestión práctica fundamental en último término es la posibilidad de ejecutar forzosamente los bienes de esa persona. La persona es titular de un patrimonio en el sentido de que tiene la posibilidad fáctica de usar un conjunto de bienes y tiene poder jurídico sobre esos bienes. La ejecución forzosa implica que se priva a esa persona de esos poderes (derechos subjetivos). Eso es lo que significa responder... Lo que distingue, pues, a una persona es la capacidad para responder... Pero el patrimonio responsable no tiene por qué ser el único que puede ser atacado por los acreedores. Así ocurre en la mayoría de las personas jurídicas pero la exclusividad del patrimonio atacable es sólo un paso hacia la completa autonomización, no un presupuesto de la misma.

Con ello, John se refiere a que nada impide que las sociedades de personas – en las que los acreedores de la sociedad pueden atacar los bienes de los socios porque éstos responden ilimitadamente de las deudas sociales – tengan personalidad jurídica si entendemos esta como un conjunto de bienes cuyo titular es un grupo que actúa y que responde, como grupo, de las consecuencias de su actuación.

Así pues, la segunda pieza de la personalidad jurídica es la *existencia de un patrimonio separado*, lo que no quiere decir comunicado con otros patrimonios que también pueden responder de lo actuado por la persona.

Por último, para que reconozcamos la existencia de alguien que actúa, *tenemos que poder identificarlo en el tráfico*. No hay persona que no esté dotada de identidad, de un nombre o una razón social. Si hay que recurrir a los nombres de los que forman parte del grupo para identificar a éste, será una señal de que nos encontramos con una insuficiencia de autonomía. El domicilio nos permite situar geográficamente al sujeto, es decir, determinar “dónde se le puede encontrar y entrar en contacto con él”. No hay personas sin domicilio.

Hay, pues, tres piezas en la personalidad jurídica: *la existencia de una simple organización para actuar* (el individuo es la organización mínima, la representación es una forma simple de ampliar la capacidad de actuación y la creación de una organización la más compleja en las sociedades de personas, la administración solidaria es una solución intermedia); *la separación patrimonial*, es decir, la identificación de

¹¹³ V., *supra* nota XX sobre la discusión al respecto entre los iusnaturalistas del siglo XVIII.

un conjunto de bienes con los que el que actúa responde de sus actos y la *identificación* del que actúa con un nombre¹¹⁴.

Sobre la base de estas tres piezas, John puede explicar que *la diferencia entre la sociedad civil y las sociedades mercantiles se encuentra, sobre todo, en la menor "identidad"*. Las sociedades mercantiles de personas están personificadas en cuanto que reúnen las tres piezas indicadas. Las figuras más alejadas de las anteriores pero que están en el mismo ámbito son la comunidad de herederos y la sociedad de gananciales. Carecen de identidad pero actúan y constituyen patrimonios separados. Sus características diferenciales se explican por la función que cumplen en el seno del Derecho de Sucesiones y de Familia.

Se relativiza con ello la distinción entre existencia o ausencia de personalidad jurídica. Pero - dice John - *no se trata de disolver el problema de la capacidad jurídica en un continuum difuso, sino de explicar con exactitud dónde se encuentra la capacidad jurídica plena y cómo se relaciona y distingue de grados menores de personificación* entendida como posibilidad de considerar que alguien es alguien distinto del resto. Cuando es un grupo de personas, dirá la doctrina, hablamos de unificación del grupo que aparece como alguien que actúa en el tráfico como un solo individuo - bajo un nombre común - y que responde como grupo de esas actuaciones con un patrimonio que está separado del patrimonio individual de cada uno de los individuos.

En el *common law* ocurre algo parecido (no podía ser de otra forma): se reconoce personalidad jurídica a las *partnerships* pero se distingue entre *incorporated* y *unincorporated* aunque las reglas aplicables a ambas son las mismas salvo en materia de privilegios. Como es típico en el *common law*, la elaboración teórica no llega a producirse¹¹⁵.

Un gran ejemplo de esta evolución de la configuración jurídica de la propiedad colectiva, de la copropiedad a la persona jurídica es la evolución de la regulación legal de los *montes comunales* en España¹¹⁶. Cuando la maximización del valor del recurso se logra, no extrayendo individualmente leña o pasto, sino explotando los bosques para vender la madera, la resina o los derechos de caza a terceros, el régimen legal tiende a la personificación del grupo. Históricamente, la regulación legal o consuetudinaria se limitaba a regular el uso individual del recurso común. La regulación moderna, sin embargo, asemeja a los vecinos de la parroquia o municipio donde se encuentran los montes de propiedad común a los miembros de una asociación¹¹⁷. Se reconoce al grupo capacidad jurídica; se crean órganos semejantes a los de una sociedad anónima etc. La

¹¹⁴ Estos tres elementos deberían ser los únicos de obligatoria inscripción en el Registro Mercantil. Respecto del resto de la organización social que da lugar a una persona jurídica, debería bastar con el depósito.

¹¹⁵ Ireland, Paddy, *Company Law and the Myth of Shareholder Ownership* (1999), *Modern Law Review*, 62 (1), pp. 32-57. https://kar.kent.ac.uk/1939/1/Myth_of_Shareholder_Ownership.pdf quien subraya la evolución del Derecho inglés en la dirección de "cosificar" las acciones como derechos subjetivos y no ya como mera documentación de una posición contractual en un contrato de sociedad a la vez que se independiza el patrimonio social de las personas de los socios.

¹¹⁶ La legislación española distingue entre montes cuyo uso corresponde a los vecinos y montes cuya titularidad corresponde a los ayuntamientos.

¹¹⁷ V., el caso de "La Saravillense", resuelto por la SAP Huesca 17-IX-1992 <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2008/02/para-la-discusin-en-la-primerasemana.html>.

razón no se escapa: los vecinos no están ya (tan) interesados en explotar individualmente el monte retirando leña o usándolo para pastar y lo están mucho más en explotarlo colectivamente recibiendo los rendimientos financieros de dicha explotación. La personificación es inevitable¹¹⁸.

Esta cuestión se plantea en la [Resolución de 20 de marzo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado](#). La «Organización Galega de Comunidades de Montes Veciñais en Man Común», pretende constituir una sociedad («Lonxa da Madeira e Produtos do Monte e do Rural, S.L.»), sociedad unipersonal. El Registrador y la DGRN lo plantean como una cuestión de personalidad jurídica: las comunidades vecinales carecen de personalidad jurídica y, por lo tanto, no pueden constituir una sociedad de capital. La DGRN entiende que, aunque las leyes (Ley 7/2012, de 28 junio, de montes de Galicia, artículo 20.3) que regulan los montes vecinales afirman que «las comunidades de montes vecinales en mano común tendrán plena capacidad jurídica para la realización de actos o negocios jurídicos vinculados a la gestión y defensa de los recursos de su monte», añadiendo el artículo 57.5 que «las comunidades de montes vecinales en mano común tendrán plena capacidad jurídica para la realización de actos y negocios jurídicos vinculados a la adquisición de nuevos terrenos que redunden en beneficio de la comunidad vecinal», *una cosa es la “capacidad jurídica” y otra la “personalidad jurídica”* (distinción claramente errónea ya que capacidad jurídica y personalidad jurídica son sinónimos). Continúa la RDGRN afirmando que “en las comunidades de montes vecinales en mano común no existe persona jurídica sino pluralidad de titulares de una propiedad colectiva, sin que cada uno de ellos tenga un derecho singular sobre la cosa, ya que es la pluralidad de sujetos la que tiene un único derecho total. El monte pertenece a la colectividad, no a los individuos singularmente, que carecen de autonomía e independencia, pues no pueden disponer de su parte ni pueden pedir la división de la cosa común al ser la suya una titularidad que les viene conferida en cuanto miembros del grupo social. No se trata de persona jurídica sino de una mera pluralidad coaligada de un número indeterminado y variable de personas unidas por un vínculo de carácter personal, su cualidad de vecinos. La composición personal del grupo cambia con el paso del tiempo (fallecimientos y nacimientos, cambios de residencia), pero el monte sigue perteneciendo al colectivo”. Obsérvese cómo la DGRN describe, en realidad, una corporación. El error de la DGRN se debe a que no respeta al legislador gallego que ha decidido personificar los montes comunales.

Se explica igualmente *el origen “público” de la sociedad anónima* ¿Dónde podían encontrarse las nuevas reglas que sustituyeran a las de la *commenda* y a las del condominio naval y que permitieran unificar a los comerciantes (actuar como si fueran uno solo) y separar un patrimonio de responsabilidad y dar duración indefinida a un grupo? En el siglo XVI, tales reglas, que combinasen la regulación de las relaciones entre un grupo de individuos conectados entre sí por algún criterio y la aplicación de las reglas de la propiedad individual a los bienes poseídos por ese grupo en cuanto a sus relaciones con terceros, se encontraban en las corporaciones. Las corporaciones medievales se conformaban por concesión real o eclesiástica de un privilegio – de una ley privada – a un grupo de personas que compartían una condición, actividad o posición social. El grupo era considerado como un individuo lo que le permitía tener

¹¹⁸ También tiene interés señalar que, en los common medievales se prohibía la comercialización a terceros del producto de la explotación de los bienes comunales: “One such rule was the express prohibition of the sale of produce from the common (wood, or milk from the commons’ cows) outside village borders, which helped protect the most valuable assets of the common against the negative side effects of the free market (commercialization and *overexploitation* in the case of the common)”, De Moor, *Silent Revolution*, p 199.

bienes, contratar, ser demandado – ventajas de la propiedad individual – y su “constitución” incluía las reglas de gobierno, es decir, las reglas sobre la formación de la voluntad de la *persona ficta*, y de ordenación de las relaciones – y conflictos – entre los miembros de la corporación en función de la finalidad o justificación que llevó a su erección como corporación¹¹⁹. La existencia de órganos que se “ocupan” por individuos permite hacer fungibles a los miembros de la corporación y dar vida eterna a la organización.

Sobre esta base *¿cuál es el indicador más fiable de la existencia de personalidad jurídica?* Probablemente, la naturaleza del fin común¹²⁰. Si los socios han creado un patrimonio común *para su utilización por los socios*, esto es, para obtener las economías de escala y aseguramiento inherentes a la propiedad colectiva, deberemos negar la existencia de personalidad jurídica. Si los socios han creado el patrimonio común *para explotarlo (fin común) mediante relaciones con terceros*, (incluyendo a los propios socios cuando su voluntad es la de ser considerados como terceros en relación con el patrimonio social¹²¹), esto es, para producir bienes o servicios para el mercado, existirá personalidad jurídica. De ahí que la tradicional afirmación que distinguía la sociedad de la comunidad en el carácter estático de la segunda frente al carácter dinámico de la primera tenía algo de cierta. De la voluntad de los cotitulares de explotar los bienes comunes mediante su intercambio en el mercado y no mediante su utilización por los cotitulares podremos deducir que quisieron constituir una persona jurídica, esto es, un “nodo para contratar”. Y, secundariamente, si las personas de los socios son irrelevantes, tendremos una corporación en lugar de una sociedad de personas.

En fin, sobre estas bases es fácil explicar por qué la creación de personas jurídicas puede remitirse a la autonomía privada y por qué, como ha explicado en particular Paz-Ares, debe considerarse que la personalidad jurídica de las sociedades externas

¹¹⁹ “The view that the corporation is an off-spring of the Church is the most plausible in my view and most uniquely European”. Harris, Ron, *The Institutional Dynamics of Early Modern Eurasian Trade: The Corporation and the Commenda*, 2007, disponible en <http://federation.ens.fr/ydepot/semin/texte0607/HAR2007INS.doc>. Más confusamente (no distingue adecuadamente entre corpora y universitates), De Jongh, Matthijs, *Shareholder Activism at the Dutch East India Company 1622-1625* (January 10, 2010). *Origins of Shareholder Advocacy*, Palgrave Macmillan 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1496871>.

¹²⁰ El fin común tiene una función diferenciadora en el plano de las relaciones obligatorias (causa). Permite distinguir el contrato de sociedad de los contratos sinalagmáticos y, singularmente, del mandato. Respecto de éste, el fin común “obliga” a reconocer personalidad jurídica a los socios como grupo en su actuación, respecto del patrimonio común, en la persecución de dicho fin común, Schmidt, *AcP* 209 (2009) p 192. O, como dice Reuter, el fin común es lo que permite afirmar que el grupo tiene que estar dotado de la “capacidad” para perseguirlo. Remitiéndose a Schmidt, señala que sólo tiene sentido atribuir capacidad jurídica a aquellos que tienen intereses propios que defender y perseguir. De ahí la trascendencia del fin común para la determinación de si se atribuye personalidad jurídica a un grupo, Reuter, *AcP* 207(2007) p 676 y p 680 y si ese fin común implica actuar en el tráfico – en el mercado – se comprende que, como se afirma en el texto, sea decisiva la naturaleza del fin común. Cuando los socios como grupo persiguen el fin común, no están persiguiendo intereses ajenos. Persiguen el interés propio hecho común, lo que conduce a la autonomía de éste (el interés “organizado”) respecto de los intereses individuales de los socios. Añade Reuter que, para poder perseguir ese interés común en el tráfico, es imprescindible, además, que el grupo pueda ser identificado como tal (nombre, domicilio).

¹²¹ Sociedades consorciales con personalidad jurídica tales como la Agrupación de Interés Económico. En la AIE, los socios, aunque reciben la prestación que realiza la agrupación, son considerados como terceros en el sentido de que se relacionan con la organización.

nace con la celebración del contrato de sociedad – externa – y por exclusiva voluntad de los socios de unificar un patrimonio y de actuar unificadamente en el tráfico¹²².

10. Ejemplo: el condominio naval y la commenda comparados con la compañía de comercio

El condominio naval y su regulación en nuestro Código de Comercio permiten mostrar cómo es la utilización por parte de los copropietarios del activo común en lugar de su utilización como bien de capital para producir bienes o servicios para terceros lo que permite distinguir la copropiedad de la personalidad jurídica. El interés añadido en su estudio consiste en que las corporaciones comerciales aparecen en el comercio marítimo sustituyendo al condominio naval. En el condominio naval hay comunidad de bienes y sociedad pero no hay personalidad jurídica porque los condóminos no querían explotar el barco prestando servicios a terceros (crear una empresa de transporte), sino obtener los beneficios de la propiedad colectiva cuando el tamaño mínimo de un activo es mayor que el necesario para su uso individual. Estamos en el segundo estadio de la construcción de la persona jurídica pues conviven copropiedad de un activo y sociedad.

Asumamos que varios mercaderes quieren construir o comprar un barco para transportar sus mercancías y venderlas en otro puerto, comprar allí otras mercancías que revenderán a la vuelta del viaje. Asumamos igualmente que la especialización no ha alcanzado el desarrollo suficiente como para que la actividad del transporte sea asignada a un empresario especializado que sea el que adquiera o construya y explote el barco mediante contratos con terceros (los comerciantes interesados en transportar sus mercancías), entre otras razones, a falta de una tecnología que permita construir barcos duraderos¹²³.

En el caso del condominio, son los propios comerciantes los que se autoproveen del transporte y viajan con sus mercancías. La *commenda* le permitirá utilizar los servicios de otro comerciante (o de un empleado o agente) para transportar las mercaderías al puerto de destino, venderlas, adquirir otras y revenderlas a la vuelta del viaje. Pero el barco es un activo demasiado costoso y demasiado grande y los viajes marítimos demasiado arriesgados para que sea eficiente que un solo comerciante sea el dueño exclusivo del barco. De forma que resulta preferible unirse a otros comerciantes y financiar en común la construcción y armamento del barco para, después, utilizarlo todos ellos para embarcar sus mercancías en proporción a su contribución. El Código de Comercio presume que estos comerciantes que se han unido para construir y explotar el barco *no son sólo copropietarios del buque sino que han celebrado, a la vez, un contrato de sociedad entre ellos pero no atribuye personalidad jurídica al "barco"*¹²⁴. Veámoslo más detalladamente.

¹²² Flume puede considerarse el pionero de esta forma de entender la existencia de personalidad jurídica de las sociedades. Lo decisivo es si la relación societaria se concibe exclusivamente como una relación jurídica entre los socios o si el grupo es parte de las relaciones con terceros. Actuación unificada en el tráfico y patrimonio separado del de los socios son los dos elementos – no separables – que configuran la personalidad jurídica de un grupo.

¹²³ O cualquier otra razón. Como veremos cuando comparemos el comercio trasatlántico español con el holandés e inglés, el sistema de flotas hizo innecesaria la corporación.

¹²⁴ V., Miquel, Jose M^a, Comentarios al Código Civil, Edersa, Madrid 1985, tomo V-2^o, p 24: “es decisivo para aplicar el régimen del condominio naval la ausencia de prueba en contra de la

Hasta la extensión de las sociedades anónimas, el capital fijo – los barcos – de las empresas comerciales marítimas se financiaba a través del condominio naval, *rederei*, *share venture*, *rederij* en los Países Bajos, *luoghi* en Génova, *Partido do meio* en Portugal, la *barca catalana*¹²⁵ etc... La *share venture* o propiedad compartida de los activos fijos – de los barcos – era la forma utilizada para “crear” y explotar eficientemente los activos fijos de alto precio. Los barcos eran activos de alto riesgo por la posibilidad de hundimiento, confiscación o asaltos piratas, de manera que, compartir la propiedad y con ello, la explotación y los riesgos, era eficiente¹²⁶. Piénsese, además, que un barco no podía utilizarse para más de 3 o 4 viajes sin someterlo a grandes reparaciones¹²⁷.

presunción de compañía”. Si el logra probar que no hubo voluntad de los socios de constituir una compañía, son de aplicación las normas del Código civil sobre la comunidad de bienes.

¹²⁵ “La cooperación entre varios capitalistas era otra de las soluciones adoptadas para financiar la construcción, aprovisionamiento y carga de una nave. Se trataba de una especie de sociedad mercantil en la que su caudal inicial era fraccionado; se dividía en un número determinado de partes, que eran suscritas por los asociados. Este sistema era similar a la barca catalana, donde las partes en que se divide el capital fundacional solían ser dieciséis, denominándose cada parte con el término «setzens». En el caso de Cádiz, resulta difícil conocer cuál era el sistema de copropiedad. Según se desprende de los contratos de compañía hallados, parece que la construcción de una embarcación conllevaba la constitución de una sociedad. Los socios podían ser dos, tres o más; cada uno de los cuales aportaba un capital, de modo que, sumados todos, importaban el precio del navío. Según las posibilidades financieras de cada socio, podían participar con el mismo capital, o con capitales diferentes, existiendo entonces, un socio o socios mayoritarios. Puesto que los barcos construidos en los astilleros andaluces estaban excluidos del tráfico con las Indias, era menester encargar la construcción fuera de la Bahía. Para supervisar todo el proceso de fabricación, uno de los socios se desplazaba a los astilleros hasta que la obra fuese concluida, encargándose de recibir el navío y navegarlo a Cádiz, corriendo todos los gastos según la participación de cada socio en la empresa...La posesión de una o varias partes del navío no tenía por qué implicar una asociación formal. Así, por ejemplo, los capitanes Manuel Gómez Prieto y Gaspar Romero Maldonado poseían, junto con Diego Girón, el navío «Ntra. Sra. del Pópulo y el Águila Dorada», por tercias partes. Sin embargo, la compañía que se constituyó para la explotación de dicho navío solo fue suscrita por los dos primeros socios mencionados, quedando Diego Girón fuera de ella por voluntad expresa.” Guadalupe Carrasco, *Cádiz*, p 161.

¹²⁶ Meir Kohn, *Business Organization in Pre-industrial Europe*, 2003, disponible en <http://www.dartmouth.edu/~mkohn/Papers/14.%20Business%20organization.pdf> texto sobre nota 103 “The share venture... provided... *the joint ownership of fixed capital*. ... There was nothing in the nature of a merchant’s business—purchasing goods to resell at a profit—that necessitated the ownership of fixed capital... It *addressed risk* by dividing ownership of a ship among a number of investors—from 16 to as many as 70—each of whom would purchase a single share. Many of the investors were merchants planning to sail on the ship in question, but the risk could be spread even further by selling shares to other investors not directly involved in the venture. Such investors often diversified by investing in the shares of several ships. Shares were more liquid than the underlying asset: they could readily be traded, inherited, used to secure a loan, or given in commenda... There is evidence of this arrangement in Venice from the eleventh century and in Genoa from the twelfth (shares were called *loca* or *luoghi* in Genoa and *carati* in Venice). The shared ownership of ships later spread to northern Europe. It was used to finance industrial fixed capital such as mills and mines in Italy, Germany, and the Netherlands. In the Netherlands, in the 1590s the structure was adapted, too, to finance commercial ventures. Dozens of *redirijen* were formed to finance trading ventures to Africa, the Americas, and the Indies. Those trading to the Indies came to be common in the Hansa, less common but known in England, and it became extremely popular in the Netherlands in the sixteenth century known as the *vóórcompagnieën*, and they were later united to form the Dutch East India Company”. V., también, Kohn, Meir, *The Cost Of Transportation In Pre-Industrial Europe* (January 2001), pp 28-30 Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=256600>.

¹²⁷ Leonor Freire Costa, *Making old institutional arrangements work under new competing environments: the case of the Portuguese Cape Route*, disponible en <http://history.uwo.ca/Conferences/trade-and-conflict/files/costa.pdf>

Cuenta Israel que, a finales del siglo XVI, no había grandes mercaderes en Holanda, y que la ausencia de grandes capitales determinó la forma de los condominios navales. En Amberes o Lübeck, durante el siglo XVI la propiedad de los barcos se dividía, a menudo, en no más de tres o cuatro partes. “Pero precisamente porque apenas había grandes comerciantes en los Países Bajos antes de 1585, se extendió la costumbre de dividir la propiedad de los barcos en mayor número de porciones, incluso aunque se tratara de barcos de construcción barata”. Así las partes alcanzaban el número de 16 o 32 e incluso 64”. Un armador de Amsterdam dejó, al morir en 1610, participaciones en veintidós barcos. Algunas eran 1/32¹²⁸. El efecto más importante de esta dispersión del riesgo y la propiedad de los barcos se puede imaginar: por un lado, los comerciantes de los distintos ramos (maderas, sal, grano) y por otro los constructores de barcos, los que tejían las velas etc, participaban en la propiedad de los barcos contribuyendo a facilitar su financiación, lo que redujo los costes de sus fletes en comparación con los que soportaban los competidores ingleses o de países mediterráneos. Por otro, se generó una cultura de copropiedad más allá del grupo familiar o de los empresarios que sin duda favoreció la formación y consolidación de mercados financieros (véanse los datos sobre la VOC que se resumen más abajo) llevando a Amsterdam a convertirse en la capital financiera de Europa en el siglo XVII y a proporcionar crédito a los intereses más bajos, lo que otorgaba a los comerciantes holandeses una ventaja comercial imbatible: podían pagar la mercancía por adelantado a los productores (de lana castellana, de mohair turco, de sal portuguesa o de vino francés) obteniendo mejores precios.

Por el contrario, el capital circulante – las mercaderías – se financiaban a través de la *commenda*. La diferencia entre estas dos formas de cooperación es que *la commenda no creaba un patrimonio común pero el condominio naval si lo hacía*. Es decir, en el comercio en el Mediterráneo, la *commenda* es la infraestructura jurídica del gobierno de las relaciones entre comerciantes (obligatorias) cuando la empresa se desarrolla en común por varios comerciantes y el condominio naval es la estructura jurídica patrimonial de la empresa comercial, es decir, articula la puesta en común de bienes de capital por parte de varios comerciantes. *El capital circulante – las mercancías – no se pone en común*: los comerciantes ponen en común fondos para crear los bienes de capital (los barcos) *pero ejercen el comercio individualmente* asociándose con otros (comerciantes y no comerciantes) a través de la *commenda*¹²⁹.

La *commenda*, en su forma más simple, es un acuerdo entre un *stans* o *commendator* que *proporciona las mercancías* que serán vendidas en otro puerto o *el dinero* para comprar mercancías en otro puerto y un *tractator* que se embarca y viaja con las mercancías. La *commenda* era una sociedad para un viaje determinado. Las pérdidas debidas a caso fortuito las asumía el *stans*.

La *commenda* podía ser unilateral o bilateral. En el primer caso, el *tractator* no aportaba más que su trabajo, en el segundo, el *tractator* aportaba también mercancías o financiación. De esta circunstancia dependía el reparto de las ganancias (1/4, 1/3, 1/2). Jurídicamente, la *commenda* unilateral era un contrato de agencia o de arrendamiento de servicios. En la evolución posterior, el *stans* será, a menudo, un mero financiador de la empresa del *tractator*. Cuando el *tractator* desarrollaba suficiente reputación y el entorno en el que se desarrollaban los viajes lo permitía, la comisión se transforma en contrato

¹²⁸ Israel, Jonathan, *Dutch Primacy in World Trade, 1585-1740*, 1985, pp 21-22.

¹²⁹ V., para lo que sigue, Kohn, *Business Organization*; Berman, *Law and Revolution*, p 351-352.

de sociedad. Así, en el primer caso, el *tractator* actuaba por cuenta del *stans*, de modo que las deudas originadas por aquél eran consideradas como deudas del *stans*. Posteriormente, al considerarse que el *tractator* actúa por cuenta propia, las mercancías aportadas por el *stans* pasan a ser propiedad del *tractator* (cuentas en participación) y el *stans* no es responsable, por ser deudas ajenas, de las deudas contraídas por el *tractator*. Obsérvese que, *de facto*, el *stans* conseguía limitar su responsabilidad sin intervención legislativa alguna y los acreedores del *stans* solo podían dirigirse contra el *stans* o, vía subrogación, contra el *tractator* por el crédito del primero contra el segundo.

En su forma más desarrollada, *el stans no es ya un comerciante que proporciona mercancías sino un no-comerciante que invierte en la empresa del tractator* – en el viaje – de manera que su posición es la de un socio comanditario.

Si el financiador podía asegurarse, razonablemente, su retribución, la *commenda* era preferida. Si el viaje era más arriesgado o el *stans* no podía asegurarse que el *tractator* cumpliría lo pactado, el recurso al *préstamo a la gruesa* era preferido¹³⁰. A pesar de que en España no se constituyó ninguna corporación comercial para explotar el comercio con América, la *commenda* fue frecuentemente usada por los comerciantes que introducían sus mercancías en la flota que cruzaba el Atlántico anualmente. Tomás de Mercado se refiere a ella¹³¹.

El préstamo a la gruesa o simplemente riesgo de mar fue utilizado extensivamente en el comercio trasatlántico español con América. Era un préstamo de financiación con un componente de seguro ya que el prestatario sólo estaba obligado a devolverlo si el viaje se desarrollaba con éxito. Eran préstamos de financiación porque el destino del dinero era, o bien armar los buques que se unirían a la flota en la Carrera de Indias, o bien financiar la compra de las mercancías que se trasladaban para ser vendidas en América.

Los cambios en la *commenda* sugieren que las regulaciones otorgaban al *socius stans* un derecho de satisfacción privilegiada (un privilegio) respecto de los bienes que pertenecían a la *commenda*, bienes que no podían ser atacados por los acreedores personales del *tractator* que, en caso de quiebra de éste, sólo podían atacar su participación en los beneficios del viaje. Y lo propio, respecto de su aportación, con los acreedores personales del *stans*. En relación con las deudas contraídas por el *tractator* en ejecución de la *commenda*, los documentos históricos no hacen referencia a la

¹³⁰ Según nos informan los historiadores, el préstamo a la gruesa fue el principal instrumento de crédito empleado en el comercio con América. Es importante recordar que, en esta forma de crédito, el prestamista – dador – no tiene derecho a reclamar la devolución del capital prestado y los intereses sino desde que el buque arriba felizmente a puerto. Había dos tipos: los concedidos sobre navíos y los concedidos sobre mercancías. “En el primero el dueño de la embarcación recibía un préstamo para financiar los gastos de la expedición tras hipoteca del propio barco; en el segundo un comerciante recibía mercancías, o dinero para la compra de mercancías, que eran embarcadas para las colonias... En el segundo un comerciante recibía mercancías, o dinero para la compra de mercancías, que eran embarcadas para las colonias. Lamikiz, Xabier, La financiación de la Carrera de Indias a la luz del comercio entre Cádiz y Lima, 1760-1797, disponible en <http://www.aehe.net/xcongreso/pdf/sesiones/redes-atlanticas/la-financiacion-en-la-carrera-de-india.pdf>.

¹³¹ Tomás de Mercado, Suma de tratos y contratos, 1586 disponible en <http://www.hacer.org/pdf/Tratos.pdf> El comercio trasatlántico español pudo organizarse con una eficiencia semejante al británico o el holandés sin el recurso a la corporación porque la Corona de España puso a disposición de los comerciantes las infraestructuras necesarias para la realización de los viajes. No es, pues, que el desarrollo hispano fuera menor, es que se utilizaron técnicas organizativas diferentes.

posibilidad de que el socio *stans* sea responsable de tales deudas. Sin embargo es posible que los acreedores del *tractator* ostentaran un privilegio sobre el fondo de la *commenda* por sus créditos generados en transacciones realizadas por cuenta de la *commenda*. La conclusión importante es que, como los negocios del comercio marítimo eran más rentables, el desarrollo institucional – contractual – es más avanzado en este ámbito y se traslada al terrestre.

El condominio naval reproduce la discusión acerca de las relaciones entre comunidad y personalidad jurídica. Repasaremos la que existió entre nuestros autores pero podemos adelantar la conclusión: el condominio naval es una comunidad sobre el barco. Como existía una cierta distancia entre los copropietarios y la utilización del barco y la propia construcción del barco formaba parte del acuerdo entre los copropietarios, junto a la copropiedad sobre el barco, los copropietarios celebran un contrato de sociedad¹³².

El Código de Comercio de 1885 reguló la copropiedad naval (art. 589 C de c) presumiendo que los copropietarios celebraban, simultáneamente un contrato de “compañía” entre los copropietarios¹³³. La discusión sobre la naturaleza jurídica del condominio naval se planteó por algunos usando erróneamente los conceptos de sociedad y de personalidad jurídica. Tras lo que se ha expuesto más arriba, está claro que los conceptos de sociedad y comunidad no se oponen entre sí y que la comunidad de bienes y la personalidad jurídica son las dos especies que pertenecen al mismo género. La confusión es fácil de producirse cuando el activo común no preexiste al acuerdo entre los copropietarios, sino, por el contrario, el acuerdo versa, precisamente, sobre la construcción del activo común.

Los que plantean correctamente la distinción afirman que el condominio naval es una comunidad (lo que apoyan en que hay referencias en la Exposición de Motivos del Código de Comercio a “un buque proindiviso” o al “condominio de una nave” y en que el origen del condominio puede no ser voluntario, como cuando se heredan las partes en la propiedad del buque compañía) y un contrato de sociedad entre los copropietarios, sociedad que se contrae expresa o tácitamente¹³⁴. Hay explotación

¹³² En la doctrina alemana, Schmidt considera el condominio naval como una sociedad externa con capacidad jurídica: “nicht Bruchteilsgemeinschaft an einem Schiff, sondern Personengesellschaft mit eigenem Gesellschaftsvermögen ist” aunque reconoce que “der Gesetzgeber des HGB die Reederei... nicht als Schiffahrtsunternehmen, sondern als gemeinschaftliches Eigentum an einem Schiff konzipiert hat” y un tratamiento fiscal favorable le ha dado, en el siglo XX, una nueva vida como instrumento de financiación de la construcción de buques., Pero, más adelante, distingue entre condominios que “als Schiffahrtsunternehmen fungieren” y “Partentreederei (que) nur der Verwaltung und Vercharterung eines Schiffes dient,... (que) versteht sich nur als Variante der vermögensverwaltenden Personengesellschaft”, Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, pp 1894, 1895 y 1896. El autor reconoce que la regulación legal está basada en la idea de copropiedad, como por ejemplo, que la *Reederei* no se constituya hasta que no esté construido el buque.

¹³³ Gabaldón García, José Luis y Ruiz Soroa, José María, *Manual de Derecho de la Navegación marítima*, Madrid 1999, p 253.

¹³⁴ Duque dice lo siguiente: “La comunidad de intereses preexiste, en este caso, a la sociedad. La constitución de la sociedad es ya, por eso mismo, un acto de la copropiedad, sometido a las normas que rigen el funcionamiento de la copropiedad. Por eso se dice habitualmente que en estos casos es posible la constitución de una sociedad mediante un acuerdo mayoritario. La sociedad que nace no se debe a un contrato, para el que se requeriría la unanimidad de todos los partícipes, sino que la sociedad se constituye mediante un acuerdo de los copropietarios que se refiere a un asunto de la comunidad. El copropietario disidente queda vinculado por el acuerdo mayoritario. Si no se separa de la sociedad, al amparo del artículo 592, el socio disidente forma parte de la sociedad... la asociación de condóminos se constituye, pues por un

común¹³⁵, pero eso no significa que la explotación consista en la producción de un bien o servicio para terceros. Son los propios dueños los que utilizan el buque¹³⁶. De la regulación legal, se deduce con claridad cómo el Codificador se aparta de las reglas de la copropiedad por cuotas pero lo hace, no para privar a los copropietarios de los derechos de uso, sino para maximizar el valor del buque como activo objeto de explotación por sus copropietarios, lo que exige limitar los derechos de los copropietarios pero no privarles de su fundamental derecho a utilizar lo que es suyo.

La creación de la figura del gestor y la adopción de decisiones por mayoría, y la separación patrimonial y la distinción entre acreedores del “condominio” y acreedores particulares de los copropietarios o socios (art. 589 VI C de c)¹³⁷ no son un obstáculo a esta afirmación. Tales reglas son necesarias, precisamente, para que las vicisitudes individuales de los copropietarios no afecten al derecho de los demás a utilizar el buque y para impedir comportamientos oportunistas por parte de los copropietarios que harían imposible la explotación eficiente del activo común. Y viceversa, los acreedores del buque no pueden dirigirse contra los copropietarios si éstos hacen abandono de su cuota, que es una característica fundamental de la propiedad.

acto voluntario. El Ordenamiento español, buscando la simplicidad de su constitución, supone esta voluntad en el hecho de que los condóminos acuerdan la realización de un viaje. La sociedad se constituye entre todos si los socios minoritarios disidentes no ejercitan su derecho a separarse de la sociedad o, en caso de que renuncien a su parte, entre los socios que acordaron el viaje”... La explotación del buque es consecuencia de una decisión voluntaria de los partícipes. *El hecho de que exploten el buque es un hecho concluyente inequívoco de esa voluntad*. Si no se estableciera esta nota (es decir, si no se exigiera, para aplicar las normas sobre el condominio naval y la constitución presunta de una sociedad entre los condóminos, que los condóminos hubieran aceptado explotar en común el buque) resultaría que las personas que adquieren incidentalmente la propiedad de un buque se encontrarían sometidas a un régimen pensado para la explotación empresarial conjunta de un buque en un tráfico arriesgado como es el tráfico marítimo”. v., Duque, Justino, El condominio de buques como tipo asociativo en el Derecho español, Duque, Justino, Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, Vol. 1, 1971, págs. 73-114.

¹³⁵ Es obvio (para el Código) que los propietarios del buque van a explotarlo conjuntamente y, por eso, se preocupa de organizar la concurrencia de titularidades... mediante normas que aseguren la formación de una voluntad conjunta de carácter mayoritario, de establecer un órgano que unifique y lleve a efecto la voluntad de los partícipes, también de dibujar, mínimamente, el ámbito de su poder, de defender mínimamente al socio concediéndole un derecho de separación, de regular la imputación final de gastos estableciendo la norma de proporcionalidad con las participaciones, de regular los conflictos entre los partícipes en orden al disfrute por alguno de ellos de la cosa común”, Duque, *Estudios Garrigues*, pp 73-114.

¹³⁶ En la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 se lee “Aunque el código vigente ha comprendido la necesidad de dictar algunas reglas especiales *sobre el modo de ejercer los derechos del dominio cuando éste viene a recaer en varias personas sin haber precedido pacto o convenio especial* son tan insuficientes las disposiciones que consagra a este particular, que quedan sin resolver varias cuestiones relacionadas con la administración del buque proindiviso”.

¹³⁷ “Por las deudas particulares de un partícipe en el buque, no podrá ser éste detenido, embargado ni ejecutado en su totalidad, sino que el procedimiento se contraerá a la porción que en el buque tuviere el deudor, sin poner obstáculo a la navegación” Dice Duque que, contra el aparente tenor literal del art. 589 C de c, no hay auténtica preferencia de los acreedores del condominio naval sobre los acreedores de los condóminos ni viceversa ya que el precepto se limita a decir que el acreedor de un condómino podrá embargar y ejecutar la parte de éste en el buque sin que la ejecución de la parte afecte a la “navegación”, esto es, al viaje lo que interpreta como indicativo de que no podían provocar la ejecución del buque en su conjunto.

El hecho de que se prevea un derecho al reparto de las ganancias que genere la explotación del buque (art. 601 C de c) tampoco es contradictorio. El Código de comercio dice “si hubiere beneficios” lo que indica que, *como en las formas mutualistas*, en la medida en que los copropietarios tienen que contribuir a sufragar los gastos que genere la actividad mutualizada, a la liquidación, puede resultar un excedente que habrá de repartirse.

El acceso de terceros al buque (art. 593 C de c) también puede explicarse como una forma de proteger a los copropietarios de un uso pernicioso para los demás por parte de cualquiera de ellos. En efecto, dice el precepto que los condóminos tienen preferencia para embarcar sus mercancías sobre los terceros “en igualdad de condiciones y precio”. Porque si pudieran reclamar para sí mejores condiciones que las de un tercero, impondrían a los demás copropietarios una pérdida (la diferencia con lo que estaba dispuesto a pagar el tercero) que éstos no tienen por qué soportar. La referencia al tercero es una forma de determinar lo que ha de pagar cada copropietario por utilizar el activo cuando, como ocurre con un barco, es necesaria no sólo la contribución inicial para construirlo sino sufragar los gastos que comporta su utilización. Por otro lado, si los copropietarios no agotan las posibilidades de utilización del activo común (piénsese, de nuevo en los montes comunales) tiene todo el sentido que se permita la utilización por terceros respetando la preferencia de los copropietarios.

Las reglas de los artículos 587 ss C de C. difieren de la regulación de la comunidad de bienes del Código civil: mayorías simples para decisiones de gestión sin revisión judicial frente a mayoría absoluta y posibilidad de revisión judicial en el caso de la comunidad de bienes (v., arts. 589 II y III y art. 600 vs., art. 398 CC). La existencia de un “representante de los condueños” para todo lo que tenga que ver con la explotación del buque, el “naviero gestor” (arts. 594 ss C de c) que se configura como un representante necesario de los “copropietarios” pero que tiene poder para vincular a éstos en relación con explotación del buque y lo hace “en nombre propio” (art. 595 C de c). El naviero obliga a los propietarios en relación con los actos de administración ordinaria pero no puede contratar un nuevo viaje sin autorización de los propietarios (en su nombramiento como naviero gestor -art. 597- o mediante votación mayoritaria, art. 598). La diferencia fundamental se encuentra en que los copropietarios del buque no tienen acción de división pero si hay discrepancia con la mayoría respecto a la administración del buque, pueden obligar a la mayoría a comprar su parte.

En todo caso, y aunque la regulación del condominio naval es más moderna que la regulación de la comunidad de bienes o copropiedad del Código Civil, comparte con ésta la misma *ratio*: el activo común – el barco – será utilizado por los copropietarios, de forma que el fin común que permite al Código de Comercio decir que se presume que se ha celebrado un contrato de sociedad entre los condóminos es explotar las ventajas de la diversificación de riesgos y las economías de escala en la utilización compartida del activo sin asumir los costes y los riesgos que derivarían de ser el único propietario. Esta configuración del condominio naval no ha sido modificada fundamentalmente por la nueva [Ley 14/2014 de Navegación Marítima](#) (arts. 150 ss).

Fuera del comercio marítimo, *la empresa y la familia están unidas en origen* cuando la producción – artesanos – empieza a hacerse en común¹³⁸. La diferencia

¹³⁸ “the relations between fellow workers were basically similar to the relations between members of the family household. The family household, in turn, found it necessary, if it also intended to be the basis for a commercial enterprise, to set up its bookkeeping system and to represent itself toward

estriba en que en la familia, el sustrato estaba ya – derivado de las relaciones familiares, mientras en que en la comunidad de trabajo entre artesanos, tenía que ser creada. Dice Weber que el origen de la responsabilidad de todos los socios por las deudas contraídas por cualquiera de ellos en el ejercicio del comercio derivaba de que los activos que respondían de tales deudas habían sido adquiridos en común (originalmente, heredados por los hermanos)¹³⁹. Y, más adelante, queda clara la responsabilidad del patrimonio común por las deudas comerciales contraídas por cualquiera de los socios, pero sólo por las deudas comerciales, no por las privadas de cada uno de ellos. En la Edad Media, pues, empiezan a aparecer deudas y créditos de la compañía y, por tanto, a consolidarse la idea de un patrimonio separado y de grupos de acreedores: los acreedores de la compañía y los acreedores individuales de los socios que habían de provocar la división del patrimonio de la compañía para poder atacar la cuota del socio-deudor. Se distinguen entre las transacciones hechas *pro societate* y las que no. Solo las primeras hacen responsable a la *societas* y se deduce tal consecuencia del uso de la razón social común (recuérdese que, siglos después, todavía los Códigos definirán la sociedad colectiva por referencia a que los socios actúan “bajo una razón común”). La idea de “*expendere nomine*” es central. “Conforme la empresa ganaba existencia independiente, contratar *pro societate* se convirtió en contratar <<usato nome delle compagnia>>. En los *Constitutum Usus* de Pisa, dice Weber¹⁴⁰, tenemos todos los rasgos de una sociedad comanditaria, es decir, un socio colectivo cuyos acreedores personales no pueden atacar los bienes de la compañía constante ésta y cuyos socios no pueden reclamar contra la sociedad como acreedores. El patrimonio dedicado a la actividad de la compañía se convierte en un patrimonio separado destinado a satisfacer preferentemente a los acreedores de la compañía y luego están los socios puramente financieros – los comanditarios –. La *compagnia de terra* – concluye Weber – parece o bien un arrendamiento de servicios a cambio de una parte de los beneficios o un préstamo parciario – asociación de cuentas en participación –, es decir, tarda más en asentarse la idea de que es un patrimonio separado, que se concibe sólo como propio de las corporaciones (*corpus societatis*). En todo caso, el inicio de la personificación del patrimonio societario se manifiesta en los privilegios en caso de quiebra y evoluciona sobre la base de construirlo de forma semejante al patrimonio de una corporación (¿una *universitas*?), lo que se traducía en que las transacciones realizadas por un socio fuera del giro o tráfico de la compañía no vinculaban a ésta y solo al actuante pero las transacciones realizadas en nombre de la compañía vinculaban al patrimonio social¹⁴¹, lo que sería una prueba de la personificación de la empresa como algo independientemente existente de sus socios¹⁴².

A los efectos que aquí interesan, y como se ha expuesto más arriba, también las sociedades de personas dedicadas a una actividad comercial – en la que los socios creaban un patrimonio común – eran consideradas personas jurídicas. Los bienes no

third parties – in short: to cover all aspects relevant to the law of property – the same way a commercial company did” Weber, Max, *The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages* p 93.

¹³⁹ Weber, Max, *Commercial Partnerships*, p 103 ss.

¹⁴⁰ Weber, *Commercial Partnerships*, p 134.

¹⁴¹ Weber, *Commercial Partnerships*, pp 171-172.

¹⁴² Termina Weber diciendo que no puede contestar a la pregunta de si la sociedad mercantil medieval era una *gesamt Hand* o no. Pero no tiene dudas de que “in terms of the law of property, the general partnership takes on the collective personality of the socii”. *Ibidem*.

pertenecían a los socios en copropiedad¹⁴³, de manera que no fue difícil para los romanistas construir la personalidad jurídica de las sociedades de personas una vez que la categoría se generaliza. En cuanto a la *responsabilidad de los socios* por los actos de cualquiera de ellos en nombre y por cuenta de la sociedad, se recurrió al mandato primero y luego al *institor* romano, equiparándolo al socio-administrador. El origen de la responsabilidad solidaria es la voluntad de vivir juntos para ejercer el comercio, juntos. Y luego se justificó con el uso de una razón común a cuyo nombre se celebraban los contratos.

11. La sociedad anónima como sucesora del condominio naval y la *commenda*

Esta infraestructura jurídica del comercio marítimo mediterráneo formada por la *commenda* y el condominio naval era insuficiente para el nuevo comercio trasatlántico. Ni la *commenda* podía servir de contrato para regular las relaciones entre los comerciantes que desarrollan conjuntamente la actividad comercial, ni el condominio naval servía como infraestructura jurídica de la titularidad de los activos cuando la empresa comercial deja de ser el viaje entre dos puertos del Mediterráneo o entre dos puertos atlánticos europeos y pasa a ser la creación de un comercio estable entre Europa y Asia o Europa y América. Esta actividad es tan diferente de la antigua que es necesaria una innovación jurídica. Por dos razones.

La primera es que los comerciantes no pueden financiar la nueva empresa recurriendo a la deuda (al préstamo a la gruesa) porque riesgos y beneficios son de una escala muy superior en la nueva actividad. De modo que los financiadores distintos de los propios comerciantes “activos” han de convertirse – de prestamistas – en dueños – titulares-residuales – y aportar capital de riesgo¹⁴⁴.

En efecto, la financiación vía deuda tenía que venir de la oferta de bonos al público y la deuda no era una buena forma de financiar los viajes trasatlánticos porque los titulares de los bonos no participaban en las ganancias – muy elevadas – si el viaje salía bien, de manera que la incertidumbre respecto a los resultados de los viajes impedía fijar con una mínima precisión el nivel de riesgo asumido por los bonistas y, por tanto, el tipo de interés que debían exigir¹⁴⁵.

¹⁴³ “From a historical and doctrinal perspective, the conception of the *societas* as a juristic person could, without a doubt, not be justified, but for the development of the law the jurisprudence of the time greatly facilitated the separation of the partnership fund from the partners’ personal assets as a separate fund, as it had no recourse to another category” Weber, *ibidem*.

¹⁴⁴ Cheffins, Brian R., *Corporate Ownership and Control*, Oxford, 2008 pp 133 ss: Durante los años previos a la constitución de la IEC y la VOC - de 1595 a 1601 -, *más del 20% de los barcos enviados a Asia se perdieron*. Así, según cuenta Robertson, de los 22 barcos que partieron de Holanda en 1598, solo 12 o 13 regresaron con un tercio de la tripulación de regreso, Robertson, *Capitalism*, p 263.

¹⁴⁵ Harris, Ron, *Law, Finance and the First Corporations* (January 20, 2009). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1330459>; “Risk and uncertainty were dominant characteristics of transatlantic trade. Merchants exposed their valued cargo to loss from hurricanes and other bad weather. Pirates and privateers preyed on vulnerable ships. Perhaps the greatest risk stemmed from the poor communication and great delays that characterized transatlantic trade: merchants always feared that the sudden appearance of competing supplies or even changing tastes might render their shipments worthless. According to one early modern economic historian, it is impossible to understand pre-modern economies without elevating risk and uncertainty to the center of analysis.

Por otro lado, *estos nuevos copropietarios no están interesados en usar el activo que se va a financiar con sus aportaciones, sencillamente porque muchos de ellos no son comerciantes. Sólo los administradores son comerciantes. Por tanto, no pueden quedar sometidos al régimen jurídico de la copropiedad o el condominio naval que se funda, como hemos visto, en la asunción de que todos los copropietarios están interesados en usar el activo común. No es suficiente con colectivizar la construcción y explotación de un activo manteniendo el ejercicio individual del comercio por cada uno de los comerciantes copropietarios del barco. Hay que desarrollar en común la empresa comercial consistente en comerciar con Asia (y no cada comerciante por su propia cuenta utilizando colectivamente el buque) lo que conducirá, indefectiblemente, a la unificación del grupo - la erección de la persona jurídica - de modo que puedan obtenerse las eficiencias a las que nos hemos referido en la contratación con terceros y en el desarrollo de la empresa, eficiencias imposibles de obtener si cada comerciante desarrolla su propia empresa comercial utilizando los activos comunes.*

Además, es necesario dar permanencia a la explotación de la empresa más allá de la vida útil de un barco - de un viaje - porque las infraestructuras necesarias para la explotación de la empresa van mucho más allá del buque. En otras palabras, el capital necesario para desarrollar la empresa era de varios órdenes mayor: incluía la construcción de los buques, su armamento (buques mucho más grandes y con mucha mayor tripulación que los barcos que se utilizaban en el comercio intraeuropeo)¹⁴⁶; el establecimiento de factorías a lo largo de la ruta y fuerza militar para garantizar el monopolio frente a los competidores extranjeros y los comerciantes y gobernantes locales¹⁴⁷.

He argues that risk and uncertainty and their potentially great consequences often produced 'odd economic behaviour.' 'Without uncertainty and its consequences, much of the economic and social history of the pre-modern world is, if not completely inexplicable, at least deeply mysterious' (Musgrave 1996, 38) Baskes, Jeremy, Risky Ventures: Reconsidering Mexico's Colonial Trade System, *Colonial Latin American Review* Vol. 14, No. 1, June 2005, pp. 27-54 <http://go.owu.edu/~jabaskes/baskes-clar.pdf>

¹⁴⁶ Harris, *Institutional Innovations*, pp 9 ss.

¹⁴⁷ La evolución de la VOC frente a la de la EIC demuestra que la conexión entre personalidad jurídica y corporación es menos acusada en la primera que en la segunda. La VOC se califica mejor, en sus primeros cincuenta años, como una sociedad comanditaria por acciones (éstas se ponen en manos de los *participanten* que carecían de cualesquiera derechos políticos) que evoluciona hasta convertirse en una sociedad anónima moderna. En efecto, la división entre *bewindhebbbers* y *participanten* recuerda a la distinción entre socios colectivos y comanditarios. Los accionistas de la VOC eran socios comanditarios lo que explica que tuvieran escasos derechos políticos. En la EIC no se produjo esa distinción según el tipo de socio lo que facilitó su éxito a la larga aunque lo dificultó en el corto plazo. En Amsterdam se formó inmediatamente un mercado (secundario) para la transmisión de las participaciones en la VOC, mercado de capitales que tardó casi un siglo en formarse respecto de las acciones de la EIC. Pero, en términos institucionales, la innovación que supuso la EIC era superior a la de la VOC que bien puede considerarse una evolución de las compañías comanditarias que habían servido para organizar el comercio en el Mediterráneo, especialmente, en Venecia. La EIC se desarrolla más tardíamente y adquiere, a finales del siglo XVII los rasgos de una sociedad anónima moderna. En relación con la VOC, la atribución de personalidad jurídica no era, obviamente, expresa (la teoría no estaba construida): *"The charter remained quite vague about the VOC's legal personality, referring to it as a 'compagnie' without specifying what that was supposed to mean"*. Gelderblom, Oscar, de Jong, Abe, Jonker, Joost, The VOC Insurance Contract of 1613, febrero 2014, disponible en http://economics.yale.edu/sites/default/files/gelderblom_de_jong_and_jonker_on_voc_insurance_fbruary_2014.pdf.

En cuanto a *las necesidades de financiación del capital circulante*, eran también muy superiores porque el comercio trasatlántico requería de grandes cantidades de plata con las que pagar los productos asiáticos¹⁴⁸. La plata era insustituible *porque no había demanda de los productos europeos en Asia*. Se explica así, igualmente, que las compañías de las indias orientales inglesa y holandesa (EIC y VOC) desarrollaran el llamado *country trade*, esto es, que no se limitasen a llevar plata a Asia y traer productos asiáticos demandados en Europa (especias y luego tejidos de algodón y té) sino que fueran muy activos en el comercio intraasiático poniendo en contacto Indonesia, la India, China y Japón aprovechando su superioridad marítima y el abandono del comercio exterior por parte de China¹⁴⁹.

Desde el punto de vista de la asignación de la nueva oportunidad de negocio, la explotación del comercio trasatlántico exigía atribuir la propiedad de los beneficios que generase a un solo individuo (monopolio) que, gracias a la exclusión de los demás, tuviera los incentivos adecuados para realizar las inversiones necesarias para la obtención de dichos beneficios. Pero la incertidumbre asociada al comercio trasatlántico

¹⁴⁸ No había demanda de productos europeos en Asia, de manera que la VOC y la EIC debían intercambiar las especias primero y los textiles y el té después por plata, metal utilizado comúnmente en Asia como moneda pero muy escaso en ese continente. La explotación de las minas de plata americanas por parte de la corona española permitieron que grandes cantidades de plata llegaran a Europa. Los gastos militares de los Habsburgo distribuyeron esa plata por toda Europa y, a través del comercio ultramarino de Holanda e Inglaterra, se enviaban a Asia. Rápidamente, sin embargo, los holandeses primero y los ingleses después convirtieron amplias zonas de Asia en territorios de su "propiedad" y no necesitaron pagar en plata por los productos asiáticos. Lo hicieron con los impuestos que cobraban a las poblaciones locales - en el caso de Inglaterra y Bengala - o mediante la producción de las especias por la propia VOC en el caso de Indonesia.

¹⁴⁹ Por qué Europa se expandió territorialmente hacia Asia y no al revés se explica en términos de relación entre el capitalismo político (Europa) el imperio territorial (China). Los europeos fueron a Asia - los portugueses primero y luego los holandeses e ingleses - y no los chinos a Europa porque los primeros tenían los incentivos para hacerlo y los segundos, no. Dice Paul Kennedy que los chinos en el siglo XIV y XV tenían la capacidad para enviar flotas a Europa, como lo demuestran los viajes de Cheng Ho. Sin embargo, tras el regreso de este navegante a China después de haber llegado hasta el este de África, la dinastía Ming restringió el comercio marítimo y cerró su economía al comercio con extranjeros. Esta decisión ha dejado perplejos a los historiadores. Según cuenta Eric Wolf, China se abstuvo de participar en la era de los descubrimientos y en intentar conquistar el mundo porque no tenía incentivos económicos para hacerlo. Desde "los tiempos de los romanos, Asia había sido un proveedor de bienes valiosos y valorados altamente por las clases dominantes en Europa" recibiendo a cambio buena parte de los metales preciosos. Asia no tenía minas de oro o plata y Europa no tenía especias, seda y otros bienes preciados por las clases pudientes europeas. Esta estructura del comercio entre Europa y Asia provocaba que los europeos tuvieran fuertes incentivos para buscar la forma - comercio o conquista - de controlar ese comercio, esto es, apoderarse de los bienes asiáticos y, a ser posible, no pagar por ellos en metales preciosos, esto es, acabar con la transferencia de oro y plata. De manera que los beneficios esperados para Portugal y otros estados europeos de descubrir y controlar una ruta directa ente Europa y Asia que no pasara por las caravanas centroasiáticas y el mundo musulmán y luego, el Mediterráneo (que era la ruta a través de la que se había desarrollado el comercio con Asia hasta entonces) eran enormes. Recuérdese que Colón se encontró América cuando buscaba una ruta hacia las Indias. El control de ese comercio se convirtió en una obsesión de los Estados Europeos. Los incentivos de los chinos eran muy diferentes: no había nada en Europa que les interesara importar salvo los metales preciosos. dada la escasez de moneda en Asia. No es raro, pues, que los europeos fueran a Asia y no al revés. De hecho, la decisión china puede racionalizarse. El objetivo del imperio chino - un imperio territorial - no era maximizar los beneficios sino controlar el territorio y la población, Giovanni Arrighi, *The Long Twentieth Century*, 1994, pp 35-37. Se explica igualmente que Holanda e Inglaterra comenzaron su expansión en Asia como comerciantes y acabaran conquistando los territorios asiáticos. Con ello dejaron de pagar por los productos asiáticos. Para una explicación distinta, basada en la superioridad militar v., Hoffman, *Why Europe...*

(sobre todo por la presencia y competencia de las demás potencias europeas) y los límites de riqueza individuales impedían que un sólo individuo al que se atribuyera el monopolio, pudiera allegar los recursos necesarios para desarrollar la actividad.

Obviamente, el recurso a la estructura patrimonial de las sociedades de personas tampoco resultaba de utilidad. La empresa a la que se dedicaban estas compañías requería comprometer el capital a largo plazo, a un plazo mucho más largo que el de una *commenda*. Y, o bien se proporcionaba liquidez a los inversores a través de la negociación de las partes de socio – lo que exigía hacerlas fungibles – como hizo la VOC, o bien se lograba atraer a un número elevado de comerciantes para que invirtieran a largo plazo – como hizo la EIC -. Hay que convertir a la compañía en lo más parecido a un individuo que fuera propietario de los activos dedicados a la empresa.

La figura disponible en el siglo XVII para tal fin es la corporación, figura que, como hemos explicado, había sido desarrollada en la Edad Media para explicar el tratamiento unitario de grupos de personas o de bienes – *universitates* - y que había venido siendo utilizada, precisamente, para delimitar al colectivo titular de un “privilegio” o derecho monopolístico sobre una actividad¹⁵⁰. Las corporaciones mercantiles venían ya realizando muchas actividades auxiliares de la actividad comercial de sus miembros y era habitual que los reyes o las autoridades eclesiásticas les otorgaran privilegios. Era lo más natural que, ante una nueva oportunidad de negocio que requería de un privilegio para inducir la participación, las sociedades creadas fueran construidas como corporaciones comerciales.

La corporación es una persona – un individuo – a los ojos del Derecho, un patrimonio separado del patrimonio de los miembros del grupo titular del monopolio al que se dota de una organización (asignación de competencias para tomar decisiones a individuos que ocupan posiciones predeterminadas). Pero la Corporación medieval de comerciantes, como también hemos explicado, no estaba pensada para desarrollar empresas sino para facilitar la consecución de sus objetivos por parte de los miembros de ésta, esto es, para auxiliar a los comerciantes en el desarrollo de su actividad. Cada miembro del gremio ejercía el comercio por su propia cuenta (o asociado con otros en una compañía de comercio) y aprovechaban los activos comunes – los barcos – para ello. Estos activos comunes constituían el patrimonio común que pertenecía a la corporación. Y, para permitir la continuidad, se dotó de “vida eterna” a la corporación. Es decir, la organización amplía el volumen y el tipo de actividades que desarrolla para sus miembros que, no obstante, siguen ostentando la propiedad individual de los

¹⁵⁰ Sobre la doctrina de la corporación y su enorme influencia sobre el pensamiento político en la Edad Media y en la Edad Moderna v., Tierney, *Religion*, pp 19 a 29 y 80 ss., esta doctrina es relevante para entender por qué las corporaciones comerciales – las sociedades anónimas – se debatieron, en los distintos Derechos nacionales entre el predominio de los accionistas – soberanía de la junta – y la independencia de los administradores sociales. 'The ruler is greater than individuals but not greater than the whole people.' Developed in one way the formula could lead on to an awkward theory of 'double sovereignty in which both ruler and people had the right to make law. In its more typical forms the doctrine tended to a simple republicanism even if, by courtesy, the supreme magistrate was styled 'emperor' or 'king' or even 'pope'. That is to say, the assembled representatives of the people or a majority of them always prevailed over the ruler who, in the last resort, was conceived of merely as their proctor or agent...". Las relaciones entre los órganos sociales constituye, en efecto, la principal diferencia entre los distintos modelos nacionales de sociedad anónima v., Cools, Sofie, *The Real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers* (September 2004). Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 490. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=623286>. V., también, un resumen de la doctrina de las corporaciones en Miquel, Juan Curso de Derecho Romano, PPU, Barcelona 1987, pp 85-86.

bienes objeto de comercio. La explicación más plausible de esta evolución considera que devino eficiente incrementar la distribución de los riesgos entre los comerciantes cuando las rutas en las que tal comercio se realizaba estaban por establecerse, lo que exigía un número más elevado de inversores y un mecanismo para distribuir el riesgo entre éstos de manera que se alcanzase una diversificación óptima¹⁵¹.

Así pues, *la sociedad anónima no es la sucesora de la commenda. Tampoco del condominio naval. Es la sucesora de ambas.* Convierte a los socios/copropietarios en accionistas/miembros de la corporación. De esta forma, en sus formas iniciales, los conceptos de persona jurídica y corporación no se distinguen. Petit lo ha contado como sigue:

“Y es que desde la East India Company (1600, en rigor: The Governour and Company of Merchants of London trading into the East-Indies) la compañía de creación regia suponía el nacimiento jurídico de una persona diversa, con su sello e insignias, domicilio específico, nombre y caudales propios, autonomía corporativa y entidad patrimonial. Una realidad subjetiva nueva (la universitas-collegium del ius commune, la corporation del common lawyer) dotada de vida propia en el mundo de sujetos no-individuales característico de la cultura preliberal... como aún no podía serlo el conjunto de intereses nacido de un simple pacto (societas o partnership que quisiéramos decir) para granjear colectivamente¹⁵².

Los accionistas no son copropietarios en el sentido de la comunidad de bienes o del condominio naval, porque no ostentan algunas de las más elementales facultades de un copropietario: el derecho a usar sus bienes y a vender su cuota de propiedad sobre los mismos. Esto no es una desventaja ya que, según hemos visto, los que financiaron las primeras sociedades anónimas no tenían interés alguno en utilizar los activos que se adquirirían con sus aportaciones. Sin embargo, como miembros de la corporación, deben ser considerados propietarios en sentido económico porque se les asignan los derechos residuales económicos y de decisión (no en el caso de la VOC) sin que sea necesario ni conveniente asignarles el control directo sobre los activos. Para ejercer ese control y decidir sobre el uso de los activos o disponer de ellos, deberán actuar colectivamente y de acuerdo con las reglas de gobierno de la corporación-sociedad

¹⁵¹ “The first two joint stock companies were the Russia Company and the African Adventurers, both of which had their first voyages in 1553.⁵² It is unlikely that the value of the cargoes of each voyage of the two firms exceeded 5,000 pounds. At the same time, the regulated company, the Merchant Adventurers, shipped 60,000 pounds a year in woolen goods. It would seem a partnership of Merchant Adventurers could have financed a 5,000-pound voyage. Another hypothesis is that *the magnitudes of the voyages combined with the greater risk of the voyages undertaken by the joint stock companies led to risk sharing of the claims on the voyages' proceeds...* The regulated companies evolved to control trade (often already established) with relatively familiar countries. The routes, the perils faced, the nature of the trade, and so on, were known. On the other hand, the first voyage of the Russia Company sought “to discover a northeast passage to the Indies.”⁵⁶ The route and the nature of any trade that might result were unknown. Similarly, the African Adventurers sought to establish trade with Guinea—a risky undertaking. The Portuguese were certain to attempt to stop such trade and the traders faced danger from the Spanish. *Portfolio theory suggests the efficient allocation of risk bearing leads to investors being well diversified. Thus, we might expect the higher risk of the voyages of the Russia Company and the African Adventurers would be spread across many investors,* Ross L. Watts and Jerold L. Zimmerman, Agency Problems, Auditing, and the Theory of the Firm: Some Evidence, *Journal of Law and Economics*, Vol. 26, No. 3, (Oct., 1983), pp. 613-633 <http://www.jstor.org/stable/725039> v., también Harris, Eurasian Trade, p 21.

¹⁵² Petit, Carlos, El anonimato de la sociedad mercantil y la llamada responsabilidad limitada. Apuntes para la historia de las anónimas en el derecho español del siglo XIX, en Tendencias actuales en la ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles / coord. por Sonia Rodríguez Sánchez, Gloria Puy Fernández; Francisco José León Sanz (dir.), 2009, págs. 77-91.

anónima¹⁵³. Cuando se generaliza la utilización de la sociedad anónima como forma jurídica de cualquier tipo de empresa; cuando se desvincula de la atribución de derechos monopolísticos, *los conceptos de corporación y persona jurídica se especializan*. Esta se reserva para la unificación patrimonial y, en consecuencia, no hay razón alguna para no extender la calificación de personas jurídicas a cualquier sociedad externa incluidas todas las sociedades de personas según hemos explicado más arriba. Lo esencial es que es la propia corporación la que ejerce el comercio. No sus miembros. Esta es la diferencia fundamental entre las sociedades anónimas del siglo XVII y sus predecesoras las “compañías reguladas”.

Lógicamente la extensión de la personalidad jurídica no elimina las diferencias entre sociedades de personas y sociedades-corporaciones como es notorio, pero el carácter extremadamente abstracto de la estructura de gobierno de las corporaciones – sociedades anónimas facilitó su generalización como organización apta para cualquier tipo de empresa. *Una vez que la sociedad anónima se utiliza para organizar empresas en las que no es necesaria financiación externa de los activos fijos* (esa es la función inicial específica de la sociedad anónima) nada impide a los particulares utilizarla para organizar empresas en las que los accionistas no son “propietarios externos” y los negocios y actividades que históricamente se habrían desarrollado a través de una sociedad de personas porque son llevados a cabo personalmente por unas cuantas personas pasan a ser desarrolladas por sociedades anónimas. *Es un viaje de ida y vuelta. Del contrato de sociedad y la copropiedad a la corporación y la persona jurídica y de ahí a la generalización de la estructura corporativa y la personalidad jurídica como formas organizativas y patrimoniales de cualesquiera empresas.*

12. Las primeras sociedades anónimas: las diferencias entre la VOC y la EIC

Lo que se ha expuesto en el apartado anterior puede comprobarse examinando con más detalle la formación de las primeras sociedades anónimas y su evolución hasta convertirse en modernas sociedades anónimas, un proceso que duró más de cincuenta años.

Como es sabido, las compañías anónimas nacieron para financiar la explotación del comercio trasatlántico, una oportunidad de negocio surgida con los descubrimientos de portugueses y españoles en el siglo XV: el nacimiento del comercio entre Europa y Asia por mar, a partir, por un lado, de las rutas marítimas creadas por los portugueses

¹⁵³ “By attaching objects to people, property law supplies a framework for making and distributing wealth, which can stimulate or suffocate economic growth. Given *the right bundle of rights and effective protection of them*, an economy can grow and enrich the nation. Given *ineffective protection or the wrong bundle of rights*, an economy can decline and impoverish the nation Cooter/Edlin, *Clearings and Thickets*, p 4. La distinción propuesta por Franks/Mayer/Miyajima entre “propiedad externa” y “propiedad interna” es de utilidad. Estos autores llaman “propietarios externos” a los “investors whose sole interests are in the financial returns of the companies in which they invest... insider owners derive private benefits and financial returns from their investments”. Los accionistas de control pueden ser calificados, desde esta perspectiva, como *inside owners*. Franks, Julian R. and Mayer, Colin and Miyajima, Hideaki, *The Ownership of Japanese Corporations in the 20th Century* (February 17, 2014). European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Working Paper No. 410/2014. Available at SSRN: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2397142

bordeando África¹⁵⁴ y, por otro, del comercio con América y de América con Asia a partir de la conquista española del continente americano¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Lo que abrió una vía alternativa al comercio de especias entre Asia y Europa que, hasta entonces, se había realizado exclusivamente a través del Mediterráneo actuando Alejandría como puerto de salida hacia Europa y justificando la hegemonía veneciana. Téngase en cuenta que, bajo Felipe II, la corona portuguesa pasa a manos de los Habsburgo y que se produce, bajo su reinado, la conquista de Filipinas.

¹⁵⁵ Según Steensgaard, no fue una diferencia de costes entre el transporte de las mercancías asiáticas a Europa por tierra – a través de caravanas – y el coste de la ruta oceánica. Aunque ésta última era más barata, “the caravan trade survived as long as it did because of both Portuguese ruthlessness... and negligence in developing oceanic trade routes from Southeast Asia to the Persian gulf...; the British and Dutch wielded so much more power than did the Portuguese that they could trade freely in Asia without regard to local politics, whereas the Portuguese could not; and third... British and Dutch... concentrated on Southeast Asia where, by purchasing spices and blockading production areas they cut off the older caravan trade”. Las tres causas aportan algo para explicar el triunfo final de la ruta marítima sobre la terrestre entre Asia y Europa... the Companies *controlled markets much more successfully than had either the Portuguese or the traders*, frente a los portugueses que se limitaron a tratar de apoderarse de parte de los beneficios de las caravanas. Los holandeses y los ingleses controlaron la producción de las especias, del algodón o del te y de toda la cadena de producción, transporte y distribución en Europa. Algo que ni Portugal ni España, poderes territoriales previos a la expansión del mercantilismo, hicieron. Pero, el modelo ibérico tenía sus ventajas: Whereas the Portuguese crown contracted with private investors the organization of each voyage or, at least, three, any of the joint-stock companies were shielded by a long-term contract. This enabled these companies to define strategies less dependent on their states’ fiscal constraints. But *this also allowed the Portuguese crown to adapt the contractual arrangements to make the route work considering short-term setbacks*. Hence, further research on the organizational logics of each European empire has smoothed Steensgaard’s argument. Attention has been drawn to the role of private cargos on board of Portuguese carracks to explain the Portuguese endurance under a competitive environment in the 17th century. *Textiles, indigo, diamonds and pearls arrived to Lisbon overcoming the drawbacks of the decreasing spices’ arbitrage premium*. James Boyajian’s work dealt with merchant networks that integrated enterprising in Asia with that of Carreira da Índia, which would have underpinned the aforementioned change of cargos. Om Prakash’s detailed discussion on Boyajian’s estimation of values should not be neglected, but both authors agree with revising the description of the Portuguese empire as a mere fiscal system. The Cape Route and the Estado da Índia were not monolithic structures and this assertion is now commonly accepted in recent studies” Leonor Freire Costa, Leonor, *Making old institutional arrangements work under new competing environments: the case of the Portuguese Cape Route*, disponible en <http://history.uwo.ca/Conferences/trade-and-conflict/files/costa.pdf>. Esta autora pone un ejemplo de cómo funcionaba el condominio naval en el armamento y envío de buques portugueses a Asia. El rey compartía la propiedad del buque y los resultados del viaje con inversores privados: “The vessel Botecabelo left for Asia, for the second time in April, 1504, and returned in 1505. It shouldn’t have gauged more than 200 tons. The shipping costs were on account of the king. The average life-time of the carreira’s vessels was 6 years (three voyages). Since there is no safe information on whether Botecabelo did a third voyage, let’s consider 50% as a reasonable rate of depreciation of capital in the ship and consider official budgets, although from a later period, to weigh fitting out costs, which includes victuals, the payment of crew and artillery (being 126% of the value of production costs, which equals 6,000,000 reais) Now, consider shares in cargo. The overwhelming share belonged to the captain of the ship, Pero Afonso de Aguiar. He invested 1,500 cruzados (585,000 reis) which would afford him 508 quintals, 2@ and 13 arráteis. Since all the shares, including his, were under contracts named “partido do meio”, the king was entitled to keep half of the pepper purchased by the share of Pero Afonso de Aguiar, on the one hand, and to levy a 5% duty on the other half. As for the shares the crew was entitled as an additional form of payment, the king charged a 25% duty plus 5% over the remainder (“quarto” and “vintena”)... The share of Pero Afonso de Aguiar (1,500 cruzados), after deductions (fiscal duties and “partido do meio”), worth 241 qt, 2 arrobas, 11 arrateis. This pepper sold at 22 cruzados afforded him 5,302 cruzados, actually a 253% rate of return common to any other private investor in this ship. And how much remained for the king, the party who granted shipping in this joint venture? Table 1-e points to a similar rate, around 270%, ... The resistance of the Portuguese Carreira da Índia facing the competition of joint-stock

Es un lugar común asociar el nacimiento de las primeras sociedades anónimas – la VOC y la EIC – a la idea de monopolio¹⁵⁶. Lo que no se ha entendido siempre correctamente es la nula conexión entre el monopolio y la estructura organizativa del grupo al que el monarca atribuía el monopolio. En otros términos, *la atribución de un monopolio comercial* – sobre el comercio entre Holanda y Asia o entre Inglaterra y Asia o entre España y América – *no caracteriza a la sociedad anónima*. Esta nace cuando la corporación (el grupo de individuos beneficiado con el monopolio) titular del derecho monopolístico replica, en su estructura de gobierno a las corporaciones medievales de mercaderes – los gremios – y en su estructura financiera a las compañías de comercio (marítimo) preexistentes – la sociedad comanditaria o *commenda* y el condominio naval en los términos expresados más arriba –.

No es necesario extenderse sobre la ausencia de libre entrada a las actividades económicas hasta el siglo XIX. El ejercicio de cualquier actividad requería, a menudo, la pertenencia a una corporación cuyos miembros tenían atribuida la autorización – el privilegio – del monarca para desarrollarla. Nada tiene de extraño, pues, que se utilizara el otorgamiento de un privilegio para autorizar el ejercicio de la actividad del comercio transoceánico a las primeras compañías anónimas. Lo que es especial de estas corporaciones comerciales en relación con sus predecesoras es que *el monopolio o privilegio para el ejercicio de la actividad no se atribuye a los miembros de la corporación, sino a esta misma*, de manera que, a diferencia de los miembros de un consulado de comercio, *los miembros de la sociedad anónima privilegiada con el monopolio no podían ejercer individualmente la actividad*.

Por tanto, para entender lo especial de las corporaciones comerciales constituidas para explotar el comercio trasatlántico respecto de las demás corporaciones preexistentes y, lo que es más importante, entender por qué la sociedad anónima es un fenómeno exclusivamente europeo, hay que tratar de encontrar las razones que justificaron que la propia actividad – el comercio trasatlántico – *fuera desarrollada en régimen de monopolio por todas las potencias occidentales de la época, singularmente Portugal y España primero y Holanda e Inglaterra, después*. Las diferencias, una vez resuelta esta cuestión, no son tan grandes¹⁵⁷. Ni Portugal ni España conocieron la

companies recalls that the history of organizations do not always match Darwinist explanations.

¹⁵⁶ Para una breve historia de la compañía británica v., Robins, Nick, *The Corporation that Changed the World: How the East India Company Shaped the Modern Multinational*, 2006. La historia de la Compañía Holandesa puede verse en Dari-Mattiacci/Gelderblom/Jonker/Joost/Perotti, *Emergence*.

¹⁵⁷ “When European overseas expansion began, monarchs were faced with a choice of how to organize it. Portugal, the first European country to venture across the seas, chose to keep control. England and the Netherlands chose to franchise... If the monarch was not cash constrained ownership was the best alternative. On the other hand, a financially constrained monarch would sell monopoly rights to private merchants. The model helps to illuminate historical facts. The necessary investment costs in the Portuguese expansion were relatively small compared to expected returns, so it is not surprising that the Portuguese king chose to keep control of the spice trade. On the contrary, financially pressed by heavy borrowing to fight wars, the English monarch chartered monopoly rights of eastern trade to the EIC” Rei, Claudia, *A Comparison of the Organization of Merchant Empires: Portugal, England and the Netherlands*, July 27, 2009 http://s3.amazonaws.com/zanran_storage/people.vanderbilt.edu/ContentPages/18053245.pdf;

Hoffman, *Why Europe*, pp 160-166 “In western Europe, there was a long tradition of harnessing private initiatives to make war and a long tradition too of harnessing private efforts to conquer territory abroad... Reliance on private initiatives and rewards persisted into the early modern period... rulers in other parts of Eurasia relied on private initiatives too... but... the private efforts

sociedad anónima pero organizaron el comercio con América a través de instituciones que cumplieron funciones semejantes. Inicialmente, fueron la Corona portuguesa y la española las que proporcionaron los medios militares y los activos fijos necesarios para el desarrollo del comercio permitiendo la participación privada mediante los instrumentos tradicionales del Derecho Mercantil, es decir, el condominio naval, la *commenda* y, sobre todo, la erección de un consulado de cargadores que financiaron los activos fijos mediante la avería y el asiento de avería y sustituyeron a los primeros instrumentos¹⁵⁸. Describir el sistema comercial de España con las Indias como un

were limited. Often the reason was that rulers there had established fiscal systems much earlier than in western Europe... they ruled states that were simply more developed than in western Europe. The result was that rest of Eurasia lacked the same history of huge personal rewards that drew entrepreneurs to the military sector or to conquest abroad at the dawn of the age of exploration... Los reyes europeos recurrieron a particulares incluso tras haber establecido sus propios sistemas fiscales. Y lo hicieron por el éxito que estos habían tenido en reforzar la posición y riqueza de los monarcas (y probablemente, porque los nobles y los comerciantes retenían la titularidad de los activos que servían para hacer la guerra o las exploraciones y abrir las rutas comerciales). Conforme fue aumentando el poder de los monarcas frente a estos particulares, el control real fue superior de manera que aunque "the entrepreneurs did not completely disappear, increasingly they were replaced by royal officials and commissioned officers". La mezcla entre particulares y poder político en el desarrollo de la actividad militar y comercial favoreció la creación de "clusters of complementary skills that increased western Europe's growing lead in the gunpowder technology". Los particulares que trabajan al servicio de la Corona reciben grandes recompensas a cambio de las innovaciones, los descubrimientos o las conquistas lo que induce a los particulares a dedicarse a esas actividades en mayor medida dada la ausencia de alternativas (la agricultura o la Iglesia). El descubrimiento y las riquezas que se trajeron de América y los avances de Portugal en Asia movieron a holandeses e ingleses a entrar en la carrera comercial y militar fuera de Europa. La reducida capacidad pública (del rey de Inglaterra) y la peculiar organización política holandesa explican las diferencias en la "gestión" de estas conquistas entre éstos y las coronas de España y Portugal. "The private ventures and incentives made eminent sense for conquest and exploration, and for preying on trade in faraway places. Travel and communication were too slow for even the most powerful states to monitor what was happening halfway around the world. Relying on private incentives was often the best way to get such things done. Even the Portuguese Empire (which exercised more state control from the very beginning than did Spain) made room for considerable amounts of private trade. An even better way to harness private incentives was to make distant conquest or preying on trade into a corporate venture, with private investors and captains who would be richly rewarded with a share of the profits when they succeeded. The conquistadores turned to that sort of organization, as did (on a much grander scale) the Dutch and English East India Companies".

¹⁵⁸ Sobre la financiación de la armada de buques para escoltar a los navíos que formaban la flota de la Carrera de Indias a través del "asiento de avería" v., Hierro, Santiago, El asiento de avería y el origen de la compañía privilegiada en España" Revista de Historia Económica 23(2005), págs. 181-212, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1988010&orden=273387&info=link> Dice este autor que constituyó un patrimonio separado del patrimonio de los cargadores- los comerciantes que transportaban sus mercancías en la flota - que contribuían a financiar la armada junto con la aportación de la Corona. Lo que es obvio es que el asiento de avería no ejercitaba el comercio y, por tanto, no podía considerarse una corporación., papel desempeñado por el "consulado de cargadores". El autor sostiene que se trataba de una institución privada: "El origen de la avería en el comercio indiano tuvo lugar en la petición que hicieron los mercaderes de Sevilla para que el Rey autorizase la formación de armadas costeadas por este sistema de reunión de fondos, basado en la necesidad de agrupación y ayuda mutua para proteger sus intereses, que tiene como materialización pagar una armada protectora. La avería hizo su aparición en el comercio indiano en 1521 bajo la iniciativa de los mercaderes como una figura netamente privada, en la que el papel de la Corona se redujo a dar amplios poderes a los comisionados de los mercaderes para administrar un capital que se organiza de manera independiente. Esta intervención real se limitó a apoyarlos con la autoridad de un representante de la Casa, cuyas únicas funciones fueron las de facilitarles las gestiones a su cargo, y reglamentar el tonelaje, tripulación y equipo de los barcos mercantes para que hicieran el viaje en las mejores condiciones de defensa..." Y añade que evolucionó hasta convertirse en una figura próxima a la *regulated company* inglesa: "El mismo asiento de avería era un contrato celebrado por el Estado, representado por la Casa, con unos particulares, llamados asentistas, que se obligaban a la

monopolio o cuasi monopolio no es correcto. El sistema de flotas estaba basado en la organización tradicional del comercio marítimo a gran distancia: un convoy para proteger a los barcos mercantes y restricción de la competencia por la necesidad de pertenecer al Consulado o gremio de comerciantes para poder participar en él. El modelo anglo-holandés suponía excluir a todos los demás comerciantes de la participación en el comercio y, para ello, se utilizó la posibilidad de crear una corporación a la que se atribuyó el monopolio de dicha ruta¹⁵⁹.

Desde Steensgaard, se ha explicado el éxito de las primeras sociedades anónimas en su capacidad para proporcionar protección al comercio de forma “privada” por oposición a la protección proporcionada durante la Edad Media - y en la Edad Moderna, en el Imperio Español - por parte de los gobernantes territoriales. Las sociedades anónimas holandesa e inglesa se autoprotegían. Aunque se parecían mucho a un soberano territorial, como captó perfectamente Adam Smith, no se comportaban como soberanos sino como titulares de un negocio cuyo único objetivo era maximizar los beneficios en el período en el que estuviera en vigor el *charter*. En efecto, la VOC holandesa no era una corporación puramente privada más que en la titularidad residual formal de sus beneficios. Era el brazo militar y comercial trasatlántico de los Estados Generales¹⁶⁰

organización completa de las flotas de mercaderes bajo unas condiciones incluidas en las capitulaciones del asiento que otorgaban derechos y obligaciones para ambas partes. La gran novedad del asiento de avería consiste en que no se limitó, a diferencia de las capitulaciones o de otros asientos, a ser un mero contrato, sino que también incluyó unas cláusulas relativas a la organización interna de los mismos asentistas, a los que se otorgaba una personalidad jurídica propia e independiente, que les representaba a través de un órgano de administración elegido por todos ellos”. En definitiva, una evolución del condominio naval que no adoptó la forma de corporación porque era innecesario.

¹⁵⁹ Grafe, Regina, On the spatial nature of institutions and the institutional nature of personal networks in the Spanish Atlantic, *Culture & History Digital Journal* 3(1) June 2014, doi: <http://dx.doi.org/10.3989/chdj.2014.006> “Baskes has concluded that even in the Bourbon period there is little evidence that merchants either in Cadiz or in Mexico enjoyed monopoly rents or acted as a cartel. Others have made a similar argument about the organisation of the carrera in the sixteenth and seventeenth centuries (Álvarez Nogal, 2011). It was not the outcome of the regulatory mania of a mercantilist state but an attempt to enable trade and maintain competitive structures in the face of almost unsurmountable degrees of uncertainty... merchants’ failing attempts to insure the Spanish American trades after the end of convoys and the proclamation of comercio libre in 1778 illustrate that the rationale for convoying and therefore for a staple port had been sound”.

¹⁶⁰ W.B. den Blanken 'Imperium in Imperio?' Sovereign Powers of the First Dutch West India Company, 2102, <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/20175> p 15: el monopolio concedido por los Estados Generales a la VOC era un mal menor para sostener la guerra contra España por el comercio de especias con las Islas Molucas. “As the States-General realized the importance of the VOC in the war against Spain, the company was invested with an international legal personality and sovereignty, which in the traditional view of international law are only attributed to states and international organizations. This attribution of powers led to an interdependency between the State and the VOC and a balance between commercial and public interests... Grotius’ view on the internal relation between the companies and the Dutch state was that the States-General was the competent body to issue and enact laws for the territories that the VOC and WIC had laid claims on. The sovereign powers of the companies would, in his view, be mostly limited to the external sovereignty: how to maintain relations with other states. Wilson points out however, that although Grotius considers the VOC to be subordinate to the States-General, in practice *both bodies constituted 'a unified de facto organizational entity.'* The political oligarchy and the Heeren XVII were 'one and the same, indistinguishable from each other and indeed often consisting of the same people. This was the reason for the apparent autonomy from metropolitan political control that the VOC enjoyed.' The oligarchic organization of the Republic was mirrored in the structure of the VOC”. Sobre las razones que llevaron a los holandeses a constituir la VOC y a dominar el comercio con Asia durante el siglo XVII v., Robertson, Jeffrey S., *Capitalism and Accounting in the Dutch East Company, 1602-1623*, an historical study of determining influences and practices, 2011, pp 235 ss, disponible en

que, para obtener los medios financieros necesarios para desarrollar la empresa, recurrieron a los inversores privados (*participanten*) al estilo de los comanditarios. El caso de la VOC es claramente el de la atribución de poderes soberanos a una compañía¹⁶¹. La VOC obtuvo un monopolio de 21 años sobre el comercio con Asia, que incluía todo el comercio marítimo excepto el Atlántico¹⁶². A la vez, la negociación de sus acciones permitió reforzar el papel de Amsterdam como primera bolsa del mundo.

Dada la estructura política de los Países Bajos en la época, la VOC se organizó a través de la cooperación entre las distintas Provincias Unidas creando cámaras en seis ciudades holandesas y reservando la suscripción de acciones a los residentes en las Provincias Unidas con un claro predominio de Ámsterdam que se reservó casi la mitad del negocio de la VOC y de los miembros del Consejo que gobernaba la compañía justificándolo por su mayor aportación previa al comercio con Asia y, de hecho, aportando más de la mitad del capital inicial.

La VOC debía explotar el monopolio durante diez años y, en 1612, rendir cuentas, disolverse y liquidarse y, en su caso, iniciar nuevos proyectos de explotación del monopolio durante la década restante¹⁶³. Esta estructuración se correspondía con la centralidad del “viaje” en la organización de las compañías comerciales preexistentes y denota la separación entre la titularidad del activo – el monopolio – que se asigna a la corporación y los financiadores de la actividad, los accionistas. O, como dicen los historiadores, demuestra que la VOC, en sus años iniciales, no era más que una amalgama de varias compañías locales.

En cuanto a los aspectos societarios, los rasgos definitivos de la sociedad anónima tardan en aparecer. En sus primeros años estamos ante una sociedad comanditaria por

<http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=4329&context=theses>. Y sobre la transformación de Holanda, de un conjunto de ciudades comerciales (semejantes a las italianas del siglo anterior) en un Estado moderno v., Arrighi, Giovanni, *The Long Tewntieth Century*, 2ª edición, 2010, p 139: los comerciantes holandeses llegaron a “an organic and formal relationship of political exchange with a local territorialist organization, the House of Orange. The essential feature of this relationship was the provision by the Dutch merchant class of liquidity, businessknowledge, and connections, in exchange for the provision by the House of Orange of war-making and state-making capabilities, particularly in the organization of protection on land. The result was a governmental organization, the United Provinces, that fused the advantages of capitalism and territorialism far more effectively than any of the northern Italian city-states... had ever managed to do”. Ver también, Israel, *Dutch Primacy*, p 71: “The VOC was a unique politico-commercial institution, and one that could be imitated nowhere else in the world, because the United Provinces were the world’s only federal republic in which a collectivity of town governments, committed to the advancement of trade, industry and navigation, also wielded great military and naval power”. Lo que explica los conflictos entre socios y administradores por los excesivos gastos militares de la compañía a juicio de los primeros.

¹⁶¹ Cuando, en el siglo XXI, en un arbitraje, se discute sobre la soberanía de una pequeña isla – Palmas – situada entre Indonesia y Filipinas, y se discute si los EE.UU., u Holanda pueden considerarse con derechos sobre la isla, EE.UU, alega ser el sucesor de España por el tratado de 1898 y Holanda alega la colonización de la isla por la VOC. El árbitro afirma que “The acts of the East India Company in view of occupying or colonizing the regions at issue in the present affairs must in international law, be entirely assimilated to acts of the Netherlands state itself” *Imperium in Imperio*, p 7.

¹⁶² Sobre la importancia del comercio de las especias, v., Robertson, *Capitalism and Accounting*, pp 226 ss.

¹⁶³ Gelderblom, Oscar, de Jong, Abe, Jonker, Joost, The VOC Insurance Contract of 1613, febrero 2014, disponible en http://economics.yale.edu/sites/default/files/gelderblom_de_jong_and_jonker_on_voc_insurance_fbruary_2014.pdf.

acciones: el estatuto de los accionistas – *participanten* – no va mucho más lejos que el de un prestamista¹⁶⁴, y el capital no se concibe como permanente *aunque las acciones devienen transmisibles – y se crea un mercado secundario – desde el inicio* porque el período de liquidación previsto era más largo del habitual¹⁶⁵. Lo que hace “moderna” a la VOC son dos rasgos.

El primero, es que el comercio con Asia lo ejercía la compañía por su propia cuenta, no por cuenta de los comerciantes que formaban parte de la misma. Así, los gobernadores controlaban la gestión y proporcionaban a la compañía las mercancías que habrían de venderse en Asia y compraban a ésta las mercancías que llegaban de Asia. Esta es una diferencia fundamental con las *regulated companies* que precedieron a las sociedades anónimas. La necesidad de un capital permanente y de que la compañía actuase como un patrimonio separado del de los comerciantes que eran sus miembros devino ineludible en el comercio con Asia porque era necesario construir y mantener establecimientos permanentes en Asia y a lo largo de la ruta y defender/atacar a las potencias extranjeras presentes en dicho comercio. Siendo éstas *inversiones en capital fijo*, no podían financiarse con lo aportado por los comerciantes para un viaje determinado. Recuérdese que el único capital fijo en el comercio marítimo intraeuropeo era el de la construcción del buque cuya vida útil no superaba los diez años y apenas realizaba más de dos viajes. Cuando hay que tener establecimientos permanentes, el capital para financiarlo ha de ser permanente y la cobertura de los gastos corrientes que su mantenimiento genere exige que la compañía genere los ingresos correspondientes. A lo que hay que añadir que esos establecimientos permanentes permitían una gestión eficiente del stock, evitando las frecuentes oscilaciones de los precios en Europa cuando se acumulaban productos asiáticos (especias) en un momento determinado y faltaban completamente en otros en función de los barcos que hubieran llegado de Asia. Gestionar eficientemente el comercio con Asia con la estructura organizativa de las *regulated companies* o del condominio naval parecía imposible¹⁶⁶. La empresa requería de la propiedad individual, no de la propiedad colectiva.

La segunda característica que hace “moderna” a la VOC, que *la inversión de los accionistas se realizaba directamente en acciones de la compañía y no indirectamente o “en comandita” con alguno de los comerciantes bewindhebber*¹⁶⁷. Así pues, es la financiación por inversores dispersos lo que hace “única” a la VOC¹⁶⁸.

¹⁶⁴ “Shareholders were no party to the charter; this was a contract between the directors and the Estates General. Indeed, during the 1620s conflict with shareholders the *bewindhebbers* even claimed that they, and not shareholders or the company, owned the charter. The shareholders put their name under the preamble, thereby agreeing to put their money in the company for a period of ten years and to submit to its subscription conditions, which included a detailed procedure for transferring shares. Though investors will have known the terms of the charter, from the preamble the company looked like any other special-purpose partnership, a *compagnia* established with a specific purpose for a set number of years. Gelderblom, Jong, Jonker, 2010, texto sobre nota 34.

¹⁶⁵ Gelderblom, Jong, Jonker, 2010, texto sobre nota 34.

¹⁶⁶ “The factors sold the company’s goods and bought the return cargo ready to be loaded when the next ship arrived from England. This allowed a quicker turn-around and, avoided the high prices associated with having to buy in a cyclical seller’s market. By 1615, EIC had opened factories in Surat, Masulipatam, Pattani, Ayutthaya in Thailand and Bantam in Indonesia. At about the same time, the company began to engage in inter-Asian trade of Indian textiles”, Dobija, *Emergence*, p 7.

¹⁶⁷ Robertson, *Capitalism*, p 279.

La “modernidad” se completará cuando el capital quede permanentemente ligado a la actividad y se garantice la irresponsabilidad de los administradores-accionistas fundadores¹⁶⁹. Lo primero ocurrió rápidamente en el caso de la VOC porque, a los diez años de su constitución, los administradores se negaron a proceder a su liquidación y a devolver su parte a los accionistas.

En el caso de Inglaterra, la constitución de la *East Indian Company* no parece haber sido un acontecimiento comparable al de la constitución de la VOC. Dice Harris que las diferencias entre la EIC y la VOC se explican porque el Derecho inglés, a diferencia del continental, no conoció la sociedad comanditaria (*limited partnership*) que fue el

¹⁶⁸ Petram, L.O., *The world's first stock exchange: how the Amsterdam market for Dutch East India Company shares became a modern securities market, 1602-1700*, 2011, p 3 disponible en <http://dare.uva.nl/document/2/85966> que explica que en las compañías de comercio precedentes, la liquidez de las inversiones se lograba liquidando la compañía tras el viaje. Y que eso ocurrió con las *Voorcompagnieën* que precedieron la VOC. No había pues, necesidad de poner en funcionamiento un mercado en el que pudieran comprarse y venderse las partes de socio. Hasta 1657, la EIC no contó con un capital fijo y permanente. Los efectos de la suscripción de las acciones de la VOC por miles de holandeses fueron más allá de la creación de un mercado de capitales. También permitió la creación de un mercado monetario de préstamos a corto plazo que sustituyó, al menos parcialmente, a las letras de cambio. En efecto, solo los grandes comerciantes - y la propia VOC - recurrían a letras de cambio para financiar sus actividades. Los demás comerciantes podían obtener crédito a corto plazo de otros comerciantes (que invertían su propio dinero) pero sobre todo de particulares (que invertían así sus ahorros financiando directamente las actividades de los comerciantes quienes no necesitaban, pues, ni convertirse en banqueros ni utilizar los servicios de un intermediario financiero, probablemente porque los márgenes que proporcionaba la actividad de intermediación no eran suficientemente atractivos lo que impidió a estos comerciantes convertirse en banqueros tomando depósitos del público, es decir, no estaban en condiciones de pagar a los depositantes un interés suficiente porque no podían cargar uno suficientemente elevado a los prestatarios lo que impidió igualmente que en Amsterdam se desarrollara la banca con reserva fraccionaria, lo que había ocurrido en otros lugares como el sur de Holanda o Inglaterra y retrasando la formación de un sistema bancario hasta el siglo XX) pignorando las acciones de la VOC, de manera que si el deudor no lo devolvía o renovaba cuando llegaba el término del préstamo, el acreedor podía cobrarse vendiendo en el mercado las acciones de la VOC que el deudor había pignorado. Es decir, las acciones y los títulos de deuda emitidos por la VOC proporcionaron a Holanda una garantía mobiliaria comparable a la deuda pública. Así, por ejemplo, un importante comerciante del siglo XVII llamado Deutz “charged the benchmark rate on government debt to his private debtors, unless they offered shares as collateral, in which case he gave about half a per cent discount. We do not find evidence that other types of collateral led to rate discounts” Gelderblom Oscar, Jonker Joost, Kool Clemens, *Direct Finance in the Dutch Golden Age*, 2014, disponible en <http://www.lse.ac.uk/economicHistory/seminars/EconomicHistory/Papers14-15/Gelderblom.pdf>.

¹⁶⁹ Gelderblom, Oscar and de Jong, Abe and Jonker, Joost, *The Formative Years of the Modern Corporation: The Dutch East India Company Voc, 1602-1623* (June 23, 2012). ERIM Report Series Reference No. ERS-2012-007-F&A. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2116137> “during its initial two decades, the VOC discovered a number of serious flaws in its original design: the company's decentralised structure, the unwise reliance on circulating capital for fixed investment, the lack of a permanent capital, and the directors' unlimited liability for debt. ... to establish a commanding presence overseas required heavy investment and, above all, a scale of operations which drained revenues and forced directors to choose between keeping large stocks or ruining their own market. Flaws and circumstances combined explain successive steps in the VOC's corporate evolution: the harmonization of the chambers' financial policy and its centralization in the hands of the Heren XVII from 1607, the 1612 acquisition of a permanent capital, the 1613 insurance contract, the 1617 mutual guarantee for debts contracted by directors, the issuing of bonds from other chambers by Amsterdam, and finally the 1623 rejection of directors' liability for company debt. ... Nor were the features a natural response to the challenges of the intercontinental trade, but the result of friction between financial constraints and operational demands. Since the constraints were determined by outside shareholders and creditors, the driving force behind the VOC's corporate evolution was ultimately its need to raise outside finance”.

instrumento a través se organizó el comercio en el Mediterráneo¹⁷⁰ y que, como hemos visto, sirvió para articular la financiación de la VOC desde sus inicios. Pero no parece una buena explicación porque la sociedad en comandita no se introduce en el Derecho holandés hasta el período napoleónico¹⁷¹. Lo que sí es cierto es que, aunque no formalmente reconocidas en la ley, las sociedades en comandita – y las cuentas en participación – estaban muy extendidas en la práctica comercial holandesa. Que los holandeses recurrieran a distribuir las partes de socio de la VOC entre la población, en general, se puede deber, más bien, a la extraordinaria extensión del condominio naval en Holanda¹⁷². Era frecuente que la propiedad del buque se dividiera en hasta 64 partes y que las partes correspondientes circularan y acabaran en manos de terceros distintos de los comerciantes que transportaban sus mercancías en dichos buques. Existiendo un mercado para dichas partes, no es de extrañar que se emitieran acciones “negociables” cuando se constituye la VOC.

La EIC se fundó como una compañía de comerciantes más, esta vez constituida para hacer un viaje a Asia y congregando, en consecuencia, mayores capitales que empresas anteriores. El *charter of incorporation* se otorgó a 218 personas como “los Gobernadores y la Compañía de Mercaderes de Londres que comercian con las Indias Orientales”¹⁷³. Es decir, la reina de Inglaterra otorgó el privilegio – *charter* – a la EIC en términos muy diferentes a los de las compañías holandesas *VOC e WIC*¹⁷⁴ pues el privilegio “se refería solo a una concesión de los derechos de comercio exclusivo a comerciantes individuales para que organizaran viajes al Este, sin que se aportara, por los comerciantes a los que se atribuyó la concesión, de capital alguno con carácter permanente. Sólo a partir de 1609, la EIC deja de ser una mera “regulated company” y las aportaciones de los accionistas se destinan a cubrir los gastos generales de la compañía, distribuyéndose los beneficios en proporción a las aportaciones de capital” aunque, ni siquiera en el viaje de 1614, la inversión fue permanente ya que los accionistas debían ser liquidados a los cuatro años” y tampoco parece que, hasta mucho más tarde, existiera un mercado de acciones de la compañía. De modo que sólo en 1654 podemos hablar de una sociedad anónima “moderna”¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Harris, *Institutional Innovation*, texto sobre nota 28 v., también en general, sobre las diferencias entre la VOC y EIC, Irwin, Douglas A, 1991. "Mercantilism as Strategic Trade Policy: The Anglo-Dutch Rivalry for the East India Trade," *Journal of Political Economy*, vol. 99(6), pages 1296-314 disponible en <https://ideas.repec.org/a/ucp/jpolec/v99y1991i6p1296-314.html>.

¹⁷¹ V., Gelderblom/Jonker/Kool, *Direct Finance*, p 12.

¹⁷² V., supra, nota 125 (Israel).

¹⁷³ Dobija, Dorota, *Emergence of Corporate Contract Set, Governance and Accountability: Standing Orders of the East India Company, 1600-1621 (July 14, 2008)*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1159928>

¹⁷⁴ La WIC es la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales http://en.wikipedia.org/wiki/Dutch_West_India_Company.

¹⁷⁵ “Merchants still dominated the shareholder community, but the company expanded the shareholder base by allowing members of the gentry, courts, and royalty and politicians to acquire shares. The strategy served to increase efficiency and profitability in merchandizing. In 1657, the Company became a genuine joint-stock endeavor with continuous, investment without term and without reference to individual voyages, and stock valued and traded at the company’s headquarters on Leadenhall Street in London. Dobija, *Emergence*, p 8. Raising permanent capital would have also been problematic without the diversification offered by a large number of voyages... The number of shareholders in the EIC grew from about 200 at its foundation to 1,200 by the end of the 17th century... The emergence of London’s stock market in the period 1661-1703 is clearly associated with

Esta diferencia se explica, según los autores, porque las compañías holandesas estaban en guerra constante con los españoles y portugueses, lo que debilitaba su capacidad para impedir a los ingleses hacer incursiones en la zona y envalentonó a los comerciantes ingleses a actuar como venían haciéndolo en el pasado: armando barcos (apenas 3 o 4) para realizar los correspondientes viajes concentrándose en la India en lugar de Indonesia. Una vez que la VOC venció a los portugueses y asentó su monopolio en la actual Indonesia, la EIC tuvo que copiar la estructura organizativa de los holandeses y ejercer como tal la actividad comercial¹⁷⁶.

Pero hasta entonces, los parecidos entre la VOC y la EIC son limitados. En el caso de la EIC, una vez obtenido el monopolio para comerciar en una determinada ruta, los comerciantes nombrados en la concesión real del monopolio elegían – como habían hecho siempre – a los que habrían de actuar en nombre del grupo. Al principio, armando los barcos para que los comerciantes pudieran utilizarlo para transportar su mercancía. Finalmente, realizando toda la actividad comercial por su propia cuenta¹⁷⁷. Cuando se constituye la VOC, sin embargo, la participación de no-comerciantes en la financiación de la empresa explica que los accionistas no tengan un status semejante al de los comerciantes en el seno de la corporación. La EIC nace como una sociedad “cerrada” y que solo se convierte en una sociedad anónima a mediados del siglo XVII aunque la heterogeneidad de los inversores permite a unos explotar a los otros y, en el caso de la VOC, los *participanten* no son considerados auténticos miembros de la corporación como luego veremos. La EIC, por el contrario, atribuyó derechos plenos a los accionistas en cuanto que todos ellos eran comerciantes. No en vano a la junta de socios se denominaba *Court of Proprietors*.

La decadencia de la VOC se debió a que se centró en una mercancía – las especias – cuyo valor económico relativo descendió mucho en el siglo XVIII. Por el contrario, la EIC se centró en la India y los textiles – tejidos de algodón, lino – y después en el té que experimentaron un crecimiento de la demanda brutal en los siglos XVII y XVIII.

13. El monopolio nacional como estructura de mercado eficiente

Se nos dice que el otorgamiento por el Rey de un privilegio para constituir una corporación cumplía cuatro funciones. Primero, adquirir propiedades con carácter perpetuo evitando la precariedad en la ocupación de esas propiedades por el grupo y

the emergence and establishment of large trading companies which enjoyed monopoly rights over their trading routes such as the EIC and RAC. The monopoly rights which these companies enjoyed contributed to their profitability, which made their shares highly liquid” Andrianova, Svetlana and Demetriades, Panicos and Xu, Chenggang, Political Economy Origins of Financial Markets in Europe and Asia (January 2008). 21st Australasian Finance and Banking Conference 2008 Paper. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1143424> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1143424>.

¹⁷⁶ Den Blanken, *Imperium in Imperio*, p 23 One of the main reasons for this development was that the WIC was constantly at war with the Spanish and Portuguese, which considerably weakened its position. These circumstances created the opportunity for individual merchants to disregard the monopoly without having much fear of getting caught. It resulted in continuous pressure to partially eliminate the monopoly. As successful trade in Asia was relying on the large capital investments which could be provided by a united company, undermining of the VOC monopoly was much harder for individual traders.

¹⁷⁷ Scott, W. R. (1912), *The Constitution and Finance of English, Scottish and Irish Joint-Stock Companies to 1720*, Vol.1, Cambridge University Press, p 6 citado por Dobija, *Emergence*, p 9.

permitiendo al grupo recibir ingresos; segundo, permitía al Rey atribuir privilegios (determinar, por ejemplo, quien podía ejercer la profesión de médico) con una certidumbre que no podía lograrse a través de la conformación de un uso; tercero, el grupo podía pleitear en nombre del grupo sin necesidad de que intervinieran todos los miembros y, cuarto, el grupo adquiría poder normativo, en cuanto podía dictar regulaciones de la profesión¹⁷⁸. El sentido de la atribución de un *charter* por el monarca iba ligado al privilegio. Era más preciso atribuir éste a un grupo bien definido.

En el caso de los gremios o consulados, se trataba de asignar con claridad la posibilidad de ser titular de bienes y el derecho a administrar el monopolio sobre los productos que constituían la actividad de ese sector del comercio. En el caso de las sociedades anónimas, el objetivo era dejar claro que los comerciantes miembros de ellas comerciaban como si fueran un individuo (*joint stock*) y no cada uno por su cuenta, de manera que los acreedores de cada uno de los miembros no pudieran embargar las mercancías que constituían el objeto del “comercio conjunto”. Igualmente, a menudo, las asociaciones se convertían en corporaciones para poder adquirir terrenos directamente y no a través de sus *trustees*.

Si se erige una corporación en el caso del comercio trasatlántico es porque, de esa forma, se crea un titular residual respecto de una actividad o de un activo que, hasta entonces, se venía explotando en régimen de libre acceso o no se venía explotando porque era un activo nuevo (procedente de una innovación o de la aparición de una nueva oportunidad de negocio) y un régimen de libre acceso desembocaría en la tragedia de los comunes. A las sociedades anónimas iniciales se les atribuye un monopolio sobre una actividad del mismo modo que la creación de la corporación de los médicos o de los profesores de una Universidad daba licencia excluyente a sus miembros para practicar la cirugía o la enseñanza o se otorgaba el monopolio para imprimir y publicar libros al gremio de impresores y libreros¹⁷⁹. Pero la razón del carácter monopolístico de las primeras compañías anónimas se encuentra en que existe una íntima conexión entre la forma sociedad anónima y las grandes inversiones

¹⁷⁸ Respecto de los abogados, Baker, John, *The Inns of Court and Chancery as voluntary associations, Quaderni Fiorentini*, 1982/1983, p 9 ss., p 18. El principal inconveniente de la erección de la corporación era la amortización de la propiedad y la vinculación perpetua de la misma a su constitución inicial. Si se producían cambios en el entorno, no había más remedio que solicitar un nuevo *charter*, de manera que si el grupo podía obtener los beneficios de la configuración como corporación sin *charter*, lo hacían así. Por ejemplo, en el caso de los abogados, la propiedad de los inmuebles se atribuía a los *trustees* que actuaban por cuenta del grupo (también ante los tribunales) y los privilegios relativos a la regulación y ejercicio de una profesión podían tener su fundamento en la tradición y el uso. No se puso en duda la naturaleza contractual de las relaciones entre los miembros y contratos con terceros celebrados, en función de su importancia, por los *governors* o por los empleados del gremio y la sociedad era la propietaria de los bienes muebles (libros por ejemplo). “¿cómo podían ser esos bienes propiedad de un grupo – copropiedad – en el que los miembros del grupo variaban?” “by a combination of trust, agency, contract and costum, and also – perhaps most important – by endeavouring to prevent awkward questions from coming to the fore, the inns of court have for over six centuries preserved the medieval concept of a fellowship or Company without recourse to incorporation” (p 38).

¹⁷⁹ El derecho a imprimir libros correspondía, en Inglaterra y hasta 1710 a la London Stationers’ Company, gremio de impresores y libreros. Sólo los miembros del gremio podían imprimir libros y el derecho a publicar copias del mismo era exclusivo y perpetuo. Situación que comenzará a cambiar – asignando los derechos al autor – a partir del Estatuto de la Reina Ana de 1710, Dourado, Eli y Tabarrok, Alex, *Public Choice and Bloomington School Perspectives on Intellectual Property*, 2014, disponible en http://mercatus.org/sites/default/files/Dourado_PerspectivesonIP_v2.pdf.

necesarias para la explotación de un derecho monopolístico según hemos visto. El comercio trasatlántico tenía rasgos de un monopolio natural porque otorgar un monopolio era la única forma de inducir las inversiones necesarias para su explotación. Inversiones enormes por las razones ya explicadas a las que debe añadirse la competencia feroz entre los distintos Estados por explotar en exclusiva el comercio entre Asia y Europa (es la época del Mercantilismo).

El comercio con Asia estaba monopolizado por Portugal y España en el siglo XVI, de manera que la única forma de establecerlo para Inglaterra y Holanda pasaba por el poder militar, poder que sólo podía obtenerse concentrando fuerzas en una compañía o mediante el desarrollo del mismo por el Monarca. Pero los reyes ingleses y los Estados Generales en Holanda carecían de los medios económicos y del poder para hacer como hizo la reina de Castilla y el rey de Portugal: explotar por sí mismos dicho comercio¹⁸⁰. De ahí que recurrieran a “inversores privados”. Inglaterra y, especialmente, Holanda, se habían enriquecido con el comercio intraeuropeo y sus comerciantes disponían de los medios suficientes para explotar el comercio transoceánico pero, para inducir a éstos a invertir, debían garantizarles los beneficios de dicho comercio o, en otros términos, la “seguridad del monopolio”.

Al margen de que, obviamente, otros Estados no reconocían tales títulos, las amenazas a esa propiedad colectiva sobre el “activo” provenían, por un lado, de los excluidos – todos los que no formaban parte de la corporación– y, por otro, de los propios reyes que otorgaban el monopolio – que reconocían la propiedad -. La credibilidad de los reyes en el respeto a los privilegios o monopolios otorgados era limitada (en la mayor parte de Europa –excepto Holanda e Inglaterra –, las patentes o privilegios reales se extinguían con la muerte del rey que las había otorgado) y determinaba el número de corporaciones que se creaban y las características de éstas (compañías de un solo viaje u organizaciones permanentes). Aunque el poder del Monarca no era absoluto ya que los comerciantes podían ponerse bajo la protección de otro, la “salida” no era una opción realmente disponible para los comerciantes. Además, la atribución de un monopolio a una corporación podía entrar en conflicto con los grupos que venían desarrollando alguna actividad ahora incluida en el monopolio (por ejemplo, el comercio con un determinado país extranjero) o los tribunales podían anular el monopolio concedido por el Rey o éste ser, simplemente, insostenible porque la corporación fuera incapaz de excluir del comercio monopolizado a otros grupos (contrabando o ejercicio del comercio por su cuenta por parte de los empleados de la compañía)¹⁸¹.

¹⁸⁰ Sobre la reserva al emperador de las actividades intensivas en capital, en Roma v., Fleckner, Andreas M., Roman Business Associations (July 27, 2014). Roman Law and Economics, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2472598> “Another impediment (para el nacimiento de corporaciones en la Antigua Roma) was the increasing share of the government in the gross domestic product. To the extent that the government decided to carry out capital-intensive projects on its own, there remained no room for private capital associations. This is why the *societas publicanorum* began to disappear in the Principate. Although those in power were interested in a thriving economy, they either did not fully appreciate the benefits of larger capital associations or feared that private capital accumulation might lead to unwanted political power”. En el caso de España, recuérdese la tensión entre Colón y la reina Isabel por las pretensiones del primero de obtener un mayorazgo sobre las tierras descubiertas.

¹⁸¹ Sobre los mecanismos de *enforcement* de los privilegios atribuidos por el Rey a la corporación v., Harris, Ron, Could the Crown Credibly Commit to Respecting its Charters? England, 1558-1640 (enero, 2013). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=2202054>.

En el caso de Holanda, diversas sociedades de comerciantes competían en la misma ruta, de modo que ninguno de ellos tenía incentivos (las compañías competidoras se aprovecharían de la seguridad creada) ni capacidad suficientes para armar buques de guerra que protegieran a las naves que hacían esa ruta. De hecho, la fundación de la VOC supuso la pérdida de los derechos de comercio con Asia para las compañías holandesas que precedieron a ésta y su creación - unificando los esfuerzos, aumentando el tamaño de las flotas etc - fue una respuesta de los Estados Generales a la creciente competencia por los recursos públicos por parte de las compañías comerciales, que los reclamaban para combatir a los españoles y establecer fortificaciones a lo largo del trayecto, y a la creciente competencia destructiva entre las compañías de las distintas ciudades holandesas, lo que elevaba los precios en Asia y reducía los precios de los productos asiáticos en Holanda. Estas disputas indujeron una imposición excesiva por parte de las ciudades y llegaron a poner en peligro la propia unidad política del país¹⁸². En fin, las inversiones en infraestructuras (puertos, almacenes) a lo largo de la ruta eran de muy difícil liquidación¹⁸³, lo que hacía inservible la *commenda* - organizada en torno al viaje -.

En definitiva, las ventajas del comercio trasatlántico no podían obtenerse dejándolas al mercado y la competencia. El comercio trasatlántico no podía funcionar en régimen de libre acceso porque la creación del mercado correspondiente exigía la "paz universal" entre los países europeos que garantizara que los intercambios podían desarrollarse pacíficamente. De modo que no sólo había de organizarse generando formas de propiedad "individual" sobre el monopolio sino que había que atribuir la propiedad del mismo a los Estados o a corporaciones organizadas por éstos. De ahí que el comercio con las colonias "se convirtieran en todas partes en un monopolio público o en un monopolio privado otorgado por el rey"¹⁸⁴.

¹⁸² Robertson, *Capitalism*, p 272 y p 300 donde reproduce el art. VI de los estatutos de la VOC que preveían la competencia de los Estados Generales para resolver cualquier discrepancia en el seno del consejo de los diecisiete que gestionaban la compañía.

¹⁸³ "The development of urban enclaves surrounding the European trading hubs was a direct consequence of long-distance trade. Since vessels could only sail under specific wind conditions in particular seasons, and since missed opportunities could result in year-long shipping delays, commodities had to be procured, standardized, and prepared for shipping well in advance of actual journeys. To mitigate the vagaries of overland caravan trade, reconcile the agrarian-industrial cycle with shifting wind cycles, and purchase commodities at cheaper seasonal rates, the EICs developed factory establishments where commodities could be stored until ships were ready to set sail. As the volume of trade increased, the economic activities of merchants became concentrated in these geographical nodes" Nikhar Gaikwad, East India Companies and Long-Term Economic Change in India https://ncgg.princeton.edu/IPES/2014/papers/F1130_rm3.pdf.

¹⁸⁴ Dari-Mattiacci/Gelderblom/Jonker/Joost/Perotti, *Emergence* p 6. Dice Adam Smith: "Such poor countries as Sweden and Denmark, for example, would probably have never sent a single ship to the East Indies, had not the trade been subjected to an exclusive company. The establishment of such a company necessarily encourages adventurers. Their monopoly secures them against all competitors in the home market, and they have the same chance for foreign markets with the traders of other nations. Their monopoly shows them the certainty of a great profit upon a considerable quantity of goods, and the chance of a considerable profit upon a great quantity. Without such extraordinary encouragement, the poor traders of such poor countries would probably never have thought of hazarding their small capitals in so very distant and uncertain an adventure as the trade to the East Indies must naturally have appeared to them. Such a rich country as Holland, on the contrary, would probably, in the case of a free trade, send many more ships to the East Indies than it actually does. The limited stock of the Dutch East India company probably repels from that trade many great mercantile capitals which would otherwise go to it. .. Though without an exclusive company, therefore, a particular country should not be able to carry on any direct trade to the East Indies, it will not from thence follow, that such a company ought to be established there, but only that such a country ought not, in these

La constitución de una compañía con derechos monopolísticos permitió generar los incentivos necesarios en los comerciantes holandeses e ingleses para invertir en esa nueva oportunidad de negocio. En el caso holandés, y como explica Robertson¹⁸⁵, la ordenación del comercio con Asia se estructuró, en primer lugar, creando un monopolio sobre el comercio mayorista de especias en Holanda, lo que eliminaba la competencia en precios entre las distintas compañías presentes en dicho tráfico. Sólo la VOC podía introducir especias en Holanda. Ningún holandés podía enviar barcos a Asia que no fuera la VOC (art. 34 de los Estatutos). En segundo lugar, obligando a las compañías preexistentes a unificarse en una sola que desarrollara los viajes para poder asegurar la presencia holandesa frente a la oposición española y portuguesa, una vez que la idea de un cártel entre ellas fracasara por la imposibilidad de coordinar los intereses de cada una de ellas y, en tercer lugar, permitiendo a todos los ciudadanos invertir *directamente* en la compañía. La estructura definitiva y la unificación fue obra de los Estados Generales, es decir, un acto del poder político¹⁸⁶ que venció la resistencia de los comerciantes ofreciéndose a suplir la retirada de fondos por parte de éstos. Los administradores eran designados por las ciudades participantes.

La organización interna – el gobierno – de las corporaciones se corresponde igualmente con el de los entes públicos o semipúblicos. En el caso de la VOC, su gobierno imita al de la marina de guerra o las instituciones que gestionaban los canales o las obras públicas para ganar terreno al mar¹⁸⁷. Y se ha dicho que las lealtades de los administradores estaban mucho más con los Estados Generales que con los accionistas¹⁸⁸. Aún más, no cabe duda de que la VOC y la EIC contribuyeron sobremanera a la construcción nacional de Holanda y Gran Bretaña. En el caso de Holanda, contribuyendo a la unificación de las provincias neerlandesas y, en el caso de Inglaterra, estableciendo las bases de su futuro dominio marítimo.

Una vez consolidadas, las compañías de indias holandesa y británica fueran lo más parecido a una administración colonial y a una marina de guerra que uno pueda imaginarse¹⁸⁹. La influencia de los Estados generales en la VOC se corresponde con esta

circumstances, to trade directly to the East Indies. That such companies are not in general necessary for carrying on the East India trade, is sufficiently demonstrated by the experience of the Portuguese, who enjoyed almost the whole of it for more than a century together, without any exclusive company". La riqueza de las naciones, libro IV, Cap VII.

¹⁸⁵ Robertson, Capitalism, p 278-279.

¹⁸⁶ Ibidem, p 283.

¹⁸⁷ Gelderblom, Oscar, de Jong, Abe and Jonker Joost, An Admiralty for Asia: Isaac le Maire and conflicting conceptions about the corporate governance of the VOC, 2010, p 3.

¹⁸⁸ La regulación estatutaria de la administración de la VOC "amounted to a strong injunction forcing *bewindhebbers* to give priority to the Estates General's wishes to the detriment of shareholders' interests, both via monitoring and bonding. Though the *bewindhebbers* possessed an obvious information advantage over any other stakeholder in the VOC, they had a clear incentive to share this with the state, but not with the shareholders". Dado que, cuando se producía una vacante en el consejo de administración – por fallecimiento, puesto que eran puestos vitalicios – la sustitución correspondía a las ciudades, "ties between magistrates and the VOC board were close indeed; as a rule two or even three of Amsterdam's four mayors doubled as VOC directors" Gelderblom, de Jong, Jonker, 2010, p 23 y 24.

¹⁸⁹ El art. 35 de los Estatutos de la VOC autorizaba a ésta a firmar Tratados en nombre de los Estados Generales, a fundar factorías y a emplear personal y tropas que serían consideradas como tropas de

caracterización. Los Estados Generales impusieron a la VOC la guerra contra los españoles – España y Portugal se habían unificado bajo Felipe II – y la VOC reclamó que se le pagasen los gastos, lo que condujo a que recibiera una subvención regular. El carácter militar llevó a varios administradores a dimitir (lo que se pretendió prohibir por Ley) y, lo que es más importante, fue la causa de que la VOC no fuera rentable en sus primeros años de existencia, por comparación con las compañías cuyo derecho a comerciar con Asia se había respetado. De ahí que los Estados Generales estuvieran dispuestos a adoptar las medidas necesarias para evitar que los inversores dieran la espalda a la nueva compañía¹⁹⁰: permitieron a la VOC no publicar las cuentas del primer viaje y convertir las *partijen* (y a sus dueños los *participanten*) en *actie* (y a sus dueños en accionistas). Las *partijen* son las partes en un condominio de un buque, una cuota de propiedad en una cosa común. Las *actie* son solo títulos que dan derecho al dividendo y, por tanto, a su reclamación. Esta transformación es muy importante porque algunos comerciantes habían protestado señalando que la VOC se debía a los *participanten* y que los administradores debían maximizar el valor de las acciones. Al reducirlos a la condición de “accionistas” se subrayaba su carácter de meros financiadores con derecho a un dividendo. Incluso el primer gran dividendo podría verse, dado su volumen, como una forma de liquidar a los accionistas¹⁹¹. En fin, al sustituirse la liquidación tras cada viaje – para dotar de permanencia al capital – por la posibilidad de vender las acciones en el mercado, los costes de agencia de los administradores aumentaron ya que éstos tenían menores incentivos para maximizar el valor de las acciones si los inversores no podían “castigarlos” negándose a reinvertir su cuota de liquidación en el siguiente viaje.

Su influencia en la política internacional de los siglos XVII a XIX se refleja bien en lo ocurrido con *la homónima francesa*¹⁹² y con el intento de los Habsburgo de crear una compañía semejante para disputar el comercio con las Indias a través de la Compañía de Ostende¹⁹³ o el hecho de que el Tratado de Utrecht impusiera a España el deber de mantener el sistema de flotas para el comercio con América.

los Estados Generales. Dicen Genderblom, de Jong, Jonken 2010 que “It had been clear all along that the VOC would engage in war overseas; that was precisely the reason why three directors of the Amsterdam company declined to join its board... But the scale of the operations which the Estates General demanded went much further than anticipated”. Chartered companies were quintessentially patrimonial forms, conjoining economic and sovereign political goals at the behest of the ruler's personal discretion, Adams, Julia, Principals and Agents, Colonialists and Company Men: The Decay of Colonial Control in the Dutch East Indies, *American Sociological Review*, Vol. 61, No. 1 (Feb., 1996), pp. 12-28. Disponible en http://www.yale.edu/sociology/publications/faculty/adams/Principals_Agents.pdf.

¹⁹⁰ “Directors were not only obliged to maximize the profits of the VOC, but they also had to serve the public interests of the United Netherlands and had to strengthen the position of the Netherlands in the East Indies”, de Jongh, *Shareholders Activism*, p 20.

¹⁹¹ Gelderblom, de Jong, Jonken, 2010, p 30-31.

¹⁹² Compagnie française des Indes orientales, http://fr.wikipedia.org/wiki/Compagnie_fran%C3%A7aise_des_Indes_orientales.

¹⁹³ V., para lo que sigue, Rodríguez García, Margarita Eva “Compañías privilegiadas de Comercio con América y Cambio Político (1706-1765), *Estudios de Historia Económica*, nº 46 (2005) <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeridas/EstudiosHistoriaEconómica/Fic/roja46.pdf>. La Compañía de Ostende se había constituido a fines de la década de 1710, “siguiendo el modelo de las compañías inglesas y holandesas. Tras fundar varios establecimientos en las Indias Orientales, comenzó a revelar un gran potencial, aumentando cada año el número de navíos que componía su flota. Cuando el emperador manifestó su intención de conceder

El predominio holandés sobre Gran Bretaña (que se mantendría hasta el siglo XVIII)¹⁹⁴ fue posible precisamente por el compromiso de largo plazo de los inversores holandeses derivado del carácter indefinido de la Compañía Holandesa (más estructurada en el sentido de la permanencia que la Inglesa que, como hemos visto, debía “ampliar” capital para cada viaje y no tendría acciones perpetuas hasta 1657), modificación que fue posible por el control de la República Holandesa por parte de los comerciantes sin la competencia de la Corona por los beneficios del comercio colonial, (que era lo que, probablemente, hacía reacios a los inversores ingleses a comprometer capital a largo plazo) conflicto que en Gran Bretaña no se resolvió hasta la Revolución Gloriosa (1688)¹⁹⁵.

La conclusión es que las ganancias que podían obtenerse del comercio con Asia eran tan enormes que cubrían en exceso los riesgos e incertidumbres, los enormes costes derivados de la muy ineficiente organización, los enormes costes de organizar la presencia y el control de los mercados geográficos de destino y los costes de agencia entre todos los participantes¹⁹⁶. Aún así, a finales del siglo XVII, solo seis compañías

a la Compañía durante treinta años importantes privilegios, además de contribuir a su financiación, la respuesta de las potencias marítimas europeas no se hizo esperar. A lo largo de 1723 y 1724 amenazaron con atacar los dominios imperiales austriacos, aduciendo que en los Tratados de Utrecht y en el Tratado de la Barrera, firmado en Amberes en 1715, estaba establecido que el Emperador gobernaría los Países Bajos españoles bajo las mismas condiciones exigidas anteriormente al Rey español Carlos II. Entre estas últimas se encontraba la prohibición de establecer en esta región cualquier compañía para el comercio de las Indias Orientales. A tenor de la respuesta dada por Inglaterra y Francia a la creación de la Compañía de Ostende en Austria (se logró) finalmente que el Emperador desistiera de sus propósitos...”.

¹⁹⁴ Urtáriz decía: *Si el poder de los Holandeses, aunque grande en Europa, no llega a términos de dar este cuidado a los Príncipes, y Estados de ella, no por eso dexan de posser una especie de Monarchia, ò Dominio universal en las Provincias Meridionales, Islas, y Mares del Asia, desde las Arabias, hasta el Japòn, sujetando, en algún modo, à sus leyes a muchas de las potencias de Europa, en todo lo que mira a aquel importante Comercio [...] y dispone a su arbitrio, avassallando Soberanos, y conquistando, o sujetando espaciosos, y abundantes Países, después que abrió los fundamentos de su imperio con los despojos de Portugal, y le estendió, poniendo estrechos límites a la Jurisdicción, y Comercio de los ingleses, y frustrando, ò deteriorando el de los Franceses, y de otros Europeos”; “the VOC had achieved military superiority over the Spanish and Portuguese. This, however, raised the hostile interest of the English. In the second half of the 17th century, three successive wars weakened the Dutch in relation to the English. Although militarily the first of these wars (1652-1654) was inconclusive, the English took 1000 merchant ships from the Dutch. At this time the English also passed a series of Navigation Acts that prohibited non-English ships from delivering goods to English ports English ports. These two facts together tilted the economic balance in favour of England. To make matters worse for the Dutch, they were involved in a war with France from 1672-1678, during which event the European banking centre moved from Amsterdam to London. After this the power of the Netherlands was much diminished”, Gert Jan Hofstede and Decio Zylbersztajn *Governance in the East Indian Company*, 2008 disponible en <http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/49876/2/Hofstede.pdf>.*

¹⁹⁵ Para el caso holandés, la transmisibilidad de las acciones fue una necesidad imperiosa toda vez que la duración de las compañías se extendía a más de dos o tres años. Nadie estaba dispuesto a invertir a plazos de 10 ó 20 años pero la existencia de mercados de deuda en Ámsterdam desde el siglo XVI permitió proporcionar liquidez a las acciones de la Compañía y que Holanda se adelantara en un siglo a Inglaterra en sus respectivas “revoluciones financieras” Harris, *Finance and the First Corporations* p 10 ss.

¹⁹⁶ Ville S.P. and Jones S.R.H., *The Principal-Agent Question: The Chartered Trading Companies* http://eprints.lse.ac.uk/22421/1/27_95.pdf “Extensive primary evidence confirms that managerial opportunism continued to be a major problem for the companies. There is no indication from the companies that they solved the problem indeed their continual modification of control policies suggests the opposite. Modelling the impact of agency costs on profitability provides an interesting

representaban 2/3 del capital de todas las sociedades por acciones existentes en Inglaterra. Las que aparecieron en la década de 1690 quebraron rápidamente y, con ello, los mercados de acciones casi desaparecieron¹⁹⁷.

14. La generalización de la sociedad anónima – la corporación – como innovación institucional y la extensión de la personalidad jurídica a las sociedades de personas

Hasta aquí hemos explicado que la sociedad anónima constituyó una innovación institucional que permitió explotar una nueva oportunidad de negocio: la explotación del comercio trasatlántico. Las instituciones existentes (la *commenda* y el condominio naval o las emisiones de deuda) no resolvían las necesidades del nuevo comercio y la sociedad anónima permitió reducir los costes del monopolio necesario para llevar a cabo dicha explotación. Ahora procederemos a examinar cómo se produjo la generalización de la institución que se puso al servicio de cualquier empresa manufacturera y las consecuencias que esa generalización tuvo sobre el Derecho de Sociedades.

Como se aprecia de esta evolución, de la corporación se tomó solo su organización, la cual permitía que se formase – como si fuera un individuo – la voluntad de un colectivo. La estructura patrimonial – la copropiedad – “no valía” y la financiación de la actividad a través de la emisión de deuda, tampoco. Había que reinventar la copropiedad. Y ésta se reinventó asignando a la *persona ficta* la titularidad del patrimonio afecto a la empresa y convirtiendo a los financiadores en titulares de todos los rendimientos residuales de la empresa pero privándolos de las facultades de los propietarios respecto de los activos que se vieron sustituidos – gracias a la Corporación – por la participación en la toma de decisiones y, por tanto, en la formación de la voluntad de la persona ficta.

Si el comercio trasatlántico requería indefectiblemente de la concesión de un monopolio, también será necesario éste aunque en mucha menor extensión e intensidad para *promover la construcción de canales, puentes, ferrocarriles o la explotación de minas* y no será necesario en absoluto para *la fabricación de tejidos, herramientas o maquinaria o cualesquiera otros productos que pasan a ser fabricados industrialmente*. En el siglo XVIII y comienzos del siglo XIX, las sociedades anónimas sirven a la construcción de infraestructuras (canales, ferrocarriles...), a la constitución de bancos y a la explotación de minas. Es decir, nuevamente, a la explotación de negocios que requerían mucho capital. La sociedad anónima se privatiza (asimilándose a las demás formas societarias) cuando deja de ser la forma jurídica para articular la propiedad colectiva sobre la explotación de un derecho monopolístico. O, dicho de otro modo, cuando las ventajas técnicas de la personificación de los grupos se extienden a la propiedad común de cualesquiera activos productivos, no sólo de derechos monopolísticos. Sustituye a la copropiedad y a la compañía mercantil de personas como forma de organización y se pone al servicio cualquier empresa manufacturera. Así lo indican las cifras inglesas. En 1820, Inglaterra tenía 150 sociedades anónimas y en

methodological exercise but in its current form produces results which are too constrained and in fact contradict the predicted outcome. De la cuestión del *private trade* nos hemos ocupado un poco más ampliamente en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/07/el-comercio-particular-de-los-empleados.html>.

¹⁹⁷ Gelderblom//de Jong/ Abe/Jonker, *The Formative Years* .

1825 tenía más de 600, no obstante la vigencia de la *Bubble Act* que prohibía la constitución de sociedades anónimas desde 1720 lo que no puede entenderse sino en el sentido de que el Estado no impidió activamente la creación privada, seguramente, porque todas estas sociedades anónimas no explotaban monopolio alguno. Su utilización se extendió por las ventajas que proporcionaba frente a otras formas de organización de la propiedad colectiva. Bastó que un Tribunal aplicara la *Bubble Act* en un caso concreto y declarara nulas las acciones emitidas por una sociedad anónima constituida privadamente para que el Parlamento inglés se viera abrumado por una avalancha de solicitudes de autorizaciones parlamentarias para la constitución de nuevas sociedades anónimas y para que procediera a derogar la *Bubble Act*¹⁹⁸.

En otras palabras, la Revolución Industrial provocó que un gran número de actividades que venían siendo desarrolladas artesanalmente (producción de manufacturas) pasaran a serlo a gran escala pero sin que fuera necesario atribuir un monopolio al productor para inducir las inversiones necesarias. No obstante, las ventajas en términos de organización de la actividad y de cotitularidad de los activos de estos productores que proporcionaba la personalidad jurídica y la sociedad anónima eran evidentes, de modo que, aunque dichas actividades de producción se realizan en régimen de libre acceso, esto es, competitivamente, los productores pretenden utilizar la sociedad anónima como forma jurídica. El régimen legal, sin embargo, seguía inspirado en la concesión de un privilegio de modo que la constitución de las sociedades anónimas seguía sometida a una concesión real o parlamentaria. Las exigencias de la eficiencia provocan una rebelión de los fabricantes que constituyen sociedades anónimas ilícitamente, esto es sin someterse a la previa obtención de la autorización real o parlamentaria. Finalmente, los parlamentos eliminan el requisito de la autorización previa y lo sustituyen por una inscripción reglada, evolución que se completa en la segunda mitad del siglo XIX cuando los Códigos sientan la libre constitución de sociedades anónimas y regulan ésta junto a las formas societarias tradicionales (sociedades de personas). La evolución se produce tan lentamente porque las sociedades anónimas – igual que los monarcas que explotaban el monopolio – quiebran frecuentemente. Cuando, tras la derogación de la *Bubble Act*, devinieron legales, no se proporcionó responsabilidad limitada a los accionistas, es decir, siguió tratándose las como *partnerships*, no solo a tal efecto, sino también, por ejemplo, a efectos de la disolución. Si un accionista quería disolver la *joint-stock Company*, podía hacerlo pero tenía que demandar a los administradores y a todos los demás socios lo que hacía el proceso impracticable¹⁹⁹. Hasta 1855 no se dotará a la sociedad anónima inglesa de responsabilidad limitada, pero tras las reformas legales, más de 6000 compañías se crearon en poco más de 10 años.

En definitiva, el proceso de generalización de la corporación es imparable cuando se extiende a todas las empresas manufactureras. La conexión con derechos exclusivos desaparece pero la estructura organizativa y financiera permanece: hay un sujeto individual que usa y dispone de los activos y hay unos propietarios que no tienen derecho de uso y acceso a los activos y que financian la actividad a cambio del

¹⁹⁸ Harris, Ron "Political Economy, Interest Groups, Legal Institutions and the Repeal of the Bubble Act in 1825" *Economic History Review* L.4 (1997): 675-696., Disponible en http://works.bepress.com/ron_harris/17 que explica q en esas fechas se produjo un auténtico boom bursátil como consecuencia de la independencia de las colonias españolas de América y la explotación de sus recursos mineros (34 compañías mineras sudamericanas y 74 inglesas cotizaban en Londres en 1825). El incremento brutal de las sociedades por acciones llevó al Parlamento inglés a derogar la *Bubble Act* en 1825. Curiosamente, inmediatamente después se produjo un *crash* bursátil y quebraron casi un centenar de bancos y quinientas de las seiscientas empresas cotizadas.

¹⁹⁹ Stein, *quaderni*, p 506.

rendimiento residual de la empresa y la participación en la formación de la voluntad de la misma²⁰⁰

El último paso es la extensión de la personalidad jurídica a las sociedades de personas. En el siglo XIX, los Códigos acabarán atribuyendo personalidad jurídica a todas las sociedades de personas cuando los socios deseen “actuar conjuntamente” en el tráfico, esto es, asignar los derechos sobre el conjunto de activos afectos a la empresa a una persona ficta que tiene una sola voluntad. Nuevamente, los propietarios últimos ceden sus derechos de uso y disposición sobre los activos a cambio de conservar el derecho a los rendimientos residuales y al derecho a participar en la formación de la voluntad de la persona ficta. Debemos reiterar que tal atribución no significa que, en épocas anteriores, careciera la *compagnia* de autonomía patrimonial – de personalidad jurídica -. Simplemente, se utiliza por el legislador el término “personalidad jurídica” sólo a partir del siglo XIX para las sociedades de personas.

El caso del Derecho español es especialmente iluminador porque, como hemos visto, el Codificador civil atribuyó personalidad jurídica a las sociedades civiles en contra de la tradición que, fiel a sus orígenes romanos, había configurado las sociedades civiles como un puro contrato obligacional y su sustrato patrimonial como una comunidad de bienes romana de existir bienes comunes a los socios. El Código de Comercio de 1829 no atribuyó, al menos expresamente, personalidad jurídica a las sociedades mercantiles²⁰¹. Tal atribución se produce con el Código de Comercio de 1885 (art 116 II), para las sociedades mercantiles y con el Código Civil de 1889 (art. 1669) para las sociedades civiles, de manera que puede presumirse una voluntad consciente y unificadora por parte del legislador. Entretanto, se había producido la liberalización de la constitución de sociedades anónimas a través de la Ley de 1869²⁰². El Código de

²⁰⁰ Sobre la importancia de la auditoría de las cuentas como mecanismo voluntario de reducción de los costes de agencia en las primeras sociedades anónimas v., supra Watts/Zimmermann: “While the evidence suggests that from the time of the guilds to the midnineteenth century auditing was used as a monitoring device for contracts between managers and equity holders, we found no direct evidence that audits were used to monitor debt contracts in that period. The secondary sources examined contained no references to the auditors' reporting to debt holders or that the debt holders even received the audit reports... However, in the eighteenth century companies issued numerous bonds. Company charters under which the bonds were issued used accounting numbers (for example, profits) to restrict dividends and one would expect such constraints to be monitored. There is some indirect evidence to suggest that auditing was used to monitor debt contracts. It is possible that accounts were available to bondholders and the audit by the committee of shareholders served to control the shareholder-bondholder conflict of interest.

²⁰¹ En el [Código de 1829](#) no hay ningún precepto que permita deducir que la estructura patrimonial de las sociedades de personas era diferente de la copropiedad en mano común. De hecho, la expresión personalidad jurídica no aparece. La palabra “personalidad” se utiliza en su sentido de capacidad, poder, o aptitud legal para realizar un negocio jurídico (acepciones 6 y 7 del Diccionario de la Real Academia, <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=personalidad>). La referencia a la sociedad comanditaria, por ejemplo, indica que no se formaba un patrimonio separado. Véase el., art. 265.2º: “Prestando una ó varias personas los fondos para estar á las resultas de las operaciones sociales, bajo la direccion esclusiva de otros socios que los manejen en su nombre particular: esta se titula compañía en comandita” y que tal era el caso en la constitución de una sociedad anónima (art. 265.3º): “Creándose un fondo por acciones determinadas para girarlo sobre uno v muchos objetos, que den nombre á la empresa social... y esta compañía es la que lleva el nombre de anónima”). Y, en la sociedad colectiva – la sociedad “regular” para el ejercicio colectivo del comercio –, que “ha de girar bajo el nombre de todos ó alguno de los socios” (art. 266 C de c) los que resultan “obligados a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la sociedad” (art. 267) son los socios directamente (“solidariamente”). También tiene interés, desde este punto de vista, la regulación del Código de 1829 del “asset partitioning” y las preferencias de los acreedores de la sociedad y los acreedores personales de los socios.

Comercio de 1885 se refiere a la ley de 1869 como “inspirada en el respeto más absoluto al principio de libertad de asociación, sin trabas ni fiscalizaciones de ninguna especie” y declara expresamente el reconocimiento de personalidad jurídica para toda clase de “asociaciones mercantiles”²⁰³ sin limitarlo a las sociedades anónimas, únicas de estructura corporativa que regula el Código²⁰⁴. Esta evolución legislativa confirmaría, al menos a primera vista, la separación entre personalidad jurídica y corporación y la correlación entre generalización de la sociedad anónima y reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades de personas.

Esta modernización de las sociedades de personas impidió que la sociedad anónima se convirtiera en la forma societaria predominante en Europa Continental. Los particulares podían recurrir a un “menú” de formas societarias más amplio gracias a la existencia de la sociedad comanditaria por acciones y, más adelante, de la sociedad de responsabilidad limitada²⁰⁵. En todo caso, las formas corporativas se habían generalizado a finales del siglo XIX como forma de organización empresarial y la elección masiva de la forma “sociedad anónima” o su menor utilización dependía, exclusivamente, del atractivo de otras figuras societarias alternativas y los relativos costes de constitución.

Por su parte, ni el Derecho inglés ni el Derecho norteamericano disponían de la figura de la sociedad comanditaria por acciones lo que, por un lado, aceleró la liberalización de la constitución de sociedades anónimas en Inglaterra respecto de Francia y, por otro, contribuyó a la generalización y “privatización” de la sociedad anónima en el sentido de que fue utilizada, en Inglaterra y EE.UU. como la forma prevalente de cualquier empresa manufacturera. De ahí a una liberalización intensa de su régimen jurídico interno sólo hay un paso que se dará en función de dos circunstancias.

²⁰² Que pasó por las Cortes con gran rapidez y sin debate, Matilla Quiza, M^a Jesús, Debates Parlamentarios y Leyes sobre la Asociación de Capitales (1810-1874), Revista de Estudios Políticos, 93(1996), p 379 ss., pp 397 ss., disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27403&orden=0&info=link>.

²⁰³ V., Guinnane, Timothy W. and Martínez-Rodríguez, Susana, Did the Cooperative Start Life as Joint-Stock Company? Business Law and Cooperatives in Spain, 1869-1931 (June 7, 2010). Yale Economics Department Working Paper No. 81; Yale University Economic Growth Center Discussion Paper No. 987. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1621874> disponible también en español en <http://www.aehe.net/2009/11/dt-aehe-0908.pdf>

²⁰⁴ “Se declara, asimismo, libre la constitución y creación de toda clase de asociaciones mercantiles, las cuales, una vez constituidas legalmente, tendrán el carácter de verdaderas personas jurídicas”, *Exposición de Motivos, Código de Comercio de 1885*, disponible en <http://www.aequus.es/legislacion/CODIGO%20DE%20COMERCIO.pdf>.

²⁰⁵ Harris, Ron / Guinnane, Timothy / Lamoreaux, Naomi / Rosenthal, Jean-Laurent, Putting the Corporation in its Place" *Enterprise and Society* (2007). http://works.bepress.com/ron_harris/5 con datos de constitución de sociedades anónimas, limitadas, comanditarias por acciones etc desde la segunda mitad del siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX. Para Francia, v., Roachat, Jean, The various uses of law: The société anonyme in France, 1807-1867, 2009, disponible http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/international_history_politics/users/stefano_ugolini/public/papers/Roachat.pdf; Para el caso de Mexico, Gómez-Galvarriato, Aurora / Musacchio, Aldo / Parral, Rodrigo, Menus and Entrepreneurial Appetite: An Empirical Investigation of Organizational Choice in Mexico, 1886-1910, 2010, disponible http://www.law.tau.ac.il/Eng/_Uploads/dbsAttachedFiles/Gomez-Musacchio-Parral-paper.pdf y para el caso de la sociedad limitada en España, Guinnane, Timothy / Martínez Rodríguez, Susana, For Every Law, a Loophole: Flexibility in the Menu of Spanish Business Forms, 1886-1936, 2012 <http://www.ub.edu/histeco/3encuentro/pdf/guinnane-martinez.pdf>.

La primera es la creación por el legislador de figuras alternativas lo que permite mantener la rigidez de la forma anónima. En Gran Bretaña, a comienzos del siglo XX aparece la *private limited liability company*.

La segunda es la existencia de competencia entre legisladores²⁰⁶. La intensa competencia existente en los EE.UU., explica perfectamente que, a lo largo del siglo XX, la *corporation* se haya “contractualizado” en mucha mayor medida que en Europa Continental. La sociedad anónima en Francia, por el contrario, se utilizó en sectores económicos específicos (minas, transporte, banca, seguros) mientras que la sociedad comanditaria por acciones era la forma general de corporación hasta la aparición de la SARL. En Alemania, la aparición de la sociedad limitada - *GmbH* - permitió “reservar” la sociedad anónima para las grandes empresas que apelaban al ahorro público - singularmente pocas en Alemania - al proporcionar un tipo societario de estructura corporativa pero de gran sencillez de constitución y flexibilidad interna. Es decir, la elección de la sociedad limitada por los operadores frente a la sociedad anónima responde, casi completamente, a las normas sobre el capital social mínimo y la mayor burocratización de la sociedad anónima²⁰⁷.

Una vez completada esta evolución y privatizada la sociedad anónima, la unificación del Derecho de Sociedades es completa. Las diferencias entre los distintos tipos societarios serán sólo *secundarias*. La sociedad anónima no se diferencia *esencialmente* de la sociedad colectiva en el plano patrimonial porque en ambas, la propiedad colectiva del patrimonio empresarial se organizará a través de la generación de una persona jurídica. En aquellos países - como Alemania - donde se había concebido y articulado la propiedad del grupo en la forma de una “comunidad en mano común”, ésta es suficientemente flexible como para que no se reconozca pura y simplemente que también las sociedades de personas tienen personalidad jurídica.

15. Consecuencias para la comprensión del Derecho de Sociedades

Las consecuencias para la comprensión del Derecho de Sociedades son importantes. Una vez que, por un lado, la sociedad anónima pierde su carácter puramente financiero y, por otro, se atribuye personalidad jurídica a cualquier sociedad de personas externas, la unificación de régimen jurídico entre sociedades anónimas - corporaciones - y sociedades de personas es suficiente como para que el Derecho de Sociedades “pueda nacer”. Se elabora una “parte general” y la utilización del argumento sistemático permite cubrir lagunas y desarrollar el Derecho legal. La expansión de esta “Parte General” conduce a que las instituciones del Derecho de Sociedades aplicables a todos los tipos societarios crezcan y que las diferencias se encapsulen como variaciones dentro de cada una de las instituciones. Aún más, el reconocimiento de la libertad

²⁰⁶ También en Alemania existió, en el siglo XIX, competencia entre los Estados que formaban la Unión Aduanera, competencia para atraer la constitución de sociedades anónimas: Guinnane, Timothy W. and Harris, Ron and Lamoreaux, Naomi R. and Rosenthal, Jean-Laurent, Ownership and Control in the Entrepreneurial Firm: An International History of Private Limited Companies (December 2007). Yale University Economic Growth Center Discussion Paper No. 959. Available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1071007>.

²⁰⁷ La ventaja de la SL es que reducía los riesgos de abuso por parte del accionista mayoritario de una sociedad anónima y evitaba, a la vez, el riesgo de disolución por decisión unilateral de cualquier socio propio de las sociedades de personas. Es probable que las razones fueran específicas a cada país. P. ej, en Alemania, la rigidez de la forma anónima y su elevado coste de constitución.

contractual y su extensión a las sociedades anónimas elimina las diferencias que no se justifican desde los intereses de las partes concretas que concurren a la constitución de una determinada sociedad. La distinción entre sociedades corporativas y sociedades de personas se oscurece porque los inversores-financiadores, que típicamente serían accionistas, constituyen sociedades de personas²⁰⁸ y, de forma más importante, los propietarios “internos” en el sentido antes expuesto, constituyen sociedades anónimas por sus ventajas organizativas y sin que su carácter de instrumento de financiación juegue ya un papel relevante en la decisión. Tales ventajas son básicamente tres: la responsabilidad limitada de los accionistas; la decisión por mayoría y la posibilidad de vender la compañía mediante un *share deal* en lugar de un *assets deal* que es mucho más costoso en términos transaccionales. Todos los Derechos Europeos se encontraban en este estado a finales del siglo XIX. En fin, no solo la unificación del Derecho de las corporaciones y el Derecho de las sociedades de personas es inevitable, sino que también lo es que el Derecho de las corporaciones se contractualice. Las sociedades anónimas, tras este proceso de doble generalización (de la estructura corporativa y de la personificación jurídica) dejan de ser “creatures of the State” y devienen contratos especiales protegidos, como las sociedades de personas, por la libertad contractual y el libre desarrollo de la personalidad²⁰⁹.

²⁰⁸ Como ocurre con la LLP aunque es cierto que los inversores-financiadores adoptan la posición de un comanditario.

²⁰⁹ El common law, al tener una concepción de la *partnership* más anticuada que la del Derecho continental, y ver esta como a natural *extension of basic contract law* no pudo unificar el Derecho de Sociedades en la misma medida V., Henry Hansmann, Reinier Kraakman, and Richard Squire, *The New Business Entities in Evolutionary Perspective*, 2005, “a reason why European jurisdictions were far ahead of U.S. jurisdictions in adopting highly flexible limited liability forms for small businesses. The German LLC form (the GmbH) dates from the 1890s, while the French LLC form (the SARL) appeared in the 1920s. Both are highly contractual limited liability vehicles for closely-held businesses (podría ser la siguiente). Perhaps Germany and France offered these flexible forms so long ahead of U.S. jurisdictions because of the pro-creditor orientation of European law as contrasted with the pro-debtor orientation of U.S. law. The traditionally strong European creditor-protection measures -- such as mandatory disclosure of financial statements by closely-held companies, minimum capital requirements, and creditor-oriented bankruptcy rules -- may have been the precondition for increased contractual freedom among investors”. V., también, Holderness 2003. Este arcaísmo del *Common Law* en relación con las sociedades de personas y las sociedades limitadas se refleja bien en que hasta muy recientemente no se reconocía a las *partnerships* la posibilidad de ser propietarias de bienes inmuebles: *Section 8 (3) of the Uniform Partnership Act., Riddle v. Whitehall, 135 U.S. 621 (1890)* (“a partnership ... could not hold the legal title to real estate, as it is not a person in fact or in law.”). Otra expresión del arcaísmo de la *partnership* se encuentra en la responsabilidad del socio entrante por las deudas sociales previas a su incorporación a la sociedad. En Europa Continental (incluida Alemania desde la Sentencia citada más arriba, el Tribunal Supremo alemán, en la de 7 de abril de 2003, *BGHZ, 370*, ha afirmado tal responsabilidad del socio en coherencia con la aplicación de la doctrina de la accesoriedad formulada en la sentencia de 2001 citada más arriba) se afirma tal responsabilidad – por influencia sobre la regulación de la sociedad civil de la sociedad colectiva – mientras que en EE.UU. y en Inglaterra, se establece la regla contraria (*section 306(b) del Revised Uniform Partnership Act 1997*: «a person admitted as a partner into an existing partnership is not personally liable for any partnership obligation incurred before the person’s admission as a partner»); *section 17(1) del Partnership Act 1890* «a person who is admitted as a partner into an existing firm does not become liable to the creditors of the firm for anything done before he became a partner»), apud Angelici, 2010, p 11 y pp 13-14 sobre la racionalidad de la regla europeo-continental: le obbligazioni sociali costituiscono per lo più il «corrispettivo» dell’acquisizione di elementi dell’attivo patrimoniale, e che sarebbe perciò ingiustificato, venendo a godere il nuovo socio del secondo (ed ovviamente senza distinzioni), che potesse sottrarsi alla responsabilità per le prime” o sea, de la presuposición de que el patrimonio social constituye un patrimonio separado del de los socios – que la sociedad tiene personalidad jurídica – y, por tanto, los socios responden de las deudas de ese patrimonio en las sociedades de personas.

Este distinto origen explica muchas de las resistencias que aún hoy existen a la generalización de las instituciones del Derecho de sociedades a todos los tipos societarios. Así, por ejemplo, la extensión a las sociedades de personas de todas las reglas de la corporación relativas a la personalidad jurídica independiente (extensión del poder de representación, doctrina *ultra vires*²¹⁰, las acciones de los socios para defender el “interés de la corporación” y sus propios intereses como miembros) solo fue posible una vez que se generaliza la libre constitución de sociedades anónimas y se deshace la relación entre las reglas de organización del grupo y la titularidad colectiva de una actividad que se desarrolla, en régimen de monopolio, por el grupo que se unifica bajo la personalidad jurídica de la corporación. La personalidad jurídica se desprende completamente de sus orígenes y pasa a concebirse como una forma de reconocer el derecho de los grupos a organizar sus derechos de propiedad sobre cualesquiera activos separándolos de sus patrimonios personales y erigiendo un individuo ficticio como titular del mismo. Con ello, se unifican sociedades de personas y corporaciones como expresión del derecho de asociación y las formas de organización de la propiedad del grupo (copropiedad o personalidad jurídica), una vez suprimidos los derechos monopolísticos, pierden cualquier significado político para ser, simplemente, técnicas de organización de la propiedad común a varias personas. En sentido contrario, la regulación de las relaciones entre socios en el seno de una sociedad anónima o el reconocimiento de derechos a los socios para oponerse a las decisiones de la corporación adoptadas por mayoría y, en general, la resistencia a admitir un amplio juego a la libertad contractual – de pactos – en una sociedad anónima se explican por este distanciado origen de ambos tipos societarios²¹¹.

Las diferencias que restan se explican por los diferentes rasgos secundarios de las sociedades de personas y de las sociedades de estructura corporativa, sobre todo, las que tienen que ver con la regla mayoritaria, la circulabilidad de las acciones como “cosas” y no como posiciones contractuales y la teoría de los órganos sociales²¹².

²¹⁰ Si la sociedad anónima es titular de un monopolio o privilegiada de cualquier modo, tiene sentido que se limiten los poderes de los que actúan en su nombre y que se les niegue capacidad para actuar fuera del monopolio o privilegio.

²¹¹ Sobre esta evolución v., Harris, Ron, *The Private Origins of the Private Company: Britain 1862-1907* (2009). Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1613206> pp 32-35.

²¹² Ribstein, Larry E., *The Rise of the Uncorporation: Chapter One* (August 28, 2009). THE RISE OF THE UNCORPORATION, Oxford University Press, 2009; Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1463684>. The corporate form is designed for larger firms with many owners. These firms, particularly if they are publicly held, have a lot to gain from standardizing terms. Investors have to incur costs to learn about different governance mechanisms. Firms can reduce their cost of capital by saving investors these costs. Firms with many owners also face obstacles in modifying their terms after they are formed. Individual shareholders have little incentive to initiate changes because they must incur the costs while sharing the benefits with thousands of others taking a “free ride” on the first mover’s efforts. Managers easily can initiate changes, but the free-rider problem makes it hard for shareholders to protect themselves from changes favoring the managers. Thus, in standard publicly held corporations, flexibility may be more of a benefit for powerful corporate managers than for passive shareholders. Investors might instead prefer to delegate to state lawmakers the power to modify their contracts to take account of business developments. 4 Lawmakers would exercise this power subject to discipline by the market for state corporation law. In other words, corporations would choose their incorporating state not only for its current law, but for its reputation for making changes that are in firms’ interests. If the leading state of Delaware failed to keep up with conditions or made changes that were not in firms’ interests, it would lose litigation business and franchise taxes. By contrast, uncorporations are designed mostly for closely held firms.

Una vez que se atiende a los orígenes de la sociedad anónima, pueden refutarse los intentos actuales de mantener la distinción – en cuanto a sus rasgos primarios – de la sociedad anónima y la limitada sobre la base, ahora, de afirmar que la primera es la forma jurídica de la “gran empresa” lo que justificaría calificarla como “una organización pluralista de intereses... y (cuya) actividad... repercute no sólo en los intereses de (los socios) los aportantes de capital de riesgo”²¹³. Estos intentos son, a nuestro juicio, inútiles porque, tras la liberalización de la sociedad anónima en el siglo XIX (libre constitución), desaparece cualquier relación necesaria entre la forma – sociedad anónima – y una posición específica en la vida económica, relación que existía en sus orígenes por el carácter privilegiado de las compañías anónimas tanto en lo que a su creación se refería como a su actividad económica fundada en un monopolio. En la actualidad, ni todas las sociedades anónimas son grandes empresas ni todas las grandes empresas son sociedades anónimas y el tamaño de la empresa no permite formular regla jurídica alguna relativa a su financiación y gobierno que deba considerarse específica del tipo social.

La sociedad limitada ocupa una posición intermedia en estos debates porque su origen es diferente en unos y otros ordenamientos. Así, en Europa Continental, no es más que una sociedad colectiva a la que se añade la responsabilidad limitada a través de la imposición de la figura del capital social y la mínima estructura corporativa. En algunos países, aparece como una “privatización” de la sociedad anónima. Este diverso punto de partida explica que su régimen jurídico sea más o menos próximo al de las sociedades de personas o al de la sociedad anónima.

En fin, una vez generalizada la sociedad anónima, *los ordenamientos divergen en punto a las relaciones entre el Derecho de Sociedades y el Derecho de los mercados de capitales*. Cuando el legislador utiliza el Derecho de Sociedades para asegurar la protección de los inversores – objeto del Derecho de los mercados de capitales – crecen las normas imperativas en el régimen de sociedades anónimas como sucedió, singularmente, en Alemania, con efectos no pretendidos ya que, en los EE.UU y en Gran Bretaña, las sociedades anónimas cerradas derogaban sistemáticamente las normas imperativas aplicables a través de pactos parasociales para incrementar la protección de los accionistas minoritarios incluyendo en éstos muchas de las previsiones típicamente presentes en una sociedad de personas en la que las decisiones se adoptaran por mayoría²¹⁴ lo que condujo, finalmente, a que todo el derecho de sociedades anónimas deviniera supletorio y dispositivo en los países anglosajones.

Because they do not need standardization, and because their owners can easily make changes, unincorporations can take full advantage of the ability to customize their contracts to suit particular firms' needs.

²¹³ Esteban, Gaudencio, Responsabilidad social corporativa: delimitación, relevancia jurídica e incidencia en el Derecho de Sociedades y en el gobierno corporativo, en García de Enterría, Javier (coord.), *Liber Amicorum Juan Luis Iglesias Prada*, Madrid 2014, pp 271 ss, pp 286-287; Para la concepción aquí criticada, v., Embid Irujo, José Miguel, Aspectos conceptuales y tipológicos de la regulación de las sociedades de capital en el Derecho español”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40 N° 2, pp. 433 - 459 [2013], p 444.

²¹⁴ Harris, *Private Origins*, p 39.

16. Tabla de jurisprudencia citada

Bundesgerichtshof (Alemania)

<i>Tribunal y fecha</i>	<i>Número de recurso</i>	<i>Referencia</i>
BGH 29.1.2001	II ZR 331/00	BGHZ 146, 341; NJW 2001,1056
BGH 7.4.2003	II ZR 56/02	BGHZ 154/370; NJW 2003, 1803

Tribunal Supremo

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
3.4.1982	RJ 1982\1938	Jaime Castro García
26.4.1988	RJ 1988\3279	Eduardo Fernandez-Cid De Temes
17.7.2012	RJ 2012\9331	Francisco Javier Orduña Moreno

AP de Huesca

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
17.9.1992	AC 1992\1184	Ramiro Solans Castro

Dirección General de los Registros y del Notariado

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>
20.3.2014	RJ 2014\2206

17. Bibliografía

Julia ADAMS (1996), "Principals and Agents, Colonialists and Company Men: The Decay of Colonial Control in the Dutch East Indies", *American Sociological Review*, Vol. 61, No. 1 (Feb, 1996), pp. 12-28 (www.jstor.org/stable/2096404?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents).

Jonathan H. ADLER / Nathaniel STEWART (2014), "Can Congress Learn to Fish? Property-based reforms solve the "tragedy of the commons" at fisheries", *National Review Online*, February 21, 2014 (www.nationalreview.com/article/371642/can-congress-learn-fish-jonathan-h-adler-nathaniel-stewart).

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, "Empresa y empresario: Un planteamiento contractual", Universidad Autónoma de Madrid, Working paper (portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/jaar%20-%20empresa%20y%20empresario.pdf)

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2008), "Limited liability of shareholders: Status quaestionis" (September 2007), Derecho de Sociedades y Gobierno Corporative, Ed. Flor de María Cordova, Grijiley, Lima.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2014), "El Comercio Particular de los Empleados en las Compañías de las Indias Orientales", *Blog Online Almacén De Derecho*, 18 de julio de 2014 (derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/07/el-comercio-particular-de-los-empleados.html).

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2014), "La doctrina del capital social: recuerdos de una discusión lamentablemente cerrada", *Blog Online Almacén De Derecho*, 29 de enero de 2014 (derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/01/la-doctrina-del-capital-social.html).

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2016), "El Interés Social: Una Historia Natural de la Empresa", *Revista de Economía Industrial* (Pendiente de publicación).

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2015), "Adan Smith y Ada Colau", *Blog Online Almacén De Derecho*, 5 de noviembre de 2015 (derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2015/11/adam-smith-y-ada-colau.html).

Svetlana ANDRIANOVA / Panicos DEMETRIADES / Chenggang XU (2008), "Political Economy Origins of Financial Markets in Europe and Asia", 21st Australasian Finance and Banking Conference 2008 Paper (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1143424).

Carlo ANGELICI (2011), "Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Vol. 109, n° 1, pp. 49-88 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1530746).

John ARMOUR / Henry HANSMANN / Reinier KRAAKMAN (2009), "The Essential Elements of Corporate Law", Oxford Legal Studies Research Paper No. 20/2009; Yale Law, Economics & Public Policy Research Paper No. 387; Harvard Law and Economics Research Paper No. 643; Harvard Public Law Working Paper No. 09-39; ECGI - Law Working Paper No. 134/2009 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436551).

Giovanni ARRIGHI (2010), *The Long Twentieth Century. Money, Power and the Origins of our Times*, Verso, 2^a edición, London-New York.

Benito ARRUÑADA (1990), *Control y regulación de la sociedad anónima*, Alianza, Madrid.

John H. BAKER (1982/83), "The Inns of Court and Chancery as Voluntary Associations", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 11-12, n° 1, pp. 9-38.

Jairus BANAJI (2007), "Islam, the Mediterranean and the Rise of Capitalism", *Historical Materialism*, vol. 15 (2007), pp. 47-74.

Douglas G. BAIRD / Donald S. BERNSTEIN (2005), "Absolute Priority, Valuation Uncertainty, and the Reorganization Bargain (September 1, 2005)", *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2006, pp. 1930-1970 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=813085).

Jeremy BASKES (2005), "Risky Ventures: Reconsidering Mexico's Colonial Trade System", *Colonial Latin American Review*, Vol. 14, No. 1, June 2005, pp- 27-54 (go.owu.edu/~jabaskes/baskes-clar.pdf).

Harold J. BERMAN (1986), *Law and Revolution, I: The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge.

Lards BOERNER / Albrecht RITSCH (2008), "The Economic History of Sovereignty: Communal Responsibility, the Extended Family and the Firm", London School of Economics, Working Paper No. 110/08, October 2008 (www.lse.ac.uk/economicHistory/pdf/wp110.pdf).

Yung-chien CHANG (2012), "Tenancy in 'Anticommons? A Theoretic and Empirical Analysis of Co-Ownership (June 20, 2012)", *The Journal of Legal Analysis*, Winter 2012: Volume 4, Number 2, pp. 515-553 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1881329).

Brian R. CHEFFINS (2008), *Corporate Ownership and Control: British Business Transformed*, Oxford University Press, Oxford.

Sofie COOLS (2004), "The Real Difference in Corporate Law between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers (September 2004)", Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 490 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=623286).

Hanoch DAGAN / Tsilly DAGAN (2014), "Facilitating the Commons Inside Out", Tel Aviv University Law Faculty Papers; Working Paper 183, (law.bepress.com/taulwps/art183/).

Giuseppe DARI-MATTIACCI / Oscar GELDERBLUM / Joost JONKER / Enrico C. PEROTTI (2013), "The Emergence of the Corporate Form (February 25, 2013)", Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2013-11; Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2013-02 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2223905).

Harold DEMSETZ (1995), *The Economics of the Business Firm*, Cambridge University Press, New York.

J. Matthijs DE JONGH (2010), "Shareholder Activism at the Dutch East India Company 1622-1625" (January 10, 2010), in J. KOPPELL, *Origins of Shareholder Advocacy*, Palgrave Macmillan, 2011, New York (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1496871).

Tomás DE MERCADO (1976), "Suma de tratos y contratos", *Economía Industrial*, nº 153 (www.hacer.org/pdf/Tratos.pdf).

Tine DE MOOR (2008), "The Silent Revolution: Anew Perspective on the Emergence of Commons, Guilds and Other Forms of Corporate Collective Action in Western Europe" *International Review of Social History* (53), pp. 179-212 (vk.library.uu.nl/vkc/seh/research/Lists/Research%20Desk/Attachments/1/IRSH%2053-S16_De%20Moor.pdf).

W.B. DEN BLANKEN (2012), *'Imperium in Imperio?' Sovereign Powers of the First Dutch West India Company*, Leiden University, Países Bajos (openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/20175/imperium%20in%20imperio%20%5Bma%20thesis%20heeg%5D%20-%20wb%20den%20blanken.pdf?sequence=1).

Dorota DOBIJA (2008), "Emergence of Corporate Contract Set, Governance and Accountability: Standing Orders of the East India Company, 1600-1621", *SSRN Electronic Journal* 07/2008, pp. 1-53 (https://www.researchgate.net/publication/228229036_Emergence_of_Corporate_Contract_Set_Governance_and_Accountability_Standing_Orders_of_the_East_India_Company_1600-1621).

Eli DOURADO / Alex TABARROK (2013), "Public Choice and Bloomington School Perspectives on Intellectual Property", George Mason University Working Paper No. 13-23, November 2013 (mercatus.org/sites/default/files/Dourado_PerspectivesonIP_v2.pdf).

Mauricio DRELICHMAN / Hans-Joachim VOTH (2014), *Lending to the Borrower from Hell: Debt, Taxes and Default in the Age of Philip II*, Princeton University Press, Princeton and Oxford.

Justino F. DUQUE DOMÍNGUEZ (1971), "El Condominio de Buques como Tipo Asociativo en el Derecho español", en *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, Vol. 1, Tecnos, 1971.

José Miguel EMBID IRUJO (2013), "Aspectos conceptuales y Tipológicos de la Regulación del Derecho de Sociedades de Capital en el Derecho Español", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, nº 2, pp. 43-459.

Andreas ENGERT (2004), "Die ökonomische Begründung der Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensfinanzierung", *ZGR*, Volume 33, Issue 6 (November 2004), pp. 813-841.

Andreas ENGERT (2006), "Life Without Legal Capital: Lessons from American Law", Ludwing Maximilians Universität München Working paper, (January 2006) (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882842).

Gaudencio ESTEBAN VELASCO (2014), "Reponsabilidad social corporative: Delimitación, Relevancia jurídica e Incidencia en el Derecho de Sociedades y en el Gobierno Corporativo", en Javier GARCÍA DE ERRENTERÍA LORENZO VELÁZQUEZ *et al.*, *Libre Amicorum Juan Luis Iglesias*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

Andreas M. FLECKNER (2015), "Roman Business Associations", *Roman Law and Economics*, Forthcoming (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2472598).

Werner FLUME (1977), *Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts. J-I. Die Personengesellschaft*, Berlin.

Julian R. FRANKS / Colin MAYER / Hideaki MIYAJIMA (2014), "The Ownership of Japanese Corporations in the 20 th Century (February 17, 2014)", European Corporate Governance Institute (ECGI) - Finance Working Paper No. 410/2014 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2397142).

Leonor FREIRE COSTA (2010), "Making Old Institutional Arrangements Work under New Competing Environments: The Case of the Portuguese Cape Route", *Workshop Unpeaceable Exchange: Trade and Conflict in the Global Economy, 1000-2000, University of Lisbon, 16-17 July 2010* (history.uwo.ca/Conferences/trade-and-conflict/files/costa.pdf).

José Luis GABALDÓN GARCÍA (1999), *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid.

Margarita GAFARO (2015), "Collective Property Rights and Agriculture", (October 24, 2015) (editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=NEUDC2015&paper_id=453).

Nikhil GAIKWAD (2014), "East India Companies and Long-Term Economic Change in India", *The 2014 International Political Economy Society Annual Meeting* (www.nikhargaikwad.com/Papers.html).

Joshua GETZLER / Mike MACNAIR (2005), "The Firm as an Entity Before the Companies Acts", in Paul BRAND *et al.*, *Adventures of the Law: Proceedings of the Sixteenth British Legal History Conference, 2003*, Four Courts Press, Dublin, 2005 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=941231).

Oscar GELDERBLOM / Joost JONKER (2004), "Completing a financial revolution: The Finance of the Dutch East India Trade and the Rise of the Amsterdam capital market, 1595-1612", *The Journal of Economic History*, Vol. 64, No. 3 (September, 2004), pp. 641-672.

Oscar GELDERBLOM / Abe DE JONG / Joost JONKER (2010), "An Admiralty for Asia: Isaac le Maire and conflicting conceptions about the corporate governance of the Voc", ERIM Report Series ERS-2010-026-F&A, June 2010 (repub.eur.nl/pub/19907).

Oscar GELDERBLOM / Abe DE JONG / Joost JONKER (2012), "The Formative Years of the Modern Corporation: The Dutch East India Company Voc, 1602-1623", ERIM Report Series Reference, No. ERS-2012-007-F&A (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2116137).

Oscar GELDERBLOM / Abe DE JONG / Joost JONKER (2014), "The VOC Insurance Contract of 1613 (18 February 2014)", (vk.library.uu.nl/vkc/seh/research/Lists/Working%20Papers/DispForm.aspx?ID=98).

Oscar GELDERBLOM / Joost JONKER / Clemens KOOL (2014), "Direct Finance in the Dutch Golden Age" (Version 31 October 2014) (www.lse.ac.uk/economicHistory/seminars/EconomicHistory/Papers14-15/Gelderblom.pdf).

Aurora GÓMEZ-GALVARRIATO / Aldo MUSACCHIO / Rodrigo PARRAL (2010), "Larger Menus and Entrepreneurial Appetite: An Empirical Investigation of Organizational Choice in Mexico, 1886-1910", (May 15, 2010) (www.law.tau.ac.il/Eng/_Uploads/dbsAttachedFiles/Gomez-Musacchio-Parral-paper.pdf).

Regina GRAFE (2014), "On the spatial nature of institutions and the institutional nature of personal networks in the Spanish Atlantic", *Culture & History Digital Journal*, 3 (1) (cultureandhistory.revistas.csic.es/index.php/cultureandhistory/article/view/45/173)

Avner GREIF (2006), "Family Structure, Institutions and Growth: The Origins and Implications of Western Corporations", AEA papers and proceedings, May 2006 (web.stanford.edu/~avner/Greif_Papers/2006%20AER%20Families%20and%20Corporations.pdf).

Timothy W. GUINNANE / Ron HARRIS / Naomi R. LAMOREAUX / Jean-Laurent ROSENTHAL (2007), "Ownership and Control in the Entrepreneurial Firm: An International History of Private Limited Companies", Yale University Economic Growth Center Discussion Paper No. 959, December 2007 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1071007).

Timothy W. GUINNANE / Susana MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ (2010), "Did the Cooperative Start Life as Joint-Stock Company? Business Law and Cooperative in Spain, 1869-1931 (June 7, 2010)", Yale Economic Department Working Paper No. 81; Yale University Economic Growth Center Discussion Paper No. 987 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1621874).

Timothy W. GUINNANE / Susana MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ (2012), "For Every Law, a Loophole: Flexibility in the Menu of Spanish Business Forms, 1886-1936", Revised May 2012 (www.ub.edu/histeco/3encuentro/pdf/guinnane-martinez.pdf).

Henry HANSMANN (2000), *The Ownership of the Enterprise*, Harvard University Press, Cambridge.

Henry HANSMANN / Reinier H. KRAAKMAN (2000), "Organizational law as asset partitioning", *European Economic Review*, 44, pp. 807-817.

Henry HANSMANN / Reinier H. KRAAKMAN (2004), "What is Corporate Law?", in Reinier H. KRAAKMAN *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, Oxford. (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=568623).

Henry HANSMANN / Reinier H. KRAAKMAN / Richard SQUIRE (2005), "The New Business Entities in Evolutionary Perspective", *SSRN Electronic Journal* (February 2005), pp. (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=667929).

Henry HANSMANN / Reinier H. KRAAKMAN / Richard SQUIRE (2006), "Law and the Rise of the Firm", ECGI - Law Working Paper No. 57/2006 (January 2006) (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=873507).

Henry HANSMANN (2012), "Firm Ownership and Organizational Form", in Robert GIBBONS / John ROBERTS, *The Handbook of Organizational Economics*, Princeton University Press, Princeton.

Henry HANSMANN / Mariana PARFENDLER (2013), "The Evolution of Shareholder Voting Right: Separation of Ownership and Consumption (December 10, 2013)", *Yale Law Journal*, Vol. 123, 2014, pp. 100-165 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2219865).

Henry HANSMANN / Steen THOMSEN (2013), "Managerial Distance and Virtual Ownership: The Governance of Industrial Foundations (March 2013)", ECGI - Finance Working Paper No. 372; Yale Law & Economics Research Paper No. 467 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2246116).

Ron HARRIS (1997), "Political Economy, Interest Groups, Legal Institutions and the Repeal of the Bubble Act in 1825", *Economic History Review*, Vol. L, Iss. 4 (1997), pp. 675-696 (works.bepress.com/ron_harris/17/).

Ron HARRIS (2003), "The Bubble Act of 1720", in MOKYR, *The Oxford Encyclopedia of Economic History*, Oxford University Press, New York (works.bepress.com/ron_harris/18/)

Ron HARRIS (2004), "Institutional innovations, Theories of the Firm, and the Formation of the East India Company", Berkeley Program in Law & Economics, Working Paper Series (escholarship.org/uc/item/2216c263).

Ron HARRIS / Timothy GUINNANE / Naomi R. LAMOREAUX / Jean-Laurent ROSENTHAL (2007), "Putting the Corporation in its Place", *Bussines History Conference 2007* (works.bepress.com/ron_harris/5/).

Ron HARRIS (2008), "The Institutional Dynamics of Early Modern Eurasian Trade: The Commenda and the Corporation", *SSRN Electronic Journal* (November 3, 2008), pp. 1-48 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1294095).

Ron HARRIS (2009), "Law, Finance and the First Corporations (January 20, 2009)", in James J. HECKMAN *et al.*, *Global Perspectives on the Rule of Law*, Routledge-Cavendish, London and New York (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1330459).

Ron HARRIS (2009), "The Private Origins of the Private Company: Britain 1862-1907", (November 4, 2009) (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1613206).

Ron HARRIS (2013), "Could the Crown Credibly Commit to Respecting its Charters? England, 1558-1640" (January 17, 2013) (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2202054).

Joseph HEATH (2006), "The Benefits of Cooperation" (<http://homes.chass.utoronto.ca/~jheath/BoC.pdf>).

Santiago HIERRO ANIBARRO (1998), "La Doctrina de Derecho Mercantil y el Origen de la Sociedad Anónima", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 229, pp. 1159-1210.

Santiago HIERRO ANIBARRO (2005), "El Asiento de Avería y el Origen de la Compañía Privilegiada en España", *Revista de Historia Económica*, nº 23, pp. 181-212 (dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1988010).

Gerhard HOCHEDLINGER (2002), "Die Übertragung von Unternehmen und Gesellschaftsanteilen nach § 142 HGB", *GesRZ* 2002, pp. 1-22 (www.hlmk.at/pdf/GesRZ_200242159891b8dda.pdf).

Philip T. HOFFMAN (2015), *Why did Europe Conquer the World?*, Princeton University Press, Princeton & Oxford.

Gert Jan HOFSTEDE / Decio ZYLBERSZTAJN (2008), "Governance in the East Indian Company", *Paper prepared for presentation at the 110th EAAE Seminar 'System Dynamics and Innovation in Food Networks'*, Innsbruck-Igls, Austria, February 18-22, 2008 (ageconsearch.umn.edu/bitstream/49876/2/Hofstede.pdf).

Clifford G. HOLDERNESS (2000), "Joint Ownership and Alienability", *SSRN Electronic Journal* (January 2000), pp. 1-33 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=229801).

Paddy IRELAND (1999), "Company Law and the Myth of Shareholder Ownership", *Modern Law Review*, 62 (1), pp. 32-57 (kar.kent.ac.uk/1939/1/Myth_of_Shareholder_Ownership.pdf).

Douglas A. IRWIN (1999), "Mercantilism as Strategic Trade Policy: The Anglo-Dutch Rivalry for the East India Trade", *Journal of Political Economy*, Vol. 96 (6), pp. 1296-1314 (ideas.repec.org/a/ucp/jpolec/v99y1991i6p1296-314.html#biblio).

Jonathan I. ISRAEL (1985), *Dutch Primacy in World Trade, 1585-1740*, Clarendon Press - Oxford, New York.

Uwe JOHN (1982/83), "Einheit und Spaltung im Begriff der Rechtsperson", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 11/12 (1982/83), pp. 947-971 (www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/11/0949.pdf).

Emily KADENS (2015), "Pre-Modern Credit Networks and the Limits of Reputation" (August 20, 2015), *Iowa Law Review*, Vol. 100, 2015; *Northwestern Law & Econ Research Paper No. 15-19* (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2648670).

Christopher KINGSTON (2014), "Governance and institutional change in marine insurance, 1350-1850", *European Review of Economic History*, Volume 18, Issue 1, pp. 1-18 (ereh.oxfordjournals.org/content/18/1/1.full)

Meir KOHN (2001), "The Cost of Transportation in Pre-Industrial Europe (January 2001)", *Dartmouth College, Dpt. Of Econ, Working Paper No. 01-02* (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=256600).

Meir KOHN (2003), "Business Organizations in Pre-Industrial Europe", *Dartmouth College Working Paper 03-09*, July 2003.

Meir KOHN (2003), "Merchant Associations in Pre-Industrial Europe", Dartmouth College Working Paper 03-11, July 2003 (www.dartmouth.edu/~mkohn/Papers/16.%20Associations.pdf).

Timur KURAN / Anantdeep SINGH (2010), "Economic Modernization in Late British India: Hindu-Muslim Differences", Economic Research Initiatives at Duke (ERID) Working Paper No. 53 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1656038).

Xabier LAMIKIZ (2007), "La financiación de la Carrera de Indias a la luz del comercio entre Cádiz y Lima, 1760-1797", *Comunicación presentada en el X Congreso Internacional de la Asociación Española de Historia Económica, celebrada en Carmona, Sevilla, 2007*.

Leonard P. LIGGIO (2007), "The Hanseatic League and Freedom of Trade", *Journal of Private Enterprise*, Volume XXIII, Number 1, Fall 2007, pp. 134-141.

Ling HUANG / Martin D. SMITH (2004), "The Dynamic Efficiency Costs of Common-Pool Resource Exploitation", *American Economic Review*, 104 (12), 2014, pp. 4071-4103.

Martin LIPP (1982/83), "'Persona moralis", "juristische Person" und "Personenrecht" - eine Studie zur Dogmengeschichte der "juristischen Person" im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert", in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Bde. 11/12 (1982/83), Tom. I, pp. 217-262.

María Jesús MATILLA QUIZA (1996), "Debates Parlamentarios y Leyes sobre la Asociación de Capitales (1810-1874)", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 91, Julio-Septiembre 1996, pp. 379-399 (dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27403&orden=0&info=link).

Joram MAYSHAR / Omer MOAV / Zvika NEEMAN / Luigi PASCALI (2015), "Cereals, Appropriability and Hierarchy", (July 21, 2015) (economics.mit.edu/files/10771).

Joan MIQUEL (1987), *Curso de Derecho Romano*, PPU, Barcelona.

Jose María MIQUEL GONZÁLEZ (1985), *Comentarios al Código Civil*, Tomo V-2º, Edersa, Madrid.

Jose María MIQUEL GONZÁLEZ (2013), "Comunidad y Sociedad", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, LIII, 2013, págs. 353-382.

Sheilagh OGILVIE (2014), "The Economics of Guilds", *Journal of Economic Perspectives*, 28, No. 4, 2014, pp. 169-192 (www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/jep.28.4.169).

Sheilagh OGILVIE / André W. CARUS (2014), "Institutions and Economic Growth in Historical Perspective: Part 1" (June 25, 2014), CESifo Working Paper Series No. 4861 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2463598).

Ricardo ORESTANO (1968), *Il Problema Delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*, Giappichelli (es.scribd.com/doc/66735375/Riassunti-Orestano-II-Problema-Delle-Persone-Giuridiche-in-Diritto-Romano#scribd).

Elinor OSTROM / Charlotte HESS (2007), "Private and Common Property Rights", *Workshop in Political Theory and Policy Analysis, Indiana University*, pp. 1-115 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1304699).

Elinor OSTROM (2009), "Beyond Market and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems", *Prize Lecture, December 8, 2009* (www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf).

Angel Fernando PANTALEÓN (1993), "Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 46, N° 1, Enero-Marzo 1993, pp. 5-56.

Cándido PAZ-ARES (1991), "Comentario del artículo 1669 CC en AA.VV", en *Comentario del Código Civil*, II, Madrid.

Cándido PAZ-ARES (1997), "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", *La Ley*, 11-IV-1997.

Cándido PAZ-ARES (1997), "La terminación de los contratos de distribución", *Revista de Derecho Mercantil*, n° 223, 1997, pp. 7-58.

Antonio PERDICES (2014), *¡Están locos estos romanos!*", *Blog Online Almacén De Derecho*, 21 de octubre de 2014 (derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/10/estan-locos-estos-romanos.html).

Claes PETERSON (1982/83), "Juristische Person und Begrenzte Haftung der Aktionäre. Ein Beitrag zur Geschichte des Aktienrechts in Schweden", *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 11-12, n°. 1, pp. 521-587

Carlos PETIT CALVO (1990), "Ignorancia y otras historias, o sea, responsabilidad limitadas", *Anuario de Historia del Derecho Español*, n° 60, pp. 497-507.

Carlos PETIT CALVO (2009), "El anonimato de la sociedad mercantil y la llamada responsabilidad litimitada. Apuntes para la historia de las anónimas en el derecho español del siglo XIX", en Francisco José LEÓN SANZ *et al.* (2009), *Tendencias actuales en la*

ordenación del control y el capital en las sociedades mercantiles, Marcial Pons, Ediciones Jurídica y Sociales, Madrid.

L. O. PETRAM (2011), *The world's first stock exchange: how the Amsterdam market for Dutch East India Company shares became a modern securities market, 1602-1700*, Instituut voor Cultuur en Geschiedenis (ICG) (dare.uva.nl/document/2/85966).

Edmund PHELPS (2013), *Mass Flourishing: How Grassroots Innovation Created Jobs, Challenge, and Change*, Princeton University Press, Princeton and Oxford.

Claudia REI (2007), "A Comparison of the Organization of Merchant Empires: Portugal, England and the Netherlands" (July 27, 2009) (s3.amazonaws.com/zanran_storage/people.vanderbilt.edu/ContentPages/18053245.pdf).

Dieter REUTER (2007), "Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit", *AcP* 207 (2007), pp. 673-717.

Larry E. RIBSTEIN (2009), *The Rise of the Uncorporation*, Oxford University Press, New York.

Jeffrey Stephen ROBERTSON (2011), *Capitalism and accounting in the Dutch East-India Company 1602-1623: An Historical Study of Determining Influences and Practices*, University of Wollongong, Australia. (ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=4329&context=theses).

Nick ROBINS (2006), *The Corporation that Changed the World: How the East India Company Shaped the Modern Multinational*, Pluto Press, London.

Jean ROCHAT (2009), "The Various Uses of Law: The société anonyme in France, 1807-1867", Paper prepared for the Eighth Conference of the European Historical Economies Society (EHES), Geneva, September 3-6, 2009 (graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/international_history_politics/users/stefano_ugolini/public/papers/Rochat.pdf).

Margarita Eva RODRÍGUEZ GARCÍA (2005), "Compañías Privilegiadas de Comercio con América y Cambio Político (1706-1765)", *Estudios de Historia Económica*, nº 46, pp. 1-82 (www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSeriadas/EstudiosHistoriaEconomica/Fic/roja46.pdf).

Karsten SCHMIDT (2002), *Gesellschaftsrecht*, 4ª edición, Colonia et aliunde, 2002.

Karsten SCHMIDT (2009), "Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des "Allgemeinen Teils". Dogmatisches Konzept und Wirkungsgeschichte von Werner Flumes

“Personengesellschaft”, *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 209 (2009), pp. 181-204 (www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/2-SCHMIDTKarsten_Die_Personengesellschaft_als_Rechtsfigur.pdf).

Steven SHAVELL (2002), “Economic analysis of Property Law (December 2002)”, Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 399 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=370029).

Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, Cambridge.

Mathias M. SIEMS (2008), “The Foundations of Securities Law”, 20 *European Business Law Review*, Vol. 20, 2009, pp. 141-171 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1089747).

Mathias M. SIEMS (2009), “Regulatory Competition in Partnership Law”, 58 *International and Comparative Law Quarterly*, pp. 767-802 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1223735).

Richard SQUIRE (2009), “Shareholder Opportunism in a World of Risky Debt”, *Harvard Law Review*, Vol. 123, 2010, pp. 1151-1213 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1394995).

Marco STAAKE (2007), “Die Gesamthand im Gesellschaftsrecht – sinnvolles Rechtsinstitut oder verzichtbares Relikt?”, September 2007 (www.marco-staake.de/app/download/11202988/Gesamthand.pdf).

Peter STABEL (2001), “Bruges and the German Hanse: Brokering European Commerce” in Luc FRANÇOIS / Ann Katherine ISAACS (2009), *The Sea in European History*, Edizioni Plus (es.scribd.com/doc/24347207/Bruges-and-the-German-Hanse).

Peter STEIN (1982/83), “Nineteenth Century English Company Law and Theories of Legal Personality”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Vol. 11-12, N° 1, 1982/83, pp. 503-519.

Peter TERMIN (2013), *The Roman Market Economy*, Princeton University Press, Princeton & Oxford.

Brian TIERNEY (1982), *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650*, Cambridge University Press, New York.

Charles TILLY (1992), *Coercion, Capital and European States: AD 990 - 1992*, Blackwell, Cambridge & Oxford.

Tobias H. TRÖGER (2007) "Asset Partitioning, Debt-Equity Agency Conflicts, and Choice of Organizational Form", *SSRN Electronic Journal* (December 8, 2007), pp. 1-71 (papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1068063).

S. P. VILLE / S. R. H JONES (1995), "The Principal-Agent Question: The Chartered Trading Companies", Working Paper in Economic History number 27/95, August 1995, London School of Economics & Political Science (eprints.lse.ac.uk/22421/1/27_95.pdf).

Jeremy WALDRON (1988), *The Right To Private Property*, Oxford University Press, New York.

Ross L. WATTS AND Jerold L. ZIMMERMAN (1983), "Agency Problems, Auditing, and the Theory of the Firm: Some Evidence", *The Journal of Law & Economics*, Vol. 26, No. 3 (October, 1983), pp.- 613-633 (www.jstor.org/stable/725039?seq=1#page_scan_tab_contents).

Heinrich WEBER-GRELLET (1982), "Die Gesamthand - ein Mysterienspiel?", *AcP* 182 (1982), pp. 316-334 (www.jstor.org/stable/40995151?seq=1#page_scan_tab_contents).

Max WEBER (2003), *The History of Commercial Partnerships in the Middle Ages*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc, Lanham, Maryland.

Dean V. WILLIAMSON (2010), "The Financial Structure of Commercial Revolution: Financing Long-distance Trade in Venice 1190-1220 and Venetian Crete 1278-1400", November 2010 (papers.sioe.org/paper/581.html).