

\*

## EN TORNO A LA PERSONA JURÍDICA Y EL REGIMEN SOCIETARIO

### A propósito de debates sobre su conceptualización.

*Francisco A. JUNYENT BAS y Efraín Hugo RICHARD*

**Publicado en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires septiembre 2010, año XXIV, tomo XXII n° 274.**

*Sumario: I. Introducción. II. Hacia una noción de persona. II. 1. Persona y hombre. II. 2. La doctrina de la personalidad. III. Antecedentes históricos. III. 1. El inicio de las personas morales. III. 2. Hacia una concepción organicista. III. 3. La teoría de la ficción legal: Savigny. III. 4. El surgimiento de la sociedad anónima. III. 5. La génesis de la teoría de la realidad jurídica. IV. Hacia una mejor comprensión de la personalidad. V. La persona como categoría jurídica. V. 1. Los presupuestos de una conceptualización. V. 2. La titularidad de relaciones jurídicas. VI. La filosofía analítica. VI. 1. La realidad normativa. VI. 2. Criterio sustancialista: el medio técnico. VI. 2. a. El asiento en un dato prenормativo: el sustrato real. VI. 2. b. La persona jurídica como medio técnico instrumental. VI. 2. c. El aporte de la teoría analítica. VI. 2. d. La participación de la teoría realista. VI. 2. e. La agudeza de la visión de la escuela cordobesa. VII. Esquema legal. VII. 1. La normativa civil: el concepto de persona. VII. 2. Del normativismo al realismo como sustento de la personalidad. VII. 3. Las personas de existencia ideal y las personas jurídicas. VII. 4. La distinta regulación normativa. VII. 5. La normativa societaria. VIII. Personalidad jurídica y sociedad. VIII. 1. Bien jurídico tutelado por la escisión patrimonial personificante. VIII.2. Efectos de la personalidad jurídica. VIII. 2. a. Patrimonio constitutivo. VIII. 2. b. Atributos. VIII. 3. Limitación de responsabilidad.*

En el próximo Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mar del Plata, septiembre de 2010) se trabajará nuevamente sobre la “Personalidad jurídica”. Anticipadamente deseamos formalizar a través de la prestigiosa publicación “Doctrina Societaria y Concursal” nuestras reflexiones en torno a tan debatido tema que abre paso también a polémicos aspectos.

#### **I. Introducción.**

Se trata de uno de los conceptos jurídicos que mayor debate ha producido –y produce– en la historia de la legislación civil y comercial lo constituye sin duda el de persona jurídica y, consecuentemente, su régimen legal, tanto en el derecho patrio como en el comparado.

En nuestra legislación civil el codificador inició el Libro Primero con una definición de la persona en el art. 30 del Código Civil (en adelante CC), al expresar que “son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, que fue cuestionada con la vieja

afirmación de que éste tipo de precisiones corresponde a la ciencia del derecho y queda ordinariamente fuera de las leyes.

Sin embargo, la caracterización realizada por Velez demuestra su profundidad de pensamiento y se mantiene vigente, más allá de los tiempos. Se refiere a la aptitud para separar patrimonios, administrándolos y generando un nuevo centro de satisfacción para los acreedores que de esa funcionalidad resulten.

Freitas explicaba que es necesario remontar a la idea de ente para traducir la síntesis de la existencia de las personas porque, más allá del concepto de ser humano, no hay otra idea superior sino la de ente que permite llegar al género que recepta dos mundos: el visible y el ideal<sup>1</sup>.

En consecuencia, de seguido el codificador distingue entre las personas de existencia ideal y las visibles y cabe puntualizar que, al enunciar el concepto de persona, no se pretende decir qué es persona o cuál es su esencia, sino que el ordenamiento jurídico reconoce que el carácter de persona humana puede ampliarse cuando una colectividad se articula conjuntamente.

De allí, que el debate más relevante giró en torno a las teorías relativas a la persona jurídica y, entre estas, a las llamadas personas de existencia ideal que receptaban en un primer momento la conjunción colectiva de personas físicas.

Sin embargo, a poco de andar, se apuntó que la persona jurídica era una construcción artificial y ficticia afirmada a partir de una decisión política del Estado, es decir, un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio, incapaz de querer y obrar, para lo cual necesita representante<sup>2</sup>.

En nuestro derecho patrio el sistema jurídico receptó la diferencia entre personas jurídicas de carácter público o privado y, a su vez, estableció el clásico sistema de la autorización gubernamental para el principio de la existencia de las personas jurídicas, según el texto del art. 45 CC. O sea el otorgamiento de la personería jurídica.

A su vez, desde el ámbito del derecho mercantil y a la luz del concepto de sociedad comercial, el nacimiento de la empresa y el imperativo de la economía contemporánea que impulsa la concentración de capitales llevó a debatir también sobre el moderno concepto de persona, aspecto que se reflejó en los arts. 1 y 2 de la ley 19.550 sancionada en 1972.

Unos años antes, desde el ámbito de la doctrina civilista, el debate planteado en torno a la persona jurídica derivó en la modificación del régimen del Código Civil, en el año 1968 mediante la ley 17.711 en aspectos fundamentales reglados en los arts. 33, 43, 45 y 46.

Es que en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba 1937) se debatió fundamentalmente lo relativo al régimen de las personas jurídicas, a la luz del anteproyecto de Bibiloni, cuestionándose la teoría de la ficción legal y sosteniéndose por los civilistas que el nacimiento y la muerte de la persona jurídica no deben quedar en manos del Estado, bajo el velo del requisito de la autorización gubernativa que tiende a desaparecer por completo de la legislación moderna, para ser reemplazada con el sólo fin de darle publicidad y certeza por el simple registro. Adviértase esta aspiración para el ejercicio de la autonomía de la voluntad con publicidad de la generación del nuevo ente para dar certeza de su existencia y de los vínculos que se generarían en el futuro, particularmente en resguardo de terceros..

La tendencia moderna es, pues, suprimir toda intervención del Poder Ejecutivo en la creación de las personas jurídicas y, con mayor razón, en su extinción o disolución, reservada al legislador y a los tribunales.

En esta línea, los Congresistas puntualizaron que la administración pública puede y debe organizar un eficaz control y vigilancia de las actividades que desarrollan las personas colectivas, en ejercicio de sus poderes de policía, para evitar o reprimir todo acto ilícito que comprometa el orden público o los intereses sociales, accionando en contra de aquellas entidades por intermedio del Ministerio Fiscal cuando lo crea oportuno. Aspecto que puede ser afrontado

<sup>1</sup> BELLUSCIO-ZANNONI "Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1978, T. I pág. 125.

<sup>2</sup> FERRARA, FRANCESCO "Teoría de las personas jurídicas", Ed. Reus, Madrid 1929, pág. 313.

por las disposiciones del Código Civil sobre actos ilícitos y específicamente respecto de las sociedades por el art. 19 Ley de Sociedades Argentina (en adelante LSA).

Sin embargo, también se señaló que las decisiones que afectan a la existencia misma del sujeto jurídico, a su vida y su patrimonio, no pueden ser tomadas sino por los jueces con las garantías procesales pertinentes y sin perjuicio de las medidas preventivas de urgencia que se puedan articular.

Las consideraciones efectuadas conllevan la necesidad de analizar el concepto de persona jurídica, como categoría jurídica, y fundamentalmente lo relativo a los entes colectivos en función de la clásica distinción del art. 31 del C. Civil que distingue las personas de existencia ideal de las de existencia visible.

Va de suyo que, como dice la doctrina<sup>3</sup>, la conceptualización de la persona jurídica ha provocado un brillante torneo de opiniones y construcciones sutilísimas, cuya utilidad práctica para la vida es hartamente dudosa, pero que hoy en día nuevamente se pone en juego en la búsqueda de definir cuándo hay personalidad y cuáles son los rasgos o notas que definen a la persona jurídica. Abierto el juego de opiniones en el esfuerzo de conceptualizar una institución<sup>4</sup> o figura, que a nuestro entender no tiene otro objetivo que determinar los límites del marco normativo, por otra parte bien distinto en cada país<sup>5</sup>.

## II. Hacia una noción de persona.

### II. 1. Persona y hombre.

La primera afirmación que corresponde hacer es que la persona es siempre el ser humano y éste aparece en el campo del derecho individualmente o en grupo.

Por eso, para dar una definición que abarque toda la categoría de persona jurídica es necesario elevarse a un género que las contenga.

En esta línea, autores<sup>6</sup> explican que el codificador siguió a Freitas cuando distinguía “el mundo visible del ideal” y, de allí, deriva su terminología: “personas de existencia visible” y “personas de existencia ideal”.

No cabe duda alguna que el ordenamiento jurídico tiene como creador y destinatario al hombre y que es anterior al derecho y, en rigor, no requiere reconocimiento alguno. Esto es ontológico, como es prenормativo el reconocimiento de nuestra Constitución Nacional conforme la reforma del año 1994 sobre las costumbres de los pueblos originarios, que implica reconocer la personalidad de sus formas asociativas operativas<sup>7</sup>.

Dicho derechamente, la concreción jurídica de una existencia humana será siempre persona y como tal sujeto de derechos.

Por el contrario, la personalidad de los denominados “entes ideales” es la que ha dado motivo a esos fuertes debates sobre su conceptualización en función de que el reconocimiento de la personalidad implica la titularidad de relaciones jurídicas, desplazando ciertos vínculos individuales, y generando efectos internos y externos.

Como la aptitud que constituye al hombre en persona de derecho le viene al sujeto de sí mismo de manera tal que no es posible desconocerlo so pena de frustrar la libre actuación del

<sup>3</sup> ROCA, Eduardo *Sociedad Comercial*, LA LEY 104-974.

<sup>4</sup> Más adelante volveremos sobre la personalidad jurídica de entes generando una institución jurídica.

<sup>5</sup> JUNYENT BAS, Francisco Alberto – RICHARD, Efraín Hugo *Acerca de la persona jurídica. A propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello*, en libro colectivo “Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 – 1937 – 1961 – 1969)”, Editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (4 tomos) tomo 1 pág. 455, Córdoba 2009; JUNYENT BAS, FRANCISCO ALBERTO – RICHARD, EFRAÍN HUGO “ARISTAS SOBRE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA (y la responsabilidad de administradores societarios)” en el libro colectivo “Temas de Derecho societario vivo” de AAVV, Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2007, pág. 105 y ss..

<sup>6</sup> BELLUSCIO-ZANNONI, ob. cit Tomo I, pág. 126.

<sup>7</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO *Las comunidades indígenas (el art. 75 inc. 17 de la C.N. y efectos de su personalidad jurídica)* en “LA INCIDENCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LAS DISTINTAS RAMAS DEL DERECHO”, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires 1998, pág. 225.

mismo y, con ello, deformar la convivencia humana. No sucede lo mismo con las personas colectivas en donde los autores se han dividido en torno a su conceptualización.

La idea fundamental en esta materia hasta fines del siglo pasado era que persona, real y concretamente, eran solamente los seres humanos y, por extensión, podía atribuirse a un grupo de hombres.

Por el contrario, las teorías modernas parten de un concepto genérico del sujeto de derecho que es todo aquel a quien el orden jurídico reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, sean sujetos individuales o colectivos.

Sin embargo, el origen de persona como categoría jurídica normativa es fruto de una larga evolución en la historia del derecho.

Dentro de los entes ideales no todos son personas jurídicas en el derecho comparado, y en nuestro propio derecho se mantiene una diferencia entre persona jurídica (art. 33 Código Civil – en lo sucesivo CC), y sujeto de derecho (art. 46 CC) para las asociaciones que no tienen existencia legal como persona jurídica, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. Sin duda una modalidad para asegurar la publicidad y certeza de la existencia de esa asociación.

Por otra parte en el derecho comparado no todos los entes ideales son persona jurídica<sup>8</sup>.

## II. 2. La doctrina de la personalidad.

La doctrina de la personalidad jurídica pretende crear un orden y ser justificación de una estructura concebida de manera abstracta, pero tiene reflejo inmediato y concreto en la movilización de grandes intereses, no solamente económicos, tal como enseña Raúl A. Etcheverry<sup>9</sup>.

La equívocidad del término persona y más precisamente de la expresión persona jurídica y/o persona ideal ha traído aparejado en el ámbito del derecho un largo debate que aún hoy se mantiene con todo rigor como lo explican, entre otros, Federico de Castro y Bravo<sup>10</sup>, Francesco Galgano<sup>11</sup>, Tullio Ascarelli<sup>12</sup>, Gervasio Colombres<sup>13</sup>, Carlos Suarez Anzorena<sup>14</sup>, Horacio Fargosi<sup>15</sup>, Juan Carlos Palmero<sup>16</sup>, Juan Dobson<sup>17</sup>, Julio César Otaegui<sup>18</sup>, Daniel Vítolo<sup>19</sup>, María Celia Marsili<sup>20</sup> Ricardo Gulminelli<sup>21</sup>, Carlos Molina Sandoval<sup>22</sup>.

<sup>8</sup> JUNYENT – RICHARD “Aristas...” citado.

<sup>9</sup> ETCHEVERRY, Raúl A., *La personalidad societaria y el conflicto de intereses*, en “Anomalías Societarias” AAVV, Advocatus, 1996, p. 49.

<sup>10</sup> DE CASTRO Y BRAVO “La persona jurídica” cit. pags.138/141.

<sup>11</sup> GALGANO, FRANCESCO, *Delle associazioni*, pag. 22 y 23, en “La Società per azione”, Bologna, 1986, n°8.6

<sup>12</sup> ASCARELLI, TULLIO, *Personalità giuridica e problemi delle società*, en Rivista delle Società, año 1957

<sup>13</sup> COLOMBRES, GERVASIO “Curso de Derecho Societario”, Abeledo Perrot, 1972, pag. 53

<sup>14</sup> SUAREZ ANZORENA, CARLOS *Personalidad Jurídica* en “Cuadernos de Derecho Societario”, Zaldivar y otros, Abeledo Perrot, 1980, pag. 129

<sup>15</sup> FARGOSI, Horacio *Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica*, La Ley 1988-E.

<sup>16</sup> PALMERO JUAN CARLOS Comunicación al Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, Córdoba, 1992 Tomo I, p. 180.

<sup>17</sup> DOBSON, JUAN “El abuso de la personalidad jurídica”, Depalma, 1985.

<sup>18</sup> OTAEGUI, JULIO CÉSAR en “Anomalías societarias”, AAVV, Córdoba, Advocatus, p. 106.

<sup>19</sup> VITOLO, DANIEL R. *La personalidad jurídica en materia societaria*, La Ley, 1990\_D, pag.830

<sup>20</sup> MARSILI, MARÍA CELIA *Actualización de la teoría de la personalidad de las sociedades*, RDCO., 4-19

<sup>21</sup> GULMINELLI, RICARDO “Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica”, Depalma. Buenos Aires.

<sup>22</sup> MOLINA SANDOVAL, CARLOS “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, Abaco, 2003, pag. 21 y ss.

Nos hemos ocupado de la cuestión en reiteradas oportunidades<sup>23</sup> y ahora apuntaremos las corrientes que intentan conceptualizar la persona jurídica, como categoría normativa, mediante la cual se articula un centro de imputación con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones y las consecuencias de las diversas concepciones en el ámbito del ordenamiento jurídico.

La persona jurídica permite establecer una “organización autónoma” con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial, todo lo cual aconseja estudiar sus antecedentes históricos.

La conceptualización en torno a qué debe entenderse por persona jurídica fue largamente debatida por la doctrina<sup>24</sup> y a su alrededor surgieron teorías conocidas como: a) de la ficción, que entiende que las personas jurídicas tienen existencia meramente ideal, constituyendo ficciones creadas por el legislador; b) las que las relativizan, negando la personalidad jurídica a entes distintos de los seres humanos, centrandose en éstos la atribución de la titularidad de los bienes<sup>25</sup>, con visión organicista y apuntando a la autorización para el otorgamiento de personería jurídica; y c) sistema de la realidad, que, si bien no discute el punto de vista filosófico de los seres humanos, entiende que el reconocimiento de la personalidad de derecho es una realidad de los fenómenos sociales.

Más modernamente el pensamiento se inclina hacia una posición normativista y la diferenciación gira en torno a la necesidad o no de considerar la preexistencia de un dato extranormativo para la configuración de la persona jurídica y la consiguiente atribución de personalidad. Ello implica una decisión de política legislativa y de técnica jurídica<sup>26</sup>, con diferentes soluciones: simple sujeto de derecho y personalidad a los entes con responsabilidad limitada de los socios. La problemática de la personalidad jurídica como aspecto de política jurídica fue afirmada en el 2º Congreso por Orgaz refiriéndose a las doctrinas que separaban a los congresistas: “Esas doctrinas son construcciones especulativas destinadas a explicar la naturaleza de estas personas, mas el problema de cómo nace la persona jurídica, no es un problema de especulación pura o de doctrina, sino de política legislativa” –Actas p. 420-.

De lo dicho se sigue que la persona jurídica, como categoría del derecho, ha merecido una larga historia en el pensamiento de los juristas que conviene recorrer, al menos escuetamente,

<sup>23</sup> JUNYENT BAS, FRANCISCO, *Antiguas y nuevas cuestiones sobre la responsabilidad por abuso de la personalidad*, en Revista de las Sociedades y Concursos, Ad hoc, Bs.As., nº8 2001; *Desestimación de la personalidad según el art. 54 ter de la L.S.*, Ponencia en el V Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, Octubre 1992, Advocatus; *Responsabilidad de los administradores societarios por fraude laboral*, Apuntes a los fallos “Delgadillo Linares” y “Duquesly”, R.D.P.C., Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, 2000; *Responsabilidad de los administradores por fraude laboral*, Alveroni, Cba., 2001. RICHARD, EFRAÍN HUGO *PERSONA JURIDICA Y TIPICIDAD*, ponencia a las Jornadas Nacionales sobre la Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires 4/5 de diciembre de 1986, - *Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado* en “1a. Conferencia Internacional sobre la unificación del derecho privado argentino”, San Miguel de Tucumán octubre 1987, *PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES, TIPICIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA COMO EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS O CONTROLANTES, EN EL DERECHO ARGENTINO*, en Rev. de Derecho Mercantil, Nos. 193-194, Madrid 1989, *PERSONALIDAD JURIDICA Y CONCEPTO DE SOCIEDAD* y *LA CONTRAPOSICION CONTRACTUAL ENTRE PERSONA JURIDICA Y PERSONA FISICA DEL PROYECTO DE UNIFICACION*, comunicaciones a las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, Abril de 1991, a la Comisión I sobre PERSONALIDAD JURIDICA; *LA PERSONA JURIDICA EN LA EVOLUCION CONTEMPORANEA* en Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXV Pág. 81 y ss., *LA PERSONALIDAD JURIDICA EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES* ponencia a las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche abril de 1989.

<sup>24</sup> SALVAT, RAIMUNDO “Tratado de Derechos Civiles, Parte General”, pág. 537 a 540; ORGAZ ALFREDO E., *Concepto y elemento de las personas colectivas*, LL 63-961; YADAROLA, MAURICIO *El negocio jurídico indirecto y la sociedad anónima con un solo accionista*, en “Homenaje al Dr Mauricio Yadarola”, pág. 415, Universidad Nacional de Córdoba, 1963; ETCHEVERRY, RAÚL, *La personalidad societaria y el conflicto de intereses*, en “Anomalías societarias”, Advocatus, 1996, Córdoba, pág. 60; DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *La persona jurídica*, citado.

<sup>25</sup> Patrimonio en mano común, soluciones procesales legitimando activa y pasivamente para defender ciertos bienes, sujeto de derecho y reservando la personalidad jurídica a los entes con estancueidad patrimonial absoluta de los socios.

<sup>26</sup> RICHARD – MUIÑO “Derecho Societario” 2ª ed. pág. 41 “Constituye una técnica jurídica y uno una derivaci’no de un acto de soberanía del Estado”.

para entender cómo mucho de los disensos no son tales y, en rigor, se trata del diverso énfasis que los autores dieron a los diversos aspectos de la personalidad.

### III. Antecedentes históricos.

#### III. 1. El inicio de las personas ideales.

En el derecho romano se la tomaba en el sentido etimológico, o sea, como sinónimo de “hombre”. Es sugestivo que el código Justiniano incluya a los esclavos dentro de la parte dedicada a las personas y que, además, no haya base textual para excluir a los esclavos de los seres que se califican como tales.

Con relación a este punto Palmero<sup>27</sup> explica que los romanos lograron concebir la idea de unidad o universalidad sobre la base de formular una abstracción emanada de la realidad. Los *collegii* y las *universalitatis* pudieron alcanzar una conceptualización autonómica respecto de sus integrantes, pese a lo cual entre los romanos el tema de la personalidad no mereció un estudio detenido. No es una visión siempre compartida, pues hay quienes entienden que la persona jurídica nace recién con el concepto de corporación, es decir, sociedades de capitales en el medioevo.

En ese sentido Etcheverry<sup>28</sup> explica que en Roma no resultaba tan clara la personalidad para los entes privados, pues la *societas* era una relación contractual y la *universitas* un sujeto de derecho, pero no se ignoró el dispositivo, al menos como centro de imputación diferenciada. La *societas* era un mero contrato destinado a regular las relaciones internas entre los socios y, por tal motivo, no se creaba un sujeto de derecho. Ese esquema de la *societas* resulta inadecuado al tráfico económico medioeval; naciendo un tipo societario nuevo, que se corresponde con la actual sociedad colectiva<sup>29</sup>.

En la Edad Media pareciera que es cuando recién comienza la necesidad de construir la diferencia entre el hombre y los entes colectivos.

El español Federico de Castro y Bravo<sup>30</sup> explica que fue el italiano Sinibaldo de Fieschi quien procuró una reacción y enfatizó la diferencia entre el hombre con alma y cuerpo y las corporaciones, tipificando a la persona jurídica como persona ficta. El citado autor italiano, mas conocido como el Papa Inocencio IV, en su obra “Comentarios” construye el concepto de persona ficta, reconociendo esta categoría a las *universitates* y a los *collegii*.

#### III. 2. Hacia una concepción organicista.

El concepto de persona ficta o persona ideal fue desarrollado en el derecho continental europeo por Hugo Grocio<sup>31</sup> en “*De iure naturae et gentium*”, luego profundizado por Puffendorf, y tendía a sostener una concepción organicista de la persona jurídica señalando que la persona moral era una realidad que al igual que el hombre tiene su propia sustancia. Así, mientras en las personas físicas hay un cuerpo natural en las personas jurídicas hay un cuerpo moral.

Esta posición sirvió de fundamento para una nueva formulación que dio nacimiento a la concepción “morfológica” y sustancialista de la persona jurídica.

Aquel autor alemán Puffendorf<sup>32</sup> consideraba que los seres morales estaban constituidos por diferentes clases, las personas morales físicas y las personas morales compuestas. Esta últimas eran aquellas constituidas por varios hombres que tenían una misma finalidad.

En esta línea, el pandectismo alemán admitía que la noción de persona moral estaba limitada a la *universitas* y el *collegium* porque ellos al tener una voluntad colectiva, constituían un *corpus*.

<sup>27</sup> PALMERO, JUAN CARLOS *Personalidad*, Congreso Iberoamericano y Nacional de Derecho Societario, Huerta Grande, Octubre de 1992, Tomo I, p. 183.

<sup>28</sup> ETCHEVERRY, Ob. cit., p. 51.

<sup>29</sup> GALGANO, FRANCESCO “Historia del Derecho Mercantil”, Ed. Laia – Barcelona, 1981 pág. 59.

<sup>30</sup> DE CASTRO Y BRAVO ob. cit. p. 138.

<sup>31</sup> Autor citado por De Castro y Bravo, op. cit. pag. 165, nota 89

<sup>32</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Ob. Cit., pág. 166.

Esta doctrina tuvo su punto culminante en la elaboración de Otto Von Gierke quien se basó en el componente sociológico o fáctico de la personalidad.

### III. 3. La teoría de la ficción legal: Savigny.

La doctrina moderna se apartó del concepto de persona moral y siguió la línea media que marcó Federico Von Savigny<sup>33</sup>, que fines del siglo XVIII escribe su monumental obra “Sistema de Derecho Romano Actual” donde su concepción historicista le hace concebir a las personas como resultantes de un artificio legal que la ley elabora por razones de conveniencia, recurriendo entonces a una ficción.

De allí que este jurista sostuvo con absoluta lucidez que el concepto jurídico no aprendía la esencia del sujeto y la referencia a la moralidad llevaba a un orden de ideas distinto que el jurídico.

Por ello entiende que las personas jurídicas son seres ficticios y con capacidad artificial admitiendo dos clases: una con existencia necesaria, como las ciudades y el Estado, y otras, como las corporaciones y las fundaciones que requerían de la autorización estatal.

Este último punto que otorgaba el poder al Estado para que exista la persona y la concesión de personería, fue el aspecto más polémico de la tesis de la ficción y que fuera duramente cuestionada por la doctrina patria en el Segundo Congreso de Derecho Civil (1937), concretándose, en definitiva, en la reforma de la ley 17.711 al art. 33 el reconocimiento legislativo del carácter de persona de las asociaciones y fundaciones, como así también, de las sociedades civiles y comerciales con las modalizaciones que surgen de los arts. 45 y 46 CC, aspectos que analizaremos.

En esta línea, se ha dicho que la teoría de la ficción puede ser rebatida por las consecuencias que se derivarían de ella, a saber:

- a) La subordinación de la existencia de la persona jurídica al capricho del poder soberano,
- b) La subordinación de su capacidad al antojo del Estado;
- c) El principio de la irresponsabilidad de esas personas;
- d) Su contradicción con las normas del derecho internacional.

Otaegui<sup>34</sup> sostiene que la utilización de la doctrina de la ficción que solo admite lo que el derecho positivo crea, puede llevar a graves consecuencias respecto del derecho de asociación y de la propia personalidad jurídica que carecería de sustento en la realidad.

En una palabra, concebida como una ficción jurídica, la persona jurídica no salvaría los límites del derecho que la creó, lo que llevaría un alto grado de discrecionalidad propio de los actos de voluntad, importando un inadmisibles divorcio entre ella y sus miembros, olvidando que el cuerpo de aquélla está constituido por los individuos que le dan vida.

Federico de Castro y Bravo insiste en que Savigny no quiso crear una categoría lógico jurídica ni una realidad ontológica y que su mérito estuvo en caracterizar a la persona jurídica como distinta de los miembros y con un patrimonio totalmente separado que tiene su propio fin.

En igual sentido Manóvil<sup>35</sup> explicando que Savigny nunca negó el aspecto sociológico de las personas jurídicas, sino que se limitó a demostrar que su capacidad de derecho deriva de la atribución de su calidad por el derecho positivo y que ella no le es impuesto al Estado, como en el caso de las personas físicas.

En realidad la problemática se plantea cuando se opone el elemento normativo a la estructura corporativa de la empresa que de algún modo sirve de sustento a la persona jurídica.

La corriente contraria a la teoría de la ficción sostuvo que la corporación era un persona real colectiva formada por hombres reunidos y organizados en una existencia corporativa, que tiende a la consecución de fines que trascienden la esfera de los derechos individuales.

<sup>33</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Ob. cit., pág. 173.

<sup>34</sup> OTAEGUI, JULIO *Acto social constitutivo y persona societaria*, RDCO 1975-388.

<sup>35</sup> MANOVIL, RAFAEL “Grupo de sociedades”, Bs. As., Abeledo Perrot, 1998, pág. 958.

De tal forma, el debate estaba decididamente enfocado a explicar la realidad o naturaleza de la persona jurídica, distinta en lo conceptual a la persona física, cuya explicación no ofrece conflicto alguno.

En rigor, en el ámbito del derecho comparado, fue la doctrina italiana la que vino a explicar que la persona jurídica no era la creación arbitraria del Estado, es decir, mero normativismo, ni un super organismo con voluntad propia, sino simplemente la traducción jurídica de un fenómeno empírico que se encuentra en las asociaciones o instituciones formadas para la consecución de un fin.

De este modo, los autores argentinos citados precedentemente, reconsideran el pensamiento de Savigny y admiten que en el concepto de persona en general, es decir, tanto física como jurídica, se está frente a un producto del orden jurídico como cualidad jurídica que se otorga a una organización compleja de hombres y de bienes con un fin propio.

La persona jurídica no es un ser sino un procedimiento técnico intelectual descubierto por los juristas, es decir, una realidad y no una ficción, pero no una realidad no perceptible por los sentidos, sino comprensiva de un patrimonio autogestante con finalidad propia.

La diferencia sustancial con el idealismo de Savigny lo constituye el respeto que subyace por parte del ordenamiento jurídico en valorar determinadas realidades sociales, en este caso la empresa, como sustento de la personalidad.

Esta idea, sea o no sea influencia directa o indirecta de la doctrina italiana, fue seguida por el grueso de la doctrina civil<sup>36</sup>.

#### III. 4. El surgimiento de la sociedad anónima.

No cabe duda alguna que el concepto de persona jurídica viene de la mano de la actividad económica y del tráfico mercantil que exigió la aparición de asociaciones de capital para aplicarlo al comercio por tierra y mar. Surgió así lo que actualmente llamamos “colectiva”, en donde persiste el elemento de confianza mutua y la actuación en “nombre de todos” y, de allí, la responsabilidad personal e ilimitada, es decir que este tipo de sociedades no gozaba de personalidad jurídica.

Al aceptarse la idea de “organización corporativa”, aparece un camino de incremento del tráfico mercantil que requirió grandes recursos económicos y, de allí que, la primera sociedad mercantil que hizo su aparición fue la sociedad en comandita<sup>37</sup>, aún cuando muchos ubican su nacimiento recién con la concepción de corporación. Por tal motivo, el Código de Comercio Francés de 1807 dio a la sociedad en comandita razón social y creó la sociedad en comandita por acciones.

Vivante explicó que la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles fue una conquista del derecho medieval italiano como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo una serie de negocios de manera tal que nace la convicción del ente autónomo distinto de los socios.

Las limitaciones de las sociedades conocidas en esa época se supera con la articulación de las sociedades por acciones que aparecen a partir del descubrimiento de América con la exigencia, no sólo de acumular capitales, sino de limitar la responsabilidad de los socios a los aportes.

De allí que se enseña que son las Compañías de Indias el germen de este tipo de asociaciones que tomaron a su cargo la tarea de reunir los capitales, que se establecían por un acto soberano, de concesión<sup>38</sup>. Halperin<sup>39</sup> expresa que parece indudable que las Compañías así

<sup>36</sup> SPOTA, ALBERTO, “Tratado de derecho civil”, t.I, Depalma, Bs. As., 1947, pág. 102/103; ORGAZ, ALFREDO, “Derecho Civil argentino, Personas individuales”, Depalma, Bs. As., 1943, pág. 20; BUTELER CACERES, J.A. “Manual de Derecho Civil, Parte General”, pág. 156; CIFUENTES, SANTOS *Actualidad de los viejos conceptos de persona, personalidad y capacidad de derecho*, LL 1995-B-1280/1286; LLAMBIAS JORGE, “Tratado de derecho civil, Parte general”, t.II, Perrot, Bas. As., 1970, pág. 23; HALPERIN, ISAAC, *La personalidad jurídica de las sociedades civiles y comerciales*, LL 2-1011-1020: los requisitos de existencia de una persona jurídica son un patrimonio distinto al de los miembros que la componen y una organización adecuada.

<sup>37</sup> FARINA, JUAN M., “Tratado de Sociedades Comerciales”, Parte General, Rosario, Zeus, 1980, pág. 40.

<sup>38</sup> GALGANO “Historia del Derecho Mercantil” cit. pág. 76.

<sup>39</sup> HALPERIN, ISAAC “Sociedades anónimas”, Bs As., Depalma, 1978, pág. 7.



formadas en Francia, Holanda e Inglaterra, son el fundamento de la actual sociedad anónima, más allá de las diferencias que destaca la doctrina<sup>40</sup>.

En esta línea, aparecen entonces las primeras sociedades por acciones allá por el Siglo XVI, esto es para la concentración de capitales a los fines de emprender negocios de significativa envergadura, las conocidas Compañías de Indias, todo lo cual reconoce en el derecho anglosajón el paralelismo de lo que en dicho ámbito denominan corporación.

Por ello, su constitución y su carácter de sujeto de derecho dependía exclusivamente de una autorización estatal sólo otorgada a compañías integradas por personas de solvencia reconocida moral y económica.

Luego el fenómeno asociativo se generaliza y la sociedad por acciones concentra capitales para llevar a cabo la revolución industrial, reconociendo la unidad de pensamiento entre el derecho continental y el anglosajón en la figura de la corporación como persona jurídica típica.

Las trascendentes reformas efectuadas al ordenamiento mercantil en Francia en el año 1867 constituyeron el punto de partida para el predominio exclusivo de las sociedades anónimas en el mundo de los negocios, y la ley francesa de sociedades del 24 de julio de 1867 eliminó la autorización estatal para la constitución de estas compañías, conquista que llegaría un siglo más tarde a nuestro país.

### **III. 5. La afirmación de la teoría de la realidad jurídica.**

A partir del nacimiento de la sociedad por acciones y de la teoría savignyana aparece el debate entre los partidarios de la teoría de la realidad jurídica de las personas colectivas y los defensores de la teoría de la ficción.

En nuestro derecho, los autores que comentan la legislación civil del codificador<sup>41</sup> refieren que nuestro código siguió la concepción de Freitas que se apartó de la teoría de la ficción de Savigny, como así también del criterio normativista de Kelsen.

Así, Spota<sup>42</sup> entiende que el art. 30 del C.Civil otorga a la persona derechos subjetivos y deberes jurídicos y que, por consiguiente, ya la persona individual, ya la persona colectiva, se concibe como “soporte” o titular de dichos poderes, facultades y deberes jurídicos.

No se trata de nuevas normas que tengan un centro común que se personifique, pues sólo el exceso de formulismo puede conducir a sostener que el concepto de persona es un nuevo orden jurídico parcial.

De tal modo, se afirma que la personalidad es sinónimo de capacidad jurídica, de subjetividad de derechos y obligaciones y es una situación jurídica, es decir, un status, no un derecho.

En esta línea, explicaba Pedro León<sup>43</sup> que persona es quien tiene capacidad de derechos y se es persona por el sólo hecho de tener la facultad de actuar jurídicamente, de manera tal que, en dicho fenómeno jurídico se encuentran indiscutiblemente entrelazados un sujeto o persona, una norma de derecho y una situación de hecho.

A su vez, para Orgaz<sup>44</sup>, persona es quien tiene capacidad para ser titular de derechos y deberes. La personalidad es una cualidad jurídica, esta cualidad requiere ciertamente el soporte de un sustrato real, pues ninguna cualidad puede existir por sí misma, sino como atributo o carácter de alguna cosa o sustancia, pero lo que es real aquí, es el sustrato, el individuo humano o la colectividad de individuos, lo que se haya investido de la personalidad no es ésta, mero atributo ideal o jurídico con el que el derecho marca a determinados sustratos...en el derecho, por consiguiente, lo mismo que en una de las significaciones originarias de la palabra “persona” no

<sup>40</sup> ARAYA, MIGUEL C., *Las transformaciones en el derecho societario*, RDCO, 2003-308.

<sup>41</sup> ORGAZ, ALFREDO, “Personas Individuales”, Bs. As., 1948, pág. 5 a 6; SPOTA, ALBERTO, “Tratado de Derecho Civil”, Bs. As., Tomo I, parte general, Volumen 31; BUSSO, EDUARDO “Código Civil Anotado”, Bs. As., 1944; LEÓN, PEDRO “La persona y los derechos subjetivos”, Bs. As., 1948, pág. 52.

<sup>42</sup> SPOTA ob. Cit., pág. 82/84.

<sup>43</sup> LEÓN, ob. Cit., pág. 52.

<sup>44</sup> ORGAZ, ob. Cit., pág. 10 a 12.

es solamente el individuo humano, la colectividad de individuos, tampoco la cualidad abstracta, la máscara, ya que esta última es la personalidad, sino el sustrato con la máscara, con la aptitud que el derecho les atribuye de poder ser sujeto de derecho y deberes. La personalidad es, en consecuencia, un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas, actuales o solamente posibles.

Por ello, como explicaba Pedro León<sup>45</sup>, el haz de derechos y deberes determina una situación jurídica total de la persona, con respecto al derecho positivo, pero no la persona misma, como lo ha llegado a entender el normativismo, exagerando una concepción conceptualista.

En una palabra, los defensores de la teoría de la realidad jurídica, si bien admitieron que no se podía realizar un símil con el ser humano, ya que siempre se trataba de un concepto lógico jurídico, afirmaron que el elemento normativo debe reconocer una realidad o sustrato sociológico que dé fundamento al nacimiento de la personalidad.

No se trata de una realidad social que se evidencia en la vida del grupo, sino de una realidad jurídica, una creación normativa que se corresponde con la instrumentación legal de la actuación del hombre para participar en el tráfico jurídico<sup>46</sup>.

Por el contrario, los defensores de la teoría de la ficción se inclinaron por dar preeminencia exclusivamente al elemento normativo y puntualizaron que, como recurso técnico, la personalidad no requiere de sustrato de ninguna naturaleza y que es el legislador quien define la personalidad.

Ambas posiciones mantienen, aun en la actualidad, el debate sobre la configuración del concepto de persona jurídica y las condiciones para el otorgamiento de la personalidad, aún cuando podría hablarse de dos corrientes básicas: la normativista y la realista.

#### **IV. Hacia una mejor comprensión de la personalidad.**

El devenir histórico relacionado en los párrafos precedentes demuestra que existe una cierta anarquía doctrinaria sobre el concepto de persona jurídica y que no siempre el término es utilizado en forma adecuada.

Por un lado, advertimos que desde la Edad Media, en que se construye el concepto de persona moral nace una concepción realista u organicista que se concreta fundamentalmente en la obra de Gierke.

En este aspecto, los autores ubicados en esta corriente entienden que la persona jurídica tiene su propia realidad sustancial, o sea, que reconocen una naturaleza “supra individual” como organismo asociativo.

Desde esta perspectiva, se habla de un “cuerpo asociativo” que se sustenta en las relaciones articuladas en la pluralidad subjetiva y en el patrimonio diferenciado que permite articular una actividad con un fin propio.

Es contra esta concepción, de raigambre germánica que se alza también en este país la opinión de Savigny sosteniendo la “teoría de la ficción” o sea, haciendo ver que en el caso de las personas jurídicas, se está presente a una creación artificial de la inteligencia humana que utiliza el ordenamiento jurídico como una alternativa de simplificación de relaciones creando un centro de imputación diferente a los miembros que componen la asociación.

En este sentido, De Castro y Bravo insiste en que Savigny no quiso crear una categoría lógica jurídica ni una realidad ontológica, sino simplemente, caracterizar a la persona jurídica como distinta de los integrantes y con un patrimonio separado y con finalidad propia.

La cuestión central a dilucidar a la luz de las corrientes doctrinarias –como anticipamos– es si cuando se habla de persona jurídica se está frente a una realidad meramente normativa, sin sustento real, o, por el contrario, de alguna manera el derecho debe reconocer la existencia del dato prenormativo o realidad asociativa que justifique el otorgamiento de la personalidad.

<sup>45</sup> LEÓN, ob. Cit, pág. 33.

<sup>46</sup> RICHARD – MUIÑO “Derecho Societario” 2ª ed. pág. 39.

## **V.1 La persona como categoría jurídica.**

### **V. 1. Los presupuestos de una conceptualización.**

Tal como venimos desarrollando, cabe coincidir con Carlos Suarez Anzorena<sup>47</sup> cuando explica que el derecho elevó a categoría de axioma la condición de persona de todo hombre por el sólo hecho de nacer “con signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes”, art. 51 del C.Civil, y que la identificación entre la realidad extrajurídica, biológica espiritual que funda el concepto jurídico y, este último como categoría científica, requiere de necesarias distinciones.

En efecto, para explicar la condición de persona atribuida a otros entes, y en especial, a los no considerados necesarios, se ha pasado de concepciones naturalistas, fundamentalmente apoyadas en datos extrajurídicos, a las normativistas que atribuyen al ordenamiento jurídico la facultad de definir la condición de persona, relegando el dato extrajurídico a mera causa histórico social de la sanción de la norma.

Se llega así a la elaboración de una doctrina general de la persona, basada en la unidad esencial de la noción y a la afirmación del origen legal de la personalidad, en todo caso apoyada de la realidad de la cual resulta.

Dicho de otro modo, el concepto jurídico de persona que se predica del hombre individual es el mismo que se aplica a los entes colectivo, las diferencias no son de índole jurídica sino metajurídica, es decir, son diferencias respecto de las realidades varias a las cuales el derecho otorga personalidad<sup>48</sup>.

Lo que en derecho funciona como personalidad jurídica no es la totalidad del hombre, su entraña individual irreductible, su plenaria realidad íntima, sino una especial categoría jurídica que adhiera a dicha realidad pero sin contenerla dentro de sí. Y lo mismo podemos decir respecto de la persona jurídica: lo que funciona como tal en derecho no es la realidad concreta y total del ente colectivo, sino un sujeto construido jurídicamente, en suma, una categoría jurídica que el ordenamiento proyecta sobre determinados tipos de situaciones sociales, pero generan especiales efectos.

Satanowsky<sup>49</sup> puntualizaba que existe una confusión en la doctrina sobre el concepto de persona jurídica. Tal confusión nace del hecho de que con el término persona se expresa un concepto diverso referido tanto al ámbito filosófico, como al técnico jurídico. El autor explica que la persona jurídica no comprende la totalidad de las situaciones y actividades del hombre ni de la realidad total del ente ideal, sino la objetivación unificada en el titular que el ordenamiento jurídico proyecta de determinadas situaciones y relaciones. Como precisó<sup>50</sup>, la personalidad jurídica viene a ser, entonces, la atribución al titular, sujeto de derecho del conjunto de situaciones o acciones humanas, del ente humano o del ente de existencia ideal, referidas jurídicamente como derechos y deberes, con aptitud o posibilidad de ejercerlas al contituir un patrimonio diferenciado –agregamos-..

### **V. 2. La titularidad de relaciones jurídicas.**

Dicho derechamente, la personalidad viene a ser la exteriorización por el derecho de la unificación ideal de las relaciones y del comportamiento humano en la vida social.

Persona o sujeto de derecho es la condición, aptitud o cualidad jurídica del ente o ser, pues no sólo el ente humano es persona.

En el caso de los sujetos colectivos, la personalidad jurídica es tan sólo la síntesis de las funciones jurídicas imputadas por la norma, no a los hombres que la realizan, sino a un sujeto ideal, construido, consistente en ese común ideal de imputación.

<sup>47</sup> SUAREZ ANZORENA, Carlos *Personalidad de las sociedades*, en “Cuadernos de Derecho Societario”, Volumen I, Abeledo Perrot, 1978, pág. 132.

<sup>48</sup> RECASENS SICHES, MANUEL, citado por SATANOWSKY, MARCOS en “Estudios de Derecho Comercial”, T. I, pág. 42, T.E.A., 1950, Bs. As.

<sup>49</sup> SATANOWSKY, “Estudio de Derecho Comercial”, cit. Tomo I, p. 41.

<sup>50</sup> SATANOWSKY, “Estudios de Derecho Comercial”, cit. T. I, pág. 42.

De allí, que el término ficticio o artificial empleado a ese respecto por los propugnadores de esa teoría debe entenderse en el sentido de sanción por el derecho y no como que la personalidad fuese un concepto ficticio.

Desde este sentido, la terminología de la teoría pura del derecho y de las corrientes normativistas deben ser adecuadamente interpretadas.

Una concepción diferente, la de la realidad jurídica, explica que la atribución de la personalidad se identifica de alguna manera con la realidad de hecho que recubre. La atribución de capacidad jurídica al hombre constituye una relación de derecho que surge por sí sola. Por su parte, la capacidad y la personalidad de los grupos colectivos organizados se limita a constatar, y no como una invención refinada y sutil de origen artificial o legal, el soporte de la unidad de fin que persigue el grupo humano.

El comienzo del Siglo XX encuentra a la doctrina trabajando<sup>51</sup> en una elaboración superadora de ambas orientaciones científicas, la persona se construye sobre la base de dos presupuestos: el normativo, herencia puesta de resalto por la teoría de la ficción, y el fáctico a través del anclaje real que se lo extrae de la teoría de la realidad.

El concepto jurídico de persona que se predica del hombre individual es el mismo que se aplica a los entes colectivos. Las diferencias entre sujeto individual y los entes colectivos no son de índole jurídica, sino que se distinguen por las dimensiones metajurídicas.

Aquel anclaje real, basado fundamentalmente en el asociacionismo, se conmueve hoy en el derecho comparado y en el nuestro a través de lo que ha dado en llamarse la constitución de sociedad o de persona jurídica por una declaración unilateral de voluntad<sup>52</sup>. Ya no hay discusión sobre el mantenimiento de la sociedad devenida de un único socio, pero se apasiona la doctrina en orden a ese anclaje real en la constitución. No han advertido que la escisión –por nadie discutida- implica una decisión unilateral de voluntad para crear una o más sociedades<sup>53</sup>. A ello se agregan las sociedades del Estado. De todas formas es una decisión de política legislativa la generación de un patrimonio independiente y de técnica jurídica acompañar esa decisión en la estructuración de un patrimonio autogestante o de una sociedad. La denominación sociedad en este caso tiene el mismo justificativo jurídico que el acuerdo mayoritario frente al contrato.

## **VI. La filosofía analítica.**

### **VI. 1. La realidad normativa.**

Como explicamos en la historia del pensamiento jurídico sobre el concepto de persona, la posición normativista o formalista de Kelsen, Ascarelli, Fargosi, y otros, se distingue por entender que la persona es un nuevo orden jurídico parcial y mero centro de imputación de normas sin referencia a ningún dato prenormativo, pero que es una realidad jurídica y no una mera ficción, o sea, que es una creación del pensamiento que se concreta en un recurso técnico del derecho que tiene su propia realidad, aún cuando no tenga un asiento sociológico.

Es bueno recordar que Kelsen señaló la naturaleza auxiliar del concepto de “persona jurídica”, ya que, en el mundo de la realidad no existen otros sujetos de derecho que no sean hombres, por lo que, cuando se dice que la sociedad, como persona jurídica tiene deberes y derechos es porque el orden jurídico los impone o confiere a estos.

La lógica jurídica formal ha puesto en claro por boca de Kelsen, que el concepto jurídico de persona significa un haz de acciones humanas normativamente concebidas que se imputa en torno a un centro común de referencia. Con esto la lógica formal enseña que el pensamiento entiende a la persona como una estructura conceptual o categoría que no pretende “asir” su realidad social. La personalidad no es una cualidad que se agrega a la persona sino el punto de

<sup>51</sup> PALMERO, JUAN CARLOS, *La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la nación*, RDCO Depalma, Año 20, pag. 817; *Personalidad* en libro de Ponencias Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y V Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, 1992, Tomo I, pag. 190.

<sup>52</sup> No cuestionando a la fundación, sino la expresión “sociedad” por el significado común de esa palabra.

<sup>53</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO *En torno a la sociedad unipersonal*, en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande Octubre de 1992, Actas tomo I Pág. 273.

vista conceptual o significativo como categoría diferenciada. Por ello, la imputación jurídica no se funda en la serie causal, sino que expresa el enlace que establece la norma entre un objeto y un sujeto<sup>54</sup>.

En una palabra, se refiere al concepto de persona en cuanto estructura formal del pensamiento jurídico y no al concepto en tanto conocimiento.

La idea de Savigny cuando hablaba de persona ficta como creación del pensamiento, sin desconocer los aspectos metajurídicos.

En una palabra, la persona jurídica es un centro de imputación diferenciado de derechos y obligaciones<sup>55</sup>. Este autor señala que el concepto de persona jurídica no tiene correspondencia en el mundo de la realidad y que se trata de lo que, de acuerdo con el lenguaje de la filosofía analítica, se denomina un símbolo incompleto, esto es una entidad constatable sólo en la escena jurídica.

En sentido análogo, Ascarelli<sup>56</sup> enseñaba que “la personalidad jurídica no presupone una determinada realidad subjetiva, sino que constituye una hipótesis técnica de una normativa que siempre corresponde a relaciones entre hombres y actos de éstos, por lo que no encuentra correspondencia en un dato prenормativo.

De este modo, la persona jurídica se constituye en una creación legal por constituir un centro de imputación diferente a quienes la instrumentaron que queda confinada al ámbito de lo jurídico y por ello, es una realidad lógico formal de neto contenido normativo.

Las diversas corrientes de la doctrina normativista halla en la ley la fuente de origen de la persona, en cualquiera de sus manifestaciones Su pensamiento esencial nace en la lógica formal de Kelsen, es explicada en la doctrina italiana por Ascarelli y los autores que la siguieron, encontrando “eco” en la doctrina patria.

La personalidad es tan sólo una disciplina que se resuelve en normas, que tratan siempre de relaciones entre hombres: no es ella el estatuto de un hombre nuevo como explica Suarez Anzorena<sup>57</sup>, sino una dinámica de relaciones que se resuelve por dicho medio. Por ello, debe reconocerse en la misma un instrumento de técnica jurídica que disciplina unitariamente las relaciones de los socios respecto de terceros. De otro modo, los socios aparecerían como condóminos de los bienes sociales.

El maestro cordobés Pedro León<sup>58</sup> apuntó que es cierto que el ser lógico no presupone el ser real pero que Kelsen y luego sus seguidores no asumieron una posición beligerante sobre el sustrato, sino que, se enfocaron en la norma como un puro objeto de conocimiento y no negaron la realidad humana, ni las organizaciones sociales, que para ellos constituyen aspectos metajurídicos.

## **VI. 2. Criterio sustancialista: el medio técnico.**

### **VI. 2. a. El asiento en un dato prenормativo: el sustrato real.**

Por el contrario, autores de la talla de Rolf Serick<sup>59</sup>, Francesco Ferrara<sup>60</sup>, Pedro León<sup>61</sup>, Alfredo Orgaz<sup>62</sup> y Juan Carlos Palmero<sup>63</sup>, sostienen que además del dato normativo que le confiere personalidad al centro de imputación diferenciada que implica la persona jurídica, existe siempre una relación con un dato prenормativo que el derecho no puede ignorar. La característica de la personalidad, su unidad y su individualidad es una unidad de fin que reconoce una realidad fáctica previa.

<sup>54</sup> KELSEN HANS, “Teoría pura del Derecho”, Bs. As. 1941, pags.47/9

<sup>55</sup> FARGOSI, HORACIO, *Notas sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica*, L.L. 1988-E.

<sup>56</sup> ASCARELLI, TULLIO *Asociaciones y sociedades comerciales*, Editorial Ediar.

<sup>57</sup> SUAREZ ANZORENA, op. Cit. Pag.138

<sup>58</sup> LEÓN, op. Cit. Pag.63

<sup>59</sup> Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles, traducción española, Barcelona, 1958.

<sup>60</sup> FERRARA, FRANCESCO “Teoría de las personas jurídica”s, Reus, Madrid, 1929.

<sup>61</sup> LEÓN, *La persona y los derechos subjetivos*, cit. pag. 52, Rev. Jurídica de Córdoba, año 1 n° 4.

<sup>62</sup> ORGAZ, “Personas Individuales”, cit. pág. 5 a 16.

<sup>63</sup> PALMERO, *La persona jurídica en el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*, citado..

Etcheverry<sup>64</sup> afirma que la personalidad no es un mero *nomen iuris*, una comodidad del lenguaje o un símbolo incompleto de diversos significados, sino que, en realidad, es un mecanismo que busca el tratamiento unitario de los actos de una organización patrimonial que tiene su propia finalidad sustentada en un grupo de personas.

El mecanismo de funcionamiento de cada ente colectivo no es igual pero en todos se observan los siguientes rasgos: sistema para emitir una manifestación de voluntad jurídicamente válida, orden patrimonial autónomo y un esquema de resolución de conflictos.

Ciuro Caldani<sup>65</sup> señala que la persona es, en cierto modo, un papel o rol normativo dentro de la representación de la vida, compuesto por diversos papeles o roles parciales. Persona es un microcosmos conceptual relacionado al cual encontramos sus atributos de nombre, capacidad, domicilio, patrimonio, derecho y deber.

La abstracción no es una ficción pues tiene como sustento un hecho de la realidad, sino que persona es una exteriorización jurídica del ser humano, sea individual o en relación, es la condición, cualidad jurídica de ese ser, de su situación y de su conducta en la vida social.

La personalidad es una cualidad jurídica, y esta cualidad requiere ciertamente el soporte de un sustrato real –un hacer finalístico–, pues, ninguna cualidad puede existir por sí misma, sino como atributo o carácter de alguna cosa o sustancia, pero lo que es real aquí es el sustrato, el individuo humano o la colectividad individual. Es la atribución al sujeto de derecho, de la titularidad del conjunto, unificado, de situaciones y acciones humanas convirtiendo a ese sujeto de derechos en un centro unificador de relaciones jurídicas o de imputación normativa, al decir de Satanovsky<sup>66</sup>, y la realidad prenortativa implica una capacidad de hacer con una diferenciación imputativa. Diríamos: una tipicidad de segundo grado bien explicada en el derecho societario.

### **VI. 2. b. La persona jurídica como medio técnico instrumental.**

La personalidad es, en consecuencia, un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro. Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas.

Palmero<sup>67</sup> señala que el concepto de persona está construido sobre un presupuesto normativo y uno fáctico. El presupuesto normativo importa uno de los componentes necesarios para la construcción del concepto de personalidad pues, un grupo humano no puede adquirir derechos o contraer obligaciones como entidad diferenciada en tanto y en cuanto la ley no le reconozca semejante aptitud.

Fueron precisamente los seguidores de Savigny quienes con mayor claridad subrayaron este perfil que emana del necesario reconocimiento legal.

En igual sentido, existe un presupuesto fáctico o material que se exterioriza en una cierta pluralidad subjetiva –o declaración constitutiva que puede ser unitaria– y en la configuración de un patrimonio independiente con una organización social específica y finalidad propia. Esta organización social fue destacada por los partidarios de la realidad, sobre todo a partir de las enseñanzas de Gierke.

Como síntesis integradora de ambas perspectivas, los sustancialistas encontraron la posibilidad de convertir una realidad socioeconómica en una realidad jurídica dando lugar a una realidad técnica como es la persona jurídica.

### **VI. 2. c. El aporte de la teoría analítica.**

La lógica jurídica formal ha puesto en claro por boca de Kelsen que el concepto jurídico de persona se constituye en torno a un centro común de referencia: imputación central.

<sup>64</sup> ETCHEVERRY, Ob. cit., p. 54.

<sup>65</sup> CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL *Comprensión jurídica de la persona*, D.E.D. 16/4/91.

<sup>66</sup> SATANOVSKY, op. Cit. Pag. 55

<sup>67</sup> PALMERO *La persona jurídica en el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de la Nación*, cit..

La concepción kelseniana sobre la personalidad constituye un valioso aporte a la dilucidación del concepto de persona jurídica pero lleva el problema formal a tal grado que concibe a la persona jurídica como una invención normativa.

De este modo, aprovechando los aportes conceptuales de Hart en la filosofía inglesa y Scarpelli en la italiana, se afirma que la persona jurídica no es más que un símbolo incompleto al cual no corresponde ningún ente; el símbolo es la expresión abreviada de una disciplina normativa que permite la imputación jurídica a un centro diferenciado de relaciones<sup>68</sup>.

Así, debe puntualizarse que la personalidad, en el sentido más profundo, no es una invención del derecho, éste la establece, la exterioriza, pero no la inventa.

La personalidad no es una ficción ni un concepto artificial, sino una realidad que existe en la vida social, pero que requiere reconocimiento, y este reconocimiento es diferente en cada sistema normativo<sup>69</sup>.

La realidad de los entes colectivos consiste en complejos de relaciones interhumanas que tienen un fin autónomo y su propio patrimonio y que, por ende, el derecho les otorga personalidad.

#### **VI. 2. d. La participación de la teoría realista.**

Como enseña Francesco Ferrara<sup>70</sup> el poder que deriva de la regla de derecho debe necesariamente remontarse a un ente y a un titular a quien compete. La abstracción no es una ficción, puesto que la ficción se apoya en una invención; la abstracción es un hecho; detrás de la ficción no existe nada real, en tanto que lo real es base de la abstracción, si bien contemplado de modo diverso de como es.

Con toda claridad Ferrara señala que el legislador encuentra la personalidad en la realidad social, la modela y la plasma como ente único, dándole una propia individualidad jurídica.

La persona jurídica no es un instrumento técnico de laboratorio jurídico, el legislador ha encontrado esta forma rudimentaria en la vida y no ha hecho más que seguir la norma de la concepción social. Ese autor ha definido la persona jurídica expresando que “es una creación del derecho, fundada en la realidad social, en virtud del cual grupos humanos organizados, en razón de sus fines, se encuentran investidos de personalidad”.

A diferencia de los postulados de la lógica formal, la teoría realista entiende que la persona o, mejor dicho, el reconocimiento normativo de personalidad, si bien implica la creación de un centro de imputación de derechos y obligaciones, tiene como soporte la noción de patrimonio de conformidad al art. 2312 CC, sin perjuicio de advertirse la crisis de la “idea de unidad patrimonial” que recepta nuestro código.

Se abre, en el derecho argentino y comparado la diferencia entre persona jurídica y sujeto de derecho, que si bien entraña alguna duda para el primero como apuntamos, en el comparado aparece la personalidad jurídica reservada a sujetos de derecho con impermeabilidad patrimonial plena en relación a los socios, asociados o accionistas.

#### **VI. 2. e. La agudeza de la visión de la escuela cordobesa.**

La conceptualización de la persona jurídica, ya sea como mera normatividad o como visión del realismo jurídico, sigue sin ser pacífica en la doctrina.

En esta línea, al repasar los caracteres fundamentales de la persona jurídica se establece determinados aspectos propios, como son: a) la organización y, por ende, estructura particular; b) su finalidad diferenciada; y c) la existencia de un patrimonio propio.

<sup>68</sup> GALGANO, FRANCESCO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, Rivista di diritto civile, parte I, 1965, pág. 558, citado por VIRAMONTE, GUSTAVO (H) en *El concepto de persona*, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Lexis Nexis, julio/agosto 2005, pág.99 y sig.

<sup>69</sup> JUNYENT – RICHARD “Aristas...” citado.

<sup>70</sup> FERRARA, FRANCESCO *La persone giuridiche*, Turín, 1935, En el “Tratado di diritto civile” de F. Vassali, o en su anterior “Teoría delle persone giuridiche”, 2ª ed., Torino, 1923.

Desde esta perspectiva, sostuvimos<sup>71</sup> que la idea de la personificación jurídica se vincula a una modalidad de generar un centro de imputación de derechos para facilitar relaciones organizacionales.

La cuestión esta directamente vinculada a la organización de la empresa. La empresa configura un concepto volátil, particularmente en sus aspectos jurídicos, pues representa más una concepción social o económica, una idea de organización. No obstante, como realidad social y económica exige respuestas del derecho como "orden del orden social", encontrándola en la organización asociativa. La empresa aparece así como actividad<sup>72</sup>, nucleando bienes reunidos para una actividad económica, y la sociedad es el sujeto que el sistema normativo ofrece como medio técnico-jurídico más apto de simplificación de relaciones jurídicas generadas por la organización económica, a través del recurso de su personificación, que el legislador dispone con arreglo a la política legislativa que se imponga.

Girón Tena y Colombres entienden que la determinación estatutaria sobre el objeto social es la forma de introducir la idea de empresa –lo que hemos compartido al sostener que el patrimonio de la específica persona jurídica debe ser suficiente para ello<sup>73</sup>–.

Aún persisten las diferencias de criterios confundiendo, en el derecho argentino, la sociedad persona jurídica, de la mención como sociedad de lo que es un mero contrato asociativo no personificado (sociedad accidental), no distinguiendo la expresión sociedad en sentido estricto de sociedad en sentido lato. O el acto constitutivo negocial y la sociedad como persona jurídica.

Es la misma confusión que aparece entre las relaciones de cambio y las relaciones de organización, vinculadas –en algunos supuestos, pero no en todos- con el llamado contrato plurilateral funcional o asociativo.

Subrayando las doctrinas que engarzan el concepto jurídico de persona debe ser extraído del derecho mismo y no de elaboraciones extrajurídicas, Orgaz<sup>74</sup> apunta a ese respecto que “Ser persona para el derecho no es poseer cierta estructura biológica o psíquica, sino ser el término de imputación de derechos y deberes, el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas actuales o solamente posibles. Se trata, por tanto, de un concepto real y técnico, que no existe un único abstracto (el individuo humano) y que puede también convenir, con igual rigor, a un abstracto complejo de individuos y bienes”.

Palmero<sup>75</sup>, siguiendo el pensamiento de Yadarola y Orgaz, sostiene que el patrimonio organizado y diferenciado que sirve de sustento a la persona jurídica colectiva permite superar la teoría ficcionista, con su énfasis en el perfil normativista, como así también la realista, con sus derivaciones en la concepción del órgano, adhiriendo a esta última posición mediante la subsunción del elemento fáctico y normativo. En esta línea, el autor citado critica las posturas negatorias o formalistas, al entender que incurren en una contradicción, pues no se entiende cómo haría un juez para reconocer la personalidad si la ley no enumera sus elementos.

Apuntamos, integrativamente a aquellas ideas, que debe existir una organización con una finalidad común que permita controlar el grado de acatamiento a los fines propios que determinan el otorgamiento de la personalidad. Del apartamiento de esa funcionalidad pueden resultar efectos especiales. Se entiende que el fin debe ser autónomo y que éste elemento constituye una nota esencial en la determinación de las diferencias entre acto jurídico y personalidad. Es el aspecto de la causa del negocio constitutivo que trasciende en el objeto de la

<sup>71</sup> Con Orlando Manuel Muiño en RICHARD EFRAÍN H. – MUIÑO, ORLANDO M. “Derecho Societario”, Astrea, 2ª Edición, Bs. As. 2007, tomo I pág. 20. RICHARD, EFRAÍN HUGO *En torno al concepto moderno de sociedad* en Anuario de Derecho Comercial, Ed. Fundación de cultura universitaria, Uruguay, tomo 6, diciembre de 1993, pág. 75 a 90; *En torno al subsistema societario*, tomo 2 pág. 417. Ponencias al II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario; *En torno a la personalidad societaria*, en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande Octubre 1992, Actas t. I p. 190.

<sup>72</sup> El punto esta referido al objeto de la sociedad, pues el mismo incida la actividad económica, empresa, o funcionalidad de la sociedad conforme el art. 1º LSA, con la sola excepción de la previsión del art. 31 LSA o sociedad holding.

<sup>73</sup> JUNYENT – RICHARD *Aristas... cit.*,

<sup>74</sup> ORGAZ, ALFREDO “Personas individuales” citado pág. 23.

<sup>75</sup> PALMERO, ob. Cit., pág. 835.



persona jurídica. El fin común instrumental de constituir la sociedad-persona jurídica resulta del interés común con sentido instrumental de generar el ente personificado para la actividad en común y a nombre colectivo, mas no abstracta sino con un objeto preciso y determinado: el objeto social. El objeto social, como elemento causal, delimita (imputa) los actos y negocios que puede realizar la sociedad, las facultades de sus administradores y el criterio para juzgar sus actos en la aplicación del patrimonio. Las múltiples “finalidades” de los socios se objetivan así en dos datos causales: uno estructural que es organizarse en un ente personificado, y otro funcional en la determinación del objeto que ciñe la actividad a desarrollar en común por medio del ente constituido. Objeto, fin y organización son los elementos que asumen relieve causal en el ámbito de las relaciones asociativas<sup>76</sup>.

En síntesis, la doctrina cordobesa, representada por desde Orgaz y León a Palmero y nosotros con sus diversas modalizaciones y diferencias, reconoce un punto común cuando afirman que las llamadas doctrinas negativistas o instrumentalistas tienden a negar la realidad prenormativa, lo que corta toda relación entre el derecho y la realidad material.

Convengamos que el concepto de persona es indivisible y excluyente, actúa siempre como un centro de imputación diferenciada, implica un grado de separación patrimonial que podrá ser absoluta o relativa según el tipo del ente personificado, implicando un sistema de organización a través del cual es posible hacerla actuar como titular de derechos y deberes y, a su vez, reconoce un fin autónomo.

Cabanellas de las Cuevas<sup>77</sup>, en la misma dirección expuesta precedentemente, afirma que la personalidad jurídica de las sociedades no responde a una mera necesidad lógica, sino que lo hace para articular los fines empresariales de la figura societaria.

Se trata sin duda de una técnica jurídica de organización y simplificación de relaciones, habiéndose optado en otros casos en nuestro sistema jurídica por la técnica de patrimonialización, como lo es el fideicomiso.

## VII. Esquema legal.

### VII. 1. La normativa civil: el concepto de persona.

Los artículos implicados en la concepción de persona son los arts. 30, 31, 32, 39 y 43 del Código Civil en cuanto reconocen que la persona jurídica es un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones y que, por ende, sus integrantes no responden, en principio por las deudas de ésta.

De este modo, la persona es una especial categoría jurídica que adhiere a determinadas realidades y se basa en ellas pero sin contenerla.

La personalidad viene a ser entonces la atribución de capacidad jurídica al titular o sujeto de derecho con aptitud o posibilidad de ejercerlos, ya se trate de una persona física o de una persona colectiva.<sup>78</sup>

Persona y capacidad son pues conceptos que necesariamente se integran y requieren. Toda persona, por el sólo hecho de serlo, tiene capacidad cualquiera sea la medida en que el ordenamiento se la confiera, pero también hay que puntualizar que persona y capacidad no se identifican, pues esta última nace de esa facultad que, en los casos dados, les conceden o niegan las leyes, es decir, que la capacidad varía en razón de la categoría de persona de que se trate.

La noción de capacidad difiere, a su vez, de la imputación mecánica, mediante la cual la ley le atribuye un hecho, acto o situación jurídica a determinada persona.

De allí que el art. 30 del Código Civil señala que “*Son personas los entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones*”, distinguiendo luego, en los arts. 31 y 32 las personas de existencia física y las personas de existencia ideal.

<sup>76</sup> RICHARD – MUIÑO “Derecho Societario” 2ª ed. págs.210 y ss..

<sup>77</sup> CABANELLAS DE LAS CUEVAS, “Derecho societario, Parte general”, *La personalidad jurídica societaria*, Bs. As. Heliasta, 1994, pág. 28.

<sup>78</sup> HALPERIN, Isaac, “Sociedades Comerciales”, Depalma, 1964, pag. 90.

## VII. 2. Del normativismo al realismo como sustento de la personalidad.

Ahora bien, las citas del tratado de Savigny, como así también, el seguimiento de Freitas en la regulación sustantiva de las personas motivó también el debate en la doctrina patria en orden a la asunción o no de la tesis ficcionista, eventualmente normativista o el de la realidad con su peligro antropomórfico.

De allí los profundos debates que se dieron en el Segundo Congreso de Derecho Civil (1937) y en la doctrina patria con las autorizadas voces que hemos citado en este ensayo y que nos demuestran un claro acercamiento de las opiniones doctrinarias.

En efecto, no se trata de mera ficción, puro normativismo pero no puede negarse la relevancia de la imputación legal aun centro de simplificación de relaciones jurídicas que hace de la persona jurídica una categoría típica. En igual sentido, no puede negarse la relación causal con una realidad social que le precede y que requiere de ciertos elementos claramente reconocibles que hemos descripto, tales como: un patrimonio propio, autogestante y con una finalidad específica que articula la organización social o empresaria.

De allí que la reforma del Código Civil de 1968 adhiera al concepto de persona como realidad jurídica instrumental.

Tal como enseña la doctrina<sup>79</sup>, el art. 30 del C. Civil define genéricamente a la persona y hoy podemos señalar que la ciencia del derecho no pretende dar una definición completa del ser humano, sino que se limita a establecer las características relevantes de éste a los efectos del ordenamiento jurídico.

Dicho derechamente, la definición no dice qué es persona o cuál es su esencia, sino quiénes son persona. E incluso, pese a que en el art. 46 C.C. se refiere a quiénes son sujetos de derecho, la diferencia entre persona jurídica y sujeto de derecho sería meramente nominal.

## VII. 3. Las personas de existencia ideal y las personas jurídicas.

De tal modo, la antítesis persona de existencia visible-persona de existencia ideal no tiene antecedentes en la legislación comparada y es nuestro código el único que la emplea.

En rigor, el problema relativo a las personas de existencia ideal es conocer si éste es un concepto semejante al de persona jurídica, o, por el contrario, al igual que en Freitas, las personas jurídicas son una especie dentro del género persona de existencia ideal.

Así, Vélez aparentemente alteró el texto originario de los arts. 272 y 273 del proyecto de Freitas, de manera tal que no debe interpretarse que exista una identidad entre personas de existencia ideal y personas jurídicas, sino que estas últimas son una especie de aquéllas.

Expresa Satanowsky<sup>80</sup> que ésta interpretación surge, no sólo de la fuente, sino de la economía de la ley. Hasta el art. 32 del C.Civil nuestra legislación se ocupa genéricamente de las personas de existencia ideal y, desde el art. 33 en adelante, de las personas jurídicas, en su doble clasificación de necesarias y posibles.

En igual sentido, Belluscio y Zannoni<sup>81</sup> sostienen que la ley 17.711 parece haberse inspirado en esta teoría, admitiendo que había personas de existencia ideal que no eran personas jurídicas, pues incluye como personas jurídicas en el texto del art. 33 a las sociedades civiles y comerciales y declara que son sujeto de derecho las asociaciones sin personería jurídica.

En esta línea, Palmero<sup>82</sup> narra el debate de la doctrina patria, explicando que el codificador no se atuvo tan ajustadamente a la letra, como afirma la nota al título primero, en el sentido que se ha tomado de Freitas, sino que cambiando el criterio del esbozo se llega a una asimilación absoluta de los conceptos.

Esta corriente de pensamiento fue defendida por Salvat expresando que ambos términos se correspondían a un mismo concepto.

<sup>79</sup> BELLUSCIO - ZANONI, ob.cit., Tomo I, pág. 130.

<sup>80</sup> SANANOWSKY, ob. cit. pág. 63.

<sup>81</sup> BELLUSCIO - ZANONI, ob.cit., Tomo I, pág. 138.

<sup>82</sup> PALMERO, Juan Carlos, ob.cit, pág. 823.

Desde otro costado, Busso, López Olaciregui, Llambías y otros distinguidos civilistas, no compartieron el criterio anterior y se inclinaron por diferenciar entre personas de existencia ideal, a quienes consideran como el género, con las personas jurídicas, o sea, aquellas cuya personalidad emana de un acto expreso del Estado.

De todas formas, a partir de 1968 ambos conceptos quedan unificados, aunque es bueno reconocerlo, no se expurgó de la vieja definición del art. 32 el empleo dual, separado por la conjunción disyuntiva “o”.

Así, la ley 17.711 entendió cristalizar el principio de libertad corporativa mediante una reformulación de los arts. 33 y 46 del C.Civil, es decir, se mantiene la división de las personas jurídicas según su carácter sea público o privado.

En esta línea y con respecto a las personas de carácter privado, cabe distinguir, siguiendo las explicaciones de Palmero<sup>83</sup>, las siguientes categorías:

a) Asociaciones y fundaciones que tienen por principal objeto el bien común, que tengan capacidad por sus estatutos para adquirir bienes, no dependan exclusivamente de asignaciones del Estado, posean patrimonio propio y hayan obtenido autorización legal para funcionar.

b) Asociaciones civiles y comerciales y demás entes que según la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización legal para funcionar.

c) Por último, se crean las llamadas “simples asociaciones civiles y religiosas” del art. 46, ahora llevadas a la categoría de sujeto de derecho y, en consecuencia, con personalidad, aunque tampoco obtengan reconocimiento explícito. A éstas se les aplica subsidiariamente las reglas de las sociedades civiles. Adviértase que la ley de sociedades considera a las mismas “sujetos de derecho” en el art. 2º LSA e indica en referencia al negocio en participación “No es sujeto de derecho” (art. 361 LSA) y por ende tampoco persona jurídica.

#### **VII. 4. La distinta regulación normativa.**

De tal manera, la reformulación de la ley 17.711 superó la distinción entre personas de existencia legal y jurídica, sin perjuicio de lo cual no mantiene una diferenciación en los preceptos que corresponde aplicar a quienes obtienen su personalidad por un acto expreso de la autoridad de control, de quienes la consiguen como consecuencia del reconocimiento genérico emanado de la ley.

Así las cosas, las que tienen su reconocimiento en el principio realista, están regladas en los arts. 33 a 44, mientras que las que necesitan autorización se encuentran pautadas en los arts. 45 a 50 del C. Civil.

No puede negarse que esta regulación se ajusta mejor al reconocimiento jurisprudencial como persona jurídica de la sociedad civil, las sociedades comerciales, el consorcio de copropiedad horizontal, superándose el sistema de la concesión por el de la libertad corporativa.

En esta línea, resulta evidente que, con respecto a las personas de carácter privado, se ha producido un cambio de régimen o sea, se ha pasado al sistema de la concesión al de la libertad, y sólo se mantiene la diferencia entre la sociedad y la asociación del art. 46 del C.Civil.

Así, en primer lugar, no cabe duda alguna acerca de la personalidad de aquellos supuestos que derivan del reconocimiento expreso de la ley, tal como se desprende del art. 32 inc. 1, 2 y 3 del C.Civil.

En igual sentido, se debe ubicar a las sociedades típicas de la ley 19.550, a las Fundaciones de la ley 19.836, a las Mutualidades de la ley 20.321 y a las Cooperativas, pese a la falta de numeración por parte de la legislación.

De todas formas, el mapa de las personas jurídicas se amplía día a día a impulso de la realidad, al igual que las relaciones de organización en el terreno asociativo<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> PALMERO, Juan Carlos, ob. cit., pág. 824 y sig.

<sup>84</sup> Justamente uno de nosotros ha editado tres obras sobre “Las relaciones de organización”+

En virtud de lo expuesto, enseña Palmero<sup>85</sup> que, sin renunciar a la necesaria amplitud en la construcción del concepto genérico de persona, como para que sea capaz de abarcar todas las figuras que ofrece el amplio espectro del fenómeno asociativo, hoy nos encontramos frente a una verdadera crisis con motivo de la superación, no sólo del concepto de persona, sino también del de sociedad, para arribar a las relaciones de control que caracteriza los grupos societarios.

Es claro que en el derecho nacional los grupos societarios no tienen “personalidad”, pero tienden a generar centros de imputación, permitiendo la presentación en concurso preventivo, unificando procesalmente la situación de todas las sociedades del grupo, y permitiendo acuerdos que pueden generar responsabilidades integradas.

La afirmación precedente nos conduce a la legislación societaria.

## **VII. 5. La normativa societaria.**

No cabe duda alguna que las sociedades comerciales son personas jurídicas, a tenor del art. 33 inc. 2° del C.Civil, pero tienen su propia historia, e incluso, formulación legal, que resulta necesario analizar.

Así, el art. 1 de la ley de sociedades define a la sociedad expresando que “Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en la ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”.

De este modo, la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance establecido el art. 2 de la ley 19.550, que no altera la calificación de persona jurídica formalizada en el art. 33 inc. 2° CC.

Como lo expresa la exposición de motivos adhiriendo a la tesis de la realidad jurídica “Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que ella guarda el alcance fijado en la ley. En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica y, de este modo, la sociedad resulta así no sólo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica, esto es ni una ficción de la ley, reñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad como el domicilio, el nombre, la capacidad, ni una realidad física, en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuo pueda realizar el fin lícito que se propone... Lo expresado justifica el mantenimiento del precepto aún ante el nuevo texto del art. 39 del Código Civil...”.

En una palabra, cuando hablamos de persona jurídica hacemos referencia a un ente distinto al de los socios con capacidad jurídica plena para adquirir compromisos propios frente a los terceros y, por ello, dicha referencia determina un centro de imputación diferenciada distinto del patrimonio de los socios.

En el plano ideal persona es un recurso técnico que sirve para disciplinar en forma significativa cierto grupo de relaciones jurídicas. Es lo que Ihering llama “paréntesis”; Kelsen denomina “centro de imputación”; y Ross considera como “relación tu-tu”<sup>86</sup>.

## **VIII. Personalidad jurídica y sociedad.**

### **VIII. 1. Bien jurídico tutelado por la escisión patrimonial personificante.**

¿Para que el derecho reconoce la personalidad? ¿Cuál es el objetivo o bien jurídico tutelado por la ley de sociedades? Lo venimos anticipando: seguridad jurídica, unificando las relaciones jurídicas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico, un medio para el funcionalismo.

<sup>85</sup> PALMERO, Juan Carlos, ob. Cit., pág. 828.

<sup>86</sup> COLOMBRES, Gervasio “Curso de Derecho Societario”, pág. 60.

La teoría del descorrimiento del velo o de la desestimación de la personalidad se planteo ante el beneficio del privilegio que conlleva la personalidad en ciertas legislaciones, al instituir la limitación de responsabilidad de los socios o sea acotar el riesgo empresario.

Esta apreciación no es adecuada para el derecho argentino, pues todas las sociedades – incluso las de hecho- son reputadas personas jurídicas, cuando en otros países al eliminarse la personalidad jurídica se mantiene el sujeto de derecho, pues aquella sólo se otorga a sociedades con tabicación patrimonial perfecta o sea cuando los socios no responden de las deudas sociales.

Esa separación patrimonial, que importa constituir un centro imputativo de derechos y obligaciones, con posibilidad de autogestión, o personalidad, no sólo tiene una razón funcional permitiendo el negocio pensado conforme la causa del mismo -objeto social-, resguardando así la separación patrimonial de la gestión funcional, sino que la misma persiste a cualquier evento en beneficio de los terceros que contrataron en razón de o con ese nuevo centro, imponiendo la disolución del ente y su liquidación, o trámites de reorganización similares, que resguardan también a esos terceros.

Por este medio se está tutelando no la limitación de responsabilidad de los socios, sino los intereses de quienes se vinculan con el mismo en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota. Así se permite la segmentación en varias empresas conforme los establecimientos y organizaciones que se conciban, pero no puede dividirse la empresa que debe identificarse con la finalidad organizativa –plan de negocios-.

Pero, ¿que tutela el legislador a través de ese reconocimiento de la facultad jurígena de crear personas a través de esa declaración: a) la posibilidad de limitar la responsabilidad o b) los derechos de los terceros que contratan en relación a esa actividad o c) el interés de la funcionalidad económica individualizada? Este es el centro de la cuestión. Podría sostenerse que todos, pero no la limitación de responsabilidad que esta condicionada por el tipo societario.

Esa necesidad de afectar determinados bienes al desenvolvimiento de una actividad determinada (finalidad u objeto), por constituir una unidad económica-funcional para su cumplimiento, y -al mismo tiempo- afectar esos bienes y los derechos que se adquieran con la actividad, a la garantía de los acreedores nacidos de las relaciones generadas por esa actividad contractual o extracontractualmente, se justifica en el "interés" en cumplir ese objeto y en garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad, generando un centro de imputación (persona o preferencias). Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica, en una visión constructivista.

La limitación de responsabilidad no surge de la personalidad jurídica, sino de la tipicidad de segundo grado o sea del tipo de sociedad adoptada, y esa limitación esta acotada por el uso racional de ese tipo societario persona jurídica.

## **VIII.2. Efectos de la personalidad jurídica.**

¿Cuáles son los efectos produce la personificación como división patrimonial y autogestión?<sup>87</sup>

### **VIII. 2.a. Patrimonio constitutivo.**

Si bien se pone el énfasis en la separación de los patrimonios entre la persona jurídica y de las otras personas físicas o jurídicas que la generan, donde se hace prolija la regulación normativa -en todas las legislaciones- es para asegurar el ingreso de los aportes al patrimonio de la sociedad y en resguardar los derechos de los terceros que se han vinculado a la realidad funcional empresaria, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación<sup>88</sup>, o aún a la irregular. No es otra cosa que el principio de la división

<sup>87</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO *Efectos de la naturaleza de contrato plurilateral y efectos de la personalidad* tomo 1 pág. 429. Ponencia al II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario, Huerta Grande 1992.

<sup>88</sup> El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma del año 1983. Cfr. RICHARD, EFRAÍN HUGO *Patrimonio y capital social* pág. 103 y ss. -especialmente a pág.106- en el libro "Derecho y principios societarios", publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982. RAY,

patrimonial, que resguarda a su vez la posibilidad de que la persona jurídica así creada pueda generar nuevas personas jurídicas. Es el fenómeno de las asociaciones de segundo grado, que impone al legislador ciertas regulaciones (arts. 31 y ss. LSA).

El principio de división patrimonial no es requisito o atributo exclusivo de la personalidad jurídica, pero existiendo ésta se genera esa división. Caso contrario debería incluirse a la sociedad conyugal, fideicomisos, los contratos de colaboración empresaria del derecho argentino, en cuanto consagran un fondo común operativo al reconocerse un privilegio a los acreedores con motivo del contrato, pero la situación no es diferente a la de los bienes en condominio, pues la titularidad de los bienes no es de un nuevo sujeto de derecho sino de los partícipes, propiedad en mano común o condominio de tipo germánico<sup>89</sup>.

Congruente con la generación del centro de imputación como autogestante, resulta lógico atribuir capacidad al nuevo sujeto. Ambos generan la atribución de la personalidad al haz de derechos y obligaciones que se le imputan para adquirir y administrar bienes (su patrimonio).

### VIII. 2.b. Atributos.

La gestación de la división patrimonial impone ciertos atributos como la individualización con denominación y domicilio, para determinar la ley aplicable y la jurisdicción donde puede reclamar o ser reclamada en derecho<sup>90</sup>.

Se ha tratado de determinar como característica del nacimiento de un sujeto de derecho la pertenencia de un nombre o de un domicilio. El domicilio es atribuido también por la ley a un haz de relaciones en torno a un mismo sujeto. Esa definición existencial o funcional<sup>91</sup> esta recogida por el art.90 CC.

Ha dicho Colombres que el nombre social no es un atributo de la personalidad jurídica, sino otro dato normativo que, junto a la imputación diferenciada, integra la idea más amplia de negocio societario, excediendo la denominación social el marco pretendidamente exclusivo de la personalidad jurídica, si bien la actuación a nombre colectivo es un dato fundamental de la determinación de la existencia de una sociedad en una relación participativa. Dentro del sistema argentino, ratificado por ley 22363 (Capítulo II De las designaciones art.27 y ss.), el nombre constituye una propiedad y se adquiere con su uso por el ente mismo, no por la técnica jurídica personificación, pudiendo oponerse a la pretensión de otro sujeto de identificarse con similar designación.

Es el ente el que para individualizarse adquiere específicamente el derecho al nombre y la sede, la legitimación procesal activa y pasiva o autonomía procesal<sup>92</sup>.

### VIII. 2. c. Limitación de responsabilidad

Así como nombre, domicilio y órganos corresponden a una estructura específica, la limitación de responsabilidad también corresponde a ella.

---

JOSÉ DOMINGO *Empresa Jurídica y realidad económica* en V Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho, Anales de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba t.XXV p.65 y ss.,a pág.67 en torno al "buque". ANAYA, JAIME L. *Sociedad en formación y personalidad jurídica* comentario al fallo de la Corte Suprema del 26 de abril de 1988 en Telecor S.A. c/Provincia de Catamarca, en Rev.El Derecho diario del 30 de agosto de 1988, y NISSEN, RICARDO A. *Sociedades en formación. Personalidad jurídica. Oponibilidad del contrato y funcionamiento de sus órganos* en Errepar "Doctrina societaria y concursal" actualización del 17.3.89 tomo I p.253. No obstante que aparecería con una posición negativista de la personalidad de las sociedades en formación, anticipamos que -a nuestro entender- la Corte afirma el recurso técnico de la personalidad en beneficio de terceros (Considerando 8 del fallo indicado). Incluso la Corte Suprema de Buenos Aires le ha reconocido efectos anteriores a la propia constitución de la sociedad en formación: RICHARD, EFRAÍN HUGO *Sociedad en gestación: su calificación jurídica*, en Abeledo Perrot Buenos Aires Noviembre 2008, n° 11 p. 1243, jurisprudencia anotada.

<sup>89</sup> El derecho no será más de libre disponibilidad de cada titular, sino por parte de todos, por lo que las decisiones acerca del destino de un bien concreto deben adoptarse por unanimidad si no se hubiere pactado otro sistema en el contrato asociativo. En caso de falta de unanimidad la mayoría debería reclamar al Juez la autorización.

<sup>90</sup> URÍA, RODRIGO "Derecho Mercantil" Madrid 1958 p. 99.

<sup>91</sup> RICHARD, EFRAÍN HUGO *Notas en torno al concepto clásico de domicilio* en "Boletín de Seminario" Tomo III diciembre 1952 Santa Fe Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales Universidad Nacional del Litoral Pág. 293 y ss..

<sup>92</sup> Lo que el legislador alemán otorga para la sociedad colectiva.

La división patrimonial, aún sin estanqueidad, y la autogestión imputativa a través de representación orgánica no contractual, son elementos reveladores de la existencia de personalidad jurídica de un ente determinado, a lo que debe sumarse el necesario reconocimiento legislativo.

En ciertas legislaciones no se reconoce la personalidad sino a los entes con responsabilidad limitada de sus socios, o sea a las sociedades de capital.

El problema técnico o de política legislativa se advierte en el punto sobre la falta de personalidad jurídica de la sociedad civil en Alemania y otros países que siguen su sistema<sup>93</sup>, donde pese a existir división patrimonial se formaliza esa apreciación técnica, sin perjuicio de reconocerla como sujeto de derecho.

Es oportuno recordar a Girón Tena, cuando afirma al referirse a los antecedentes del derecho comparado "Creemos que tiene un interés escaso fuera de su país, el gran esfuerzo, en el que participan muchos mercantilistas italianos, acerca de si los textos concretos del Codice Civile permiten generalizar la personalidad para todos los tipos de sociedad -tendencia que continuaría la posición de la doctrina precedente a aquel cuerpo legal- o si, por el contrario, obligan a distinguir principalmente entre sociedades de personas y de capitales -con lo que se coincidiría con la orientación alemana...". Se trata de un problema normológico o del derecho positivo de cada país.

La responsabilidad limitada de los socios no debe ser confundido con el principio de la división patrimonial entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios, a pesar de que en algunos sistemas como en el alemán, ambas características, en la regla, se presentan en forma simultánea, como no ocurre en la legislación argentina.

-----

Hasta aquí nueva visión con vocación universalista al margen de las soluciones normativas nacionales a que queda sujeto el reconocimiento de personalidad jurídica y su nacimiento, pero reconociendo que el tema se sigue debatiendo en diversos aspectos y efectos derivados de cada concepción nacional, sin descartar las posiciones dogmáticas.

---

<sup>93</sup> SCHLÚTER, WILFRED Y MOEREMANN, DANIEL F. *Derecho societario alemán. La sociedad civil (BGB-G)* en RDCO año 25, Nos. 149/50 p. 705 y ss..