

**LOS DERECHOS EMERGENTES DE ACTOS  
JURÍDICOS CELEBRADOS A FAVOR DE UNA  
FUTURA SOCIEDAD EN FORMACIÓN PUEDEN  
SER POSTERIORMENTE ADQUIRIDOS POR  
EL MISMO ENTE UNA VEZ CONSTITUIDO Y  
SIN NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO DEL  
DEUDOR, EN ATENCIÓN A LA CONFORMIDAD  
PRESTADA AL CELEBRAR DICHO ACTO**

POR MARIO BACIGALUP VERTIZ,  
ANDRÉS CANTELMÍ  
FRANCISCO GARDES  
MARÍA CECILIA LÓPEZ  
ANALÍA BEATRIZ PÉREZ CASSINI Y  
GUSTAVO PÉREZ

***Ponencia***

La sociedad como sujeto de derecho nace con el contrato constitutivo perfeccionado por el mero consentimiento de las partes. Desde dicha órbita, la sociedad en formación podría tener nacimiento desde ese mismo momento. No obstante ello, los derechos emergentes de actos jurídicos celebrados antes de su efectiva formación y a su favor, pueden ser posteriormente adquiridos por el mismo ente una vez constituido y sin necesidad de consentimiento del deudor, en atención a la conformidad prestada al celebrarse el acto.

***Fundamentos***

Parecería una afirmación que no necesita mayor justificación, que en Occidente la cultura jurídica en cuyas fuentes abreva nuestro Derecho, está sometida al firme control de la Razón.

Sin embargo, sobreviven aún mecanismos y actitudes que no se someten con docilidad a las reglas de la racionalidad. En este sentido, se ha hablado de los “espacios dogmáticos occidentales”.<sup>1</sup> Y uno de ellos lo encontramos en las nociones de sujeto y personalidad.

Es necesario adelantarse a aclarar que se parte de la base que no se concibe el derecho occidental (y probablemente ningún otro orden normativo coercible), sin las nociones de sujeto (base de la regulación de la personalidad jurídica) y su correlación con las nociones de contrato y propiedad.

Pero luego de formulada esta aclaración, se debe volver al análisis crítico de esta noción. Y luego de ello se advertirá rápidamente que, más allá del carácter operatorio esencial que estas nociones juegan en nuestros derechos, su contenido no ha sido invariable y está lejos de serlo.

Si nos remontamos a la antigüedad romana, encontramos que el carácter de sujeto no se reconocía universalmente a todos los seres humanos, ni siquiera a los adultos de ambos géneros. Por el contrario, ya en la primitiva Roma sólo el *paterfamilias* era *sui juris*; los demás eran *alieni juris*. Más tarde el *Digesto* (*De statu hominum*) resalta esta bipartición de categorías, cuando habla de los que sólo dependían de ellos mismos y de los que estaban sujetos a otros en términos de *libertas*. Tiempo más tarde, durante la Edad Media, particularmente durante el feudalismo, aparece una tercera categoría de sujetos: entre el señorío y la servidumbre, tenemos el vasallaje. Y luego, a medida que fue declinando el orden feudal, las dos categorías inferiores de dicha escala, se fueron a su vez perdiendo.<sup>2</sup>

Pero a partir de la Edad Media, se empieza a distinguir con una finalidad argumentativa, entre el *hombre* con cuerpo y alma (personalidad real desde el punto de vista físico y anímico) y las *corporaciones* que carecen de tales características (personalidad funcional), con el objeto de evitar que las sanciones aplicables a las ciudades (*corporaciones*), les fueran impuestas a ciudadanos inocentes. Este recurso retórico, dio origen a la noción de personalidad ficta.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Siperman, Arnoldo. *La ley romana y el mundo moderno-Juristas, científicos y una historia de la verdad*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2008, Capítulo 6, p. 159 y siguientes.

<sup>2</sup> Siperman, *ob. cit.*, ps. 176 y 177.

<sup>3</sup> Fargosi, Horacio P. “Nota sobre sociedades comerciales y personalidad jurídica”, en *La Ley*, 1988-E, p. 797.

Esa idea de "ficción" con la que nace la noción de *personalidad jurídica* se habrá de manifestar más tarde en la escuela conocida como Jurisprudencia de Conceptos, profundamente influida por el idealismo alemán,<sup>4</sup> que a su vez habrá de dejar su marca actual en la manera de tratar y de razonar sobre este concepto. El estilo argumentativo del conceptualismo, hará parecer que los juristas a veces olvidan el carácter meramente instrumental que los conceptos revisten en la ciencia jurídica, y que en cambio, bajo tales instrumentos operan con entes de existencia real.<sup>5</sup>

No resulta fácil sobreponerse de la impronta que ha dejado en nuestra cultura jurídica la discusión sobre si las personas jurídicas son mecanismos de ficción o si son entes "reales" a los que el **legislador debe reconocerle existencia**.<sup>6</sup>

No obstante que los importantes trabajos de esclarecimiento sobre los problemas del concepto de personalidad jurídica llevados a cabo por Herbert L. A. Hart y Alf Ross datan de mediados del siglo XX, por lo que no se puede decir que sean nuevos, sus consecuencias tardan en permear en nuestro ámbito. Hart<sup>7</sup> explicitó los problemas lingüísticos ocultos tras la expresión en cuestión, cuando dijo que nuestro concepto carece de *referencia semántica (counterpart)*<sup>8</sup> implica que dicha expresión no tiene correlato en cosa alguna existente. Esto no es algo anómalo, puesto que el lenguaje ordinario utiliza frecuentemente expresiones de este tipo. Sólo que la utilización de estos términos en un lenguaje técnico, exige un cuidado especial para evitar caer en situaciones confusas. Así también, el estudio de Hart aclaró el problema de la definición de *personalidad jurídica*, cuando dijo que tampoco es aplicable el método clásico de definición por

<sup>4</sup> Siperman, *ob. cit.*, p. 179.

<sup>5</sup> Le Pera, *La "naturaleza jurídica"*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1971.

<sup>6</sup> Ver la Exposición de Motivos de la Ley 19.550, cuando sostiene que con relación al problema de la personalidad jurídica ha adoptado un punto de vista intermedio entre las teorías de la ficción y de la realidad, al sostener que se la considera una "realidad jurídica".

<sup>7</sup> Hart Herbert L. A. *Definition and theory in jurisprudence*, Oxford University Press, 1953, traducción castellana de Genaro Carrió, "Definición y teoría en la ciencia jurídica", en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 93 y siguientes.

<sup>8</sup> Sobre el particular ver Guibourg, Ricardo A.; Ghigliani, Alejandro M. y Guarinoni, Ricardo V. *Introducción al conocimiento jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1984 (1ª reimpression), parágrafo 1.4.4., ps. 56 a 60.

“género próximo y diferencia específica”, puesto que cuando se pretende definir el *género superior* no existen otros conceptos en término de los cuales definir a éste.<sup>9</sup> En consecuencia, sólo puede recurrirse a un tipo de “definición” no verbal, de tipo ostensivo,<sup>10</sup> que nos ilustre en el contexto de su utilización, acerca del uso del término. De la aplicación de dicho análisis al concepto de *persona jurídica*, dice Hart, se puede concluir que la forma en que los juristas utilizan esta expresión, es una manera de condensar una idea que de otra forma requeriría una larga exposición, que no tiene otro alcance que correlacionar ciertos hechos con ciertas consecuencias jurídicas, sin que dicha expresión tenga correlato fáctico alguno.<sup>11</sup> Generalmente, el uso habitual de dicha expresión alude a situaciones en las que se verifica algún tipo de separación patrimonial.<sup>12</sup>

Estas ideas sin duda influyeron en el *Proyecto de Código Civil* elaborado por la “Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación” en 1987. En su artículo 34 inciso 5, establece que “... la medida y modalidades de la separación patrimonial de una persona jurídica es la que resulta en cada caso de la ley”.

Por su parte, las Notas Explicativas de dicho proyecto, Capítulo II, apartado C (sobre las reformas en particular), punto 2, agregan:

“Si casos tan variados son considerados ‘sujetos de derecho’ (‘persona jurídica’), es claro que no todas las personas jurídicas son iguales. En los casos mencionados ellas son sociedades colectivas, de responsabilidad limitada, anónimas, consorcio de copropietarios, y están sujetas a las reglas legislativas propias de la figura de que se trate. La Reforma optó por no trazar con total definición la línea demarcatoria de la expresión “persona jurídica”, dejando así al intérprete un ámbito de decisión que usará teniendo en cuenta los propósitos de la clasificación y sus consecuencias”.

<sup>9</sup> Hart, *ob. cit.* parágrafo III, ps. 110 y siguientes.

<sup>10</sup> Sobre esta clase de definición ver Guibourg y otros, *Introducción al conocimiento jurídico*, Astrea, parágrafo 1.4.9.1., ps. 74 y sigs.

<sup>11</sup> Sobre el particular, ver Alf Ross, *Tu-Tu*, Harvard, Law Review Association, traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, ps. 22 a 38.

<sup>12</sup> Vernengo, Roberto, *Curso de Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1972, 2ª edición, primera reimpresión, 1985, p. 276.

La reflexión sobre el estado de la discusión sobre el concepto de *personalidad jurídica*, tuvo por objeto traer al foco de la atención la idea de la variabilidad del contenido que a lo largo del tiempo se la ha atribuido a este esquivo –pero a la vez insustituible– instrumento.

Con esta noción en mente, traeremos a colación un fallo dictado por la Suprema Corte de Buenos Aires causa C. 90.740, “Alcázar Construcciones S.A. Incidente de revisión” del 2 de julio de 2008, que trae nuevamente al debate el problema del comienzo del sujeto de derecho en las sociedades comerciales, y sus efectos en el tiempo. Esto trae a colación temas como el momento de inicio de dicha personalidad, si ésta puede tener efecto retroactivo, qué prueba es necesaria para acreditar la existencia de una sociedad de hecho, o si es posible realizar una regularización societaria sin recurrir el procedimiento previsto en la Ley de Sociedades Comerciales.

Nuestra legislación societaria da cuenta de tres situaciones posibles referidas al nacimiento de un ente societario que implique un sujeto de derecho con personalidad jurídica diferenciada de sus integrantes.

La primera de ellas es que exista un acuerdo de voluntades expreso en virtud del cual se haya redactado y suscripto un contrato social, obviando posteriormente la registración del mismo, o algún otro tipo de requisito formal. En este caso, estaríamos frente a una sociedad irregular.

La segunda opción es que exista un acuerdo de voluntades expreso en virtud del cual se haya redactado y suscripto un contrato social y que se proceda a su inscripción en el Registro Público de Comercio, en cuyo caso se recorrerá el *iter constitutivo* hasta transformarse en una sociedad regular. Durante el citado *iter*, estaremos en presencia de una sociedad en formación.

La tercera situación se presenta ante la existencia y funcionamiento en la realidad económica de los elementos esenciales que hacen a la existencia de una sociedad comercial, obviándose todo instrumento escrito. En éste último caso estaremos ante una sociedad de hecho.

El rasgo común que presentan el primero y el tercer supuesto antes mencionado es que los dos constituyen presupuestos básicos y necesarios para poder aplicar el sistema de regularización societaria normado en el artículo 22 de la Ley de Sociedades Comerciales. El segundo caso, es decir la sociedad en formación, solo podría derivar en la regularización societaria en el supuesto en que se abandone el *iter constitutivo*, en cuyo

caso se aplicaría el régimen de los artículos 21 y siguientes de la Ley 19.550.

El voto mayoritario del fallo en análisis concluye que se está ante una regularización societaria de acuerdo a lo normado por el artículo precitado. A continuación, analizaremos en cuál de los tres supuestos se encuadra la sociedad Alcázar Construcciones S.A. al momento en que el Sr. Castaño suscribió un boleto de compraventa el día 20 de octubre de 2004, si es que se encuadraba en alguno de ellos.

El análisis del primero de los supuestos en relación con el fallo que se trata resulta sencillo, pues ninguna de las partes alega la firma de un contrato social con anterioridad a la suscripción del boleto de compraventa. Tampoco, los jueces de ninguna de las instancias hacen referencia a este supuesto, por lo que se descarta que estemos ante una sociedad irregular, que luego de la suscripción del boleto de compraventa procede a su regularización.

El segundo de los supuestos planteados, es decir, el de la existencia de una sociedad en formación es el que aborda la Dra. Kogan y sobre el que basa su decisorio. La Ministra expresa que la Suprema Corte tiene dicho que "... la sociedad anónima definitivamente constituida, proyecta hacia el pasado su regularidad y puede prevalecerse de los negocios celebrados en su nombre por los fundadores durante el período formativo..."

Ahora bien, la pregunta que se impone es: ¿cuándo comienza el período formativo? Esto encuentra una respuesta concreta y acorde a la legislación vigente en el mismo fallo, cuando el Dr. Hitters citando al Dr. Nissen, manifiesta que "... dicho status provisorio sólo puede considerarse iniciado con la celebración del contrato constitutivo..."

En los autos referidos "la constitución del contrato social fue por instrumento público" el 1 de noviembre de 1994; es decir, que al momento de la realización del acto jurídico cuya imputación a la sociedad se trata, no existía un contrato constitutivo por escrito, y mucho menos rubricado por las partes. Esto no fue materia controvertida y así fue reconocido por las partes. Pero la pregunta es si ello implica la inexistencia del sujeto de derecho, al momento de la celebración de la promesa de venta, o si ello es necesario para su imputación posterior.

Podríamos arribar a la conclusión de que no estamos en presencia de una sociedad en formación, dado que la misma exigiría como presupuesto la suscripción de un contrato y su posterior presentación a registración. En el caso analizado no

se presentaría el primero de los presupuestos, por lo que el segundo sería de imposible concreción.

Cabe aclarar que de haberse comenzado la actividad comercial sin previa suscripción de contrato alguno, nos encontraríamos ante una sociedad de hecho, hipótesis que analizaremos a continuación como tercer y último supuesto.

El análisis de la existencia de una sociedad de hecho preexistente a la suscripción del contrato constitutivo de Alcázar Construcciones S.A. se torna un tanto más complejo dado que ante la falta como presupuesto de un contrato escrito como requisito para su configuración (cuestión que se planteaba en los anteriores dos casos), es necesario el análisis de la realidad comercial y situación de las partes antes de la firma del boleto por parte del Sr. Castaño.

Si bien durante la vigencia del antiguo Código de Comercio se negaba la personalidad jurídica a las sociedades de hecho, desde el dictado de la Ley 19.550 la Exposición de Motivos ha sido categórica en el reconocimiento de la misma a esta clase de entes y esto ha dejado de ser motivo de discrepancias.

Ahora bien, para considerar la existencia de una sociedad de hecho, la jurisprudencia y doctrina ha hecho hincapié en la faz probatoria, para determinar o no dicha existencia. A este respecto el Dr. Nissen expresa: "Cabe concluir que lo expuesto en materia de amplitud de la prueba, no implica que, en concreto, cualquiera sea apta para dar por probada aquella situación (sociedad de hecho); debe tratarse de una prueba convincente e idónea, imponiéndose analizar las probanzas aportadas a fin de apreciar si de su conjunto surge un serio poder de convicción que autorice a admitir la existencia de una sociedad de hecho."

El voto del Dr. Hitters, cuyos argumentos son acogidos por los restantes jueces salvo la Dra. Kogan, parte de una premisa: la existencia de una sociedad de hecho. Para acreditar la existencia de la sociedad de hecho se debe probar que se está ante una situación en la cual existen socios que han realizado aportes, los han aplicado a la producción o intercambio de bienes y servicios, han participado en las ganancias y/o pérdidas que la actividad arroja, es decir, probar los extremos del artículo 1° de la Ley de Sociedades Comerciales. Lógicamente, se obvia el requisito de organización de acuerdo a uno de los tipos legales.

Es de destacar que en el fallo en cuestión no hace referencia a la prueba de estos extremos ni de ningún otro que acredite la existencia de esta supuesta sociedad de hecho que se pretende

“regularizar”. Es decir, los jueces infieren la existencia de la sociedad de hecho de las declaraciones que realiza el Sr. Castaño al momento de la suscripción del boleto de compra venta. Este razonamiento se aparta de la doctrina y jurisprudencia imperante respecto de la prueba de las sociedades de hecho, e insinúa un criterio que va más allá seguramente de la intención del fallo.

Recién con la acreditación fehaciente de la existencia de la sociedad de hecho, podría citarse la teoría adoptada por nuestra Ley de Sociedades Comerciales, referida a la identidad y continuidad del ente regularizado respecto del irregular o de hecho preexistente. Pero esto tendría que recorrer el siguiente razonamiento que según nuestra legislación societaria consistente en los siguientes estadios ineludible: a) Existencia de un ente a regularizar; b) Regularización del mismo por el artículo 22 LSC; c) Imputación al ente regularizado de los actos realizados por el ente que se regulariza.

Creemos que el voto de la mayoría en cuyos fundamentos se sustenta el decisorio no cumple el primero de los pasos precitados y, por ende, tampoco los restantes.

Nótese que el voto referenciado tiene sustento normativo en la violación del artículo 22 de la LSC expresando que el mismo resulta una manifestación del principio de conservación de la empresa. Párrafo siguiente se expresa, finalmente, “... que al mes de la suscripción del boleto de compraventa (20 de octubre de 1994, protocolizado al día siguiente), la sociedad para la cual el señor Castaño adquirió el inmueble cuya escrituración se reclama, ya había adoptado uno de los tipos previstos en la ley, concretando la inscripción respectiva (21 de diciembre de 1994).” Mediante esta afirmación se asevera que al momento de la firma del boleto de compraventa no existía contrato de constitución societaria suscrito, motivo por el cual se encuadra la situación como “sociedad de hecho”, pero no cita más que la manifestación del Sr. Castaño para sustentar la existencia de algo tan complejo como es una sociedad de hecho.

### **Conclusiones**

Lo hasta aquí expuesto pone de manifiesto, cómo las dificultades mencionadas acerca de las nociones de personalidad jurídica y sujeto de derecho, así como los estrechos límites que deja la legislación societaria para el funcionamiento de negocios



asociativos no instrumentados como sociedades regulares, hacen dificultosa la fundamentación de una solución acertada y compartida, como la arribada por la Corte en el citado caso "Alcázar Construcciones".

Creemos que será más fácil situarnos en una posición en la que el problema del llamado *iter constitutivo* de las sociedades comerciales, no tenga la importancia crucial que en algún momento se le otorgó. Si cuando los juristas dicen que un determinado mecanismo técnico jurídico (una sociedad comercial, por caso) constituye una persona jurídica, están diciendo de una manera abreviada (como lo advirtió Hart), que debajo de dicho mecanismo existe un *patrimonio* separado para ciertos efectos. Y en la creación de dicho mecanismo, no interviene sino la voluntad de las partes, en la medida que cumplan con los requisitos de un cierto marco normativo (artículo 31 del Código Civil).

Y cuando la Ley de Sociedades Comerciales establece los requisitos de constitución de una sociedad (lo que implica formar con los bienes aportados un *patrimonio* autónomo), no tiene en consideración intereses que afecten principalmente a la comunidad, sino fundamentalmente los de las partes que concurren a la utilización de dicho mecanismo.

Estas cuestiones traen a la memoria un comentario que tuvo lugar hace ya más de 30 años, pero que mantiene plena vigencia:

"Si en el mundo de mediados de siglo XIX la constitución de una sociedad por acciones era un asunto de importancia institucional, en la cercanía del siglo XXI es un asunto de rutina en el que, salvo el caso de oferta pública, sólo tienen interés sus integrantes.

"La LSC considera haber pasado en materia de constitución de sociedades anónimas del sistema de 'autorización' o patentes reales al sistema 'normativo', pero no eliminó ninguna de las instancias que el monarca más celoso pudo establecer para control del acto constitutivo...

"Si la indagación sobre si el objeto es o no contrario 'al interés público' ya no existe, ¿cuál es el propósito de la intervención administrativa y, en general, del largo trámite conocido como 'iter constitutivo'? El único objeto que se me ocurre tiene esa intervención es el de vigilar que los estatutos 'estén bien'; que no haya cláusulas 'nulas', o falten 'elementos tipificantes' (por ejemplo, que el capital de una sociedad anónima no esté dividido en acciones) y que el capital esté integrado... Por qué razón reglas que desde hace dos mil años sirven para tratar cláusulas

y convenciones nulas en todo el sistema de derecho privado (y de derecho público) parecen insuficientes en materia de sociedades no me resulta claro. El titular de cuantiosa fortuna con herederos forzosos puede disponer de más allá de su porción disponible, y para ello hay remedios que no implican un despliegue, un esfuerzo y una demora semejantes. Puede transferirse un paquete accionario con cláusulas de reventa, retroventa o condición resolutoria, lo que a estar al Código Civil no podría hacerse y si se hace es nulo, y sin embargo estas transacciones no pasan por los múltiples filtros antes descritos.

“La constitución de una sociedad es un asunto de quienes la forman y éstos, quienes resuelvan comprar sus acciones y quienes den crédito a la sociedad... El mantenimiento de todas las instancias propias de un sistema de patentes o cartas reales tiene varias consecuencias de las cuales una, y no la menos importante, es aumentar el generalizado sufrimiento nacional por razón de ‘trámite’, el que no disminuye ni crece en jerarquía científica porque se lo nombre en latín (‘iter constitutivo’)”.<sup>13</sup>

Por lo tanto, y dado que se concuerda plenamente con la justicia de la solución del fallo, no se advierte ningún inconveniente en que, si se trata de adquirir bienes registrables para una sociedad, antes de se cumplan los requisitos legales para su constitución, la cesión de dichos bienes por parte del adquirente al sujeto constituido, se efectúe luego de que la sociedad se constituya e inscriba. Esta es una cuestión estrictamente privada entre el adquirente y la sociedad. Al menos en el caso no aparecen involucrados intereses de terceros. Nos parece que el intérprete habrá de encontrar criterios más fecundos en las reglas de la cesión de créditos, y/o eventualmente de mandato, que transitar por el espinoso camino de la sociedad en formación<sup>14</sup> o la de sociedad de hecho.

Por otra parte, si bien no es técnicamente apropiado encuadrar el caso que consideramos como una *sociedad en formación*

<sup>13</sup> Le Pera, Sergio. “Principio y Dogma en la Ley de Sociedades Comerciales”, publicado en *La Ley*, 1980-A-745 y como anexo en la obra del mismo autor, *Joint Venture y Sociedad*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1986, ps. 259/60.

<sup>14</sup> Así, el Dr. Raúl A Etcheverry sostuvo que las sociedades en formación “no son ni de hecho ni irregulares ni tampoco regulares, lo que está en formación es su regularidad, el camino formal hacia un tipo regular, después de un acto constitutivo (escrito o no) originario, el cual genera la sociedad (y la persona de derecho) si sus elementos esenciales aparecen configurándola”. Etcheverry, Raúl A. *Sociedad irregulares y de hecho*. Buenos Aires, Astrea, 1982.

al momento del boleto (toda vez que a ese momento no había contrato), se le puede dar a esta expresión no un sentido "instrumental", sino "funcional". Es evidente que el proceso de constitución de una sociedad tiene una historia previa al momento de la firma de los documentos formales.<sup>15</sup> Vistas así las cosas, por aplicación del artículo 36 parte 2da de la Ley de Sociedades Comerciales, la sociedad en formación, antes de la celebración del contrato social deriva sus efectos a la esfera de la sociedad luego constituida, "pues si bien esta norma se refiere a la responsabilidad de los socios por actos anteriores a la celebración del contrato social, se reconoce que las actuaciones de los mismos puede ser "por cuenta de la sociedad", aunque se trata en esos momentos de una persona aún nonata, lo que no impide que una vez creada, ésta asuma las consecuencias de lo actos cumplidos en su interés"<sup>16</sup>. Inclusive, una vez inscrita la sociedad, ésta podría asumir los actos no expresamente autorizados, sin que haya lugar a oposición del promitente de venta, desde que aceptó la promesa de venta a favor de una sociedad en formación (o futura) representada por el Sr. Castaño. Cabe tener por cierto que en el caso "Alcázar" la adquisición del inmueble por fue aceptada por la Sociedad en cuestión, puesto que según se lee en el fallo, ésta registró contablemente en sus libros tal operación.

"Si bien para estos actos no existe imputación original a la persona societaria, quienes los realizan obran en interés de esta, comprometiendo tácitamente la ratificación de la misma a través de su propia responsabilidad directa frente al cocontratante, y sin que resulte obstáculo para ello la circunstancia de que al momento de celebrarse el negocio la sociedad no goce aun de personalidad a esos efectos".<sup>17</sup>

El análisis del negocio jurídico celebrado por el Sr. Castagno, sobre el cual no se detuvo el fallo "Alcázar", fue sin duda una compra venta conforme al artículo 1323 del Código Civil, de un inmueble, por boleto celebrado a favor de una sociedad que todavía no se había constituido. Por ello, uno de los otorgantes debió intervenir en carácter de mandatario de la sociedad a

<sup>15</sup> Richard, Efrain H., "Sociedad en gestación: su calificación jurídica", en APBA 2008-11-1243, y Abeledo Perrot On Line, Lexis N° 0003/800624.

<sup>16</sup> Castagnet, Claudio A. "El periodo constitutivo de las sociedades comerciales en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires", LNBA 2007-3-247.

<sup>17</sup> Castagnet, Claudio A. *Ob. Cit.*

constituirse. Ello permite calificar al Sr. Castaño como un representante *alieno nomine*, es decir por cuenta ajena, existiendo una representación activa en el sentido de que el representante (mandatario en el caso) por su propia voluntad realiza el negocio y es el emitente de esa voluntad. Pero aquí se agrega la dificultad de que los efectos normales de la representación (que recaen siempre sobre el representado y nunca en la órbita de los intereses jurídicos del representante<sup>18</sup>), tienen una peculiaridad: que el representado era una sociedad a constituirse (lo cual había sido expresamente mencionado en el boleto de compra y venta).

Creemos que no hay dudas acerca de que el adquirente, "mandatario", manifestó que no compraba por cuenta propia, que su intención, era la de comprar el inmueble para ser integrado al patrimonio de otro. En este punto cabe considerar, si el negocio jurídico realizado, puede tomarse como una compraventa con la obligación condicional de que el sujeto sociedad se constituya formalmente y así surjan los efectos queridos por el contratante. En el caso, el nacimiento de la persona jurídica sociedad, era necesario para que el negocio realizado surta efectos plenos y ello porque el adquirente, invocó un mandato cuya vigencia dependía de ese acontecimiento.

Por otro lado la declaración de voluntad, entendida como la objetivación y exteriorización del pensamiento<sup>19</sup>, estuvo dirigida a la transmisión de la propiedad del inmueble de un sujeto a otro. Un sujeto que no era el que adquiriría, sino otro distinto, esto es, la sociedad que se constituiría. De ello tenía conocimiento el enajenante y dirigió su voluntad a la concreción del desprendimiento de la propiedad sobre una cosa integrante de su patrimonio.

Si bien en el boleto se dijo que se adquiriría para una sociedad en formación, lo cual no era correcto, no obsta a descubrir lo deseado por las partes, que fue la efectiva venta para una persona jurídica, aunque no constituida aún.

<sup>18</sup> Rubén H. Compagnucci de Caso, *El Negocio Jurídico*, cuya cita expresa: "Esta es una de esas verdades relativas, porque la representación no es sólo patrimonio del derecho privado, sino también del derecho público. El ejemplo constitucional de los diputados de la Nación como 'representantes' del pueblo (artículo 37 de la Constitución Nacional) es clarificador.

<sup>19</sup> Borda, *Tratado. Parte General*, Tomo II, p. 81, N° 824; Messeineo, *Manual*, Tomo II, p. 332, N° 33; Orgaz, Alfredo. "El Concepto de acto jurídico", en *Estudios de Derecho Civil*, p. 127, citados por Citado por Rubén H. Compagnucci de Caso, *El Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Astrea, p. 40.

El haberse conformado la sociedad anónima *a posteriori* concluyó la condición –a nuestro entender, tácita– en cuanto a que: “Si la sociedad nacía, el negocio tomaba validez y por ende también el mandato”.

Ello parecería sugerir que el mandato (contrato) puede constituirse con la voluntad de una sola persona, pero lo cierto es que las condiciones (tácitas) también pueden ser complejas si los hechos son múltiples<sup>20</sup>. Tampoco se ve impedimento alguno para considerar que un solo acontecimiento, torne válidos varios hechos sujetos a esa condición. Y en este sentido, el nacimiento de la sociedad anónima no solo hace efectiva la adquisición del inmueble por boleto a su nombre, sino que además le da validez al mandato invocado por el adquirente, pues al momento de demandar la escrituración del inmueble, ratifica la actuación del intermediario.

Entendemos que el propósito del desplazamiento patrimonial fue el desprenderse del inmueble, no para que el bien sea incluido en el patrimonio del Sr. Castaño, sino de la sociedad que se construiría posteriormente. Así lo entendieron las partes y sobre esa base realizaron el negocio jurídico.

En suma, el problema de la imputabilidad de las consecuencias del negocio compraventa a un patrimonio (sujeto) distinto del que concurrió a la celebración del acto, es una cuestión que debe ser juzgada con un criterio amplio, que trate de reconocer la voluntad de las partes, en tanto no afecten a terceros. Para ello, existen distintos enfoques y argumentaciones posibles. Incluso es posible recurrir al argumento de que el sujeto de derecho propiamente dicho “se creó” con anterioridad a la rúbrica del contrato constitutivo por instrumento público, desde que la personalidad del ente colectivo depende de la voluntad de las personas<sup>21</sup> que lo conforman.

<sup>20</sup> A esta última observación se le dan diferentes denominaciones, Cazeaux las llama “múltiples”, Colmo: “hechos alternativos o conjuntivos”, y Abaladejo “Simples y compuesto”. Citados por Rubén H. Compagnucci de Caso. *El Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Astrea, p. 451.

<sup>21</sup> (Conforme criterio Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22 de noviembre de 1991, “Comunidad Homosexual Argentina contra Resolución Inspección General de Justicia sobre Personas Jurídicas”, fallo 314:1531.