

# **SOCIEDAD Y PERSONALIDAD JURÍDICA**

## **APROXIMACIÓN AL SUJETO JURÍDICO**

### **DIFERENCIADO**

**FRANCISCO JOSÉ CERVINI**

#### **CONCLUSIONES**

1. La “personalización” de la sociedad como ente colectivo, permite la mediatización de efectos patrimoniales y la consiguiente elusión de los mismos respecto del sujeto individual-persona física.
2. Bajo la teoría de la realidad jurídica y en tanto se conciba la personalidad como una técnica, la ley derechamente puede regular efectos patrimoniales que se asemejen a los de las personas físicas en su encarnadura patrimonial, sin la exigencia de que se constituyan personas jurídicas a ese propósito.
3. La personalidad jurídica es un tecnicismo posible, pero no necesario ni único para permitir efectos diferenciales en el campo de la imputación patrimonial.

La materia societaria presenta en la actualidad algunos problemas de tratamiento común, impuestos algunas veces por la poca clara regulación de ciertos efectos dentro de la propia ley de sociedades que plantea recurrentemente el fenómeno asociativo desde el punto de mira de la personalidad jurídica.

Voy a centrarme ahora en algunas ideas que expongo con el propósito de que sirvan de acicate para su crítica o como estímulo para su discusión.

Adelanto que ahorraré citas, fundamentalmente porque se mostrarían ociosas frente a especialistas, y que omitiré referencias legales que de igual modo daré por sabidas.

Así dispuestos, el primero de los fenómenos que salta a nuestra vista es el carácter **de persona** que se otorga por la ley a nuestra figura. Se dice, ya desde el art. 33, Ap. 2º, Inc. 2º del Cód. Civil según texto ordenado por la ley 17.711, que la sociedad es una persona jurídica o bien que la sociedad comercial típica es un sujeto de derecho (art. 2º ley 19.550). Aquí surge toda una definición y una dificultad, dificultad ésta (persona jurídica-sujeto de derecho) que superaremos por ahora sin ahondar en ella.

Esto, que hoy parece claro, es sin embargo mérito de una incasable puja de la doctrina y la jurisprudencia para establecer el carácter de "persona jurídica" de las sociedades civiles y comerciales.

Vélez, con esa acostumbrada autoridad que, acaso, le permitía citar una fuente sin honrarla, al legislar sobre las personas jurídicas en sus arts. 32 y sigts. del Cód. Civil, se apartó de Freitas.

El legislador brasileño había establecido en su esbozo una clasificación de personas más flexible, más completa y más comprensiva que la que tradujo mal Vélez Sarsfield. En efecto, mientras nuestro legislador diferenciaba a las personas de existencia visible de las personas de existencia ideal, reservaba para esta última categoría las subdivisiones de personas de existencia posible y las personas de existencia necesaria. Estas últimas a su vez, eran el estado nacional, las provincias, las entidades autárquicas, la iglesia, etc, vale decir, todas personas que hoy denominamos públicas; las personas de existencia ideal, de existencia posible eran por su parte las personas que dependían de la autorización estatal para funcionar, de manera que todas aquellas que no tenían o no necesitaban de dicha autorización (simples asociaciones civiles o religiosas, o comerciales según el objeto de su instituto), carecían de "personalidad". Ello resultaba de asimilar las personas de existencia ideal a las personas jurídicas, condicionando el número de estas últimas a las que debían o podían lograr la autorización legal para contratar.-

Freitas, en cambio, en su art. 272 también distingue las personas de existencia visible de las de existencia ideal, pero a estas últimas las divide en públicas y privadas, reservando el nombre de personas jurídicas para las públicas de existencia posible o de existencia necesaria, dentro de los que se incluían las sociedades anónimas, las en coman-

dita por acciones, las corporaciones, etc. como posibles; y como necesarias al estado, la corona, la iglesia, etc... Para las demás personas de existencia ideal reconocidas se extiende una lista que comprende las sociedades comerciales y las civiles, las herencias yacentes, la administración de negocios, el albaceazgo, las representaciones necesarias, etc.. Como vemos la "persona de existencia ideal" en Freitas tiene una latitud genérica, de la que la persona jurídica sólo constituye una especie, quedando toda una serie de posibilidades de titularización de derechos o existencia de sujetos de derecho muy amplia sin necesidad de pasar por el complejo trámite reservado para las personas jurídicas.

Luego de la reforma del año 1968, lo definitorio es que en nuestro ordenamiento se le confiere a la sociedad el carácter definitivo de persona, según hemos visto, lo que supone en la gramática del Código Civil que se le otorga la filiación de **ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones** (aptitud de actuación autónoma), según la clásica definición de Vélez del art. 30 de su Código.

Si nos situamos ante dichas definiciones la primera interrogación que surge nítida, es cuales son los alcances de este encuadramiento, cual el significado no ya literal de la tipificación como persona jurídica, sino la más profunda: que significa en puridad que una sociedad sea catalogada como persona?

Una primera respuesta desde el enfoque antropomórfico o escuela antropomórfica, es que al definir a la sociedad como persona, lo que se está diciendo es, en rigor, que se la trata "como si fuera una persona" sirviendo a este enfoque la aclaración del art. 32 cuando discrimina las personas de existencia "visible" de las personas "jurídicas" o "de existencia ideal".

La definición, entonces, sirve al momento de establecer los atributos de unas y otras, desde que fijados o determinados los atributos esenciales (naturales) de las personas "humanas", de las personas "verdaderas", de las personas de "existencia visible", se establece un patrón que luego vemos reproducido en las personas "jurídicas" en las personas de "existencia ideal", en las personas "morales".

Así nuestro legislador las dota de nombre, de domicilio, de capacidad que llama competencia, de principio y de fin, tal como si fueran pasibles de nacimiento y muerte como el hombre.

Esta teoría o doctrina, hoy prácticamente abandonada, fue, en su simplicidad, sin embargo, muy útil. Derivó en la doctrina de la "ficción", es decir en aquella que veía en el tratamiento parangonable entre ser humano y ente de existencia ideal (entidad abstracta) una pura creación ficticia, una pura ficción, es decir, no existente en el mundo de la realidad, no existente en el mundo de los sentidos. Ente

de razón, del mundo de las ideas, entonces, y no ente de realidad.

La teoría de la ficción permitió a su vez, y por ese reflejo de una persona como entidad real sobre un remedo de la razón o epifenómeno de abstracción, conferir a las personas jurídicas un tratamiento análogo que el reservado a las personas físicas, al hombre.

La criatura, sin embargo, prontamente superó a su creador. Se convirtió en una herramienta maleable que abrió la compuerta a un tratamiento posible de lo imposible, vale decir, al crear junto al hombre y por el hombre un ente a su semejanza permitió que sus acciones o los efectos de sus acciones se duplicaran; que lo hecho por el hombre, bajo ciertas circunstancias o en ciertas y determinadas situaciones, no le fuese directamente imputado al hombre, sino al ente ideal, incluso en aspectos cuyas implicancias iban a tener una importancia radical, como es el aspecto económico o patrimonial de sus acciones.

La sociedad entonces, y bajo la sola exigencia de ser un ente "colectivo" permitió, incluso dentro de la teoría de la "ficción", que el nuevo sujeto pudiese tener de entre todos los atributos más arriba mencionados, también el de un patrimonio. La esencia patrimonial de la sociedad permitió a su vez un doble fenómeno. Por un lado, relativizar el principio del patrimonio como "prenda común de los acreedores"; por otro, permitir que, bajo ciertas y determinadas circunstancias, como se dijo, ese atributo definido como único e inescindible de una persona en sí propia, dejara de serlo, permitiendo que un mismo individuo titularizase más de un patrimonio. La sociedad, desde este último punto de mira, se convirtió así en un instrumento de **mediatización**, interponiendo entre la persona física con su atributo único (el patrimonio prenda común) otra persona de ficción (la sociedad) también con un "patrimonio" (inicialmente capital) colectado con bienes "del patrimonio" de las personas que servían a su constitución originariamente o a su pervivencia en los supuestos de ampliación de capital e ingreso de socios.

Las consecuencias de ello se pueden apreciar perfectamente, no sólo en el campo de las proyecciones funcionales lícitas, sino en las posibilidades ilícitas que dieran lugar a toda una literatura en torno de la personalidad y el fraude.

En relación con lo primero, al no resistir la teoría de la ficción todo el desarrollo funcional posible a que diera lugar el desarrollo económico logrado merced a esa particularidad de la sociedad en un medio capitalista, generó otras teorías o lecturas del fenómeno que permitieron, a su vez, un nuevo desarrollo del derecho societario hacia horizontes que aún no podemos vislumbrar.

Epistemológicamente, asistimos a una nueva conceptualiza-

ción, o con más propiedad, a una novedosa descripción conceptual del fenómeno de la personalidad jurídica. Dicha personalidad no es ya un atributo propio del hombre como tal, y un remedo o epifenómeno del hombre real encarnado en un ente colectivo (teoría de la ficción; mediatización patrimonial), sino que pasa a ser “un centro de imputación de un haz de normas jurídicas” (Kelsen Hans, “Teoría Pura del Derecho”), un centro **consecuencial** válido exactamente del mismo modo para con el hombre considerado individualmente, que para con el hombre estimado como una parte del todo colectivo. En ambos casos decir que uno y otro tienen “personalidad” no significa otra cosa que manifestar que la ley les imputa determinadas consecuencias a su obrar patrimonial: en un caso individualmente, en otro caso colectivamente.

Desde otro ángulo, pero con la misma proyección, la teoría de la realidad jurídica, renegando de la ficción, propone que la **personalidad** (tanto del hombre cuanto del ente colectivo) es **sólo un elemento técnico de disposición de efectos jurídicos**, siendo la regulación de tales efectos o alcances patrimoniales de la actuación de entes colectivos, entre ellos fundamentalmente la sociedad, simplemente un modo de disciplinar las consecuencias de dicha actuación, imputándola, bien al individuo, bien al ente colectivo, bien a ambos; en todas las alternativas o posibilidades, sin torturar ningún concepto y sin remedar modelos, sino simplemente echando mano de ese tecnicismo que facilita (habilita) la actuación dual del individuo, distinguiéndola de acuerdo con las situaciones en que toque juzgar cada una de ellas.

Las consecuencias de este curso de acción, fundamentalmente del análisis epistemológico que propone Kelsen, son ciertamente ricas y perturbadoras.

Por un lado, al observar el fenómeno de la personalidad sin titularizarla, permite discernir la existencia de genuinos centros de imputación jurídicos aún en aquellos casos en que tales no existen por decisión expresa del legislador, vale decir, aún en los supuestos en que se les niega el carácter de **sujetos**, como son los casos de ciertas sociedades como la sociedad en participación o accidental que para nuestra ley **no es sujeto** de derecho, no obstante ser (tener) una personalidad **interna** distinta de los socios, para con los propios socios.

Lo mismo puede decirse de otras **situaciones** en las que no se encarnan sujetos propios, pero a las que se da tratamiento como si los mismos existieran, como ocurre en los contratos de colaboración empresarial que por exigencia y elección del legislador, tampoco son sujetos de derecho (art. 367, 2º apartado, ley 19.550) aunque se disciplinen efectos patrimoniales a su respecto, distintos de la actuación per-

sonal ordinaria o común de los “partícipes”, distinguible de aquella que hace a la propia finalidad de los “contratos” (art. 368, ley 19.550 según texto de la ley 22.903).-

La técnica, entonces, sirve para un objeto tanto como para su contrario: para imputar consecuencias jurídicas distintas frente a diversidad de situaciones en relación a un solo y único sujeto; o bien para establecer personas jurídicas a designio sujetándolas a la sola condición técnica de servir de centros de imputación jurídica discernibles respecto del o de los sujetos individuales que concurren a su constitución.

Las consecuencias de ello potencialmente son enormes; también sus peligros.

Lo primero que admite es el abandono de la exigencia de que un sujeto de derecho (en la formulación clásica de nuestra ley positiva) pueda ser titular de un patrimonio y de un solo patrimonio, habilitando la posibilidad de que en ciertas situaciones especiales, ese sujeto de derecho pueda apartar del patrimonio único -prenda común de los acreedores- una cierta cantidad de bienes para afectarlos a un determinado propósito, sin que se le apliquen a su respecto las reglas relativas a la agresión patrimonial indiscriminada, creando de este modo el efecto particularísimo de que los bienes en general quedan sujetos a la acción expropiatoria ordinaria, y ciertos bienes comprometidos en ese fondo especial quedan substraídos a dicha acción y sujetos solo a las acciones expropiatorias de ciertos acreedores en particular.

Esto es, en buen romance, la posibilidad de crear “patrimonios de afectación”, cuya característica no es la de carecer de sujetos, o de soportes, como algún autor ha propiciado dejando el patrimonio en el limbo sin titularización, sino simplemente **ser regulado bajo una disciplina especial que permite precisamente a sus titulares, sustraer determinados bienes a la acción -agresión- ordinaria de los acreedores.**

Algunos ejemplos del código y de las leyes, precisamente por guardar estas características, fueron equiparados por parte de la doctrina, con “sujetos de derecho”, cuando en rigor se trataba de una forma especial de titularización de efectos por sustracción del régimen ordinario o común. Tal los casos de la herencia yacente, la de las asambleas de debenturistas e incluso la de la masa de acreedores en la quiebra, que Plíner se encargara de discernir en un magnífico artículo del cual hay separata cuya lectura recomiendo (v. “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones” Año 1 Volumen I-1968), y donde devela la verdadera naturaleza de tales “situaciones” que no son sujetos de derecho.

Bajo la teoría de la realidad jurídica, pues, y en tanto se conciba la personalidad como una técnica, la ley derechamente puede regular efectos patrimoniales que se asemejan a los de las personas físicas en su encarnadura patrimonial, sin la exigencia de que se constituyan personas jurídicas.

Este es, por lo demás, el camino adoptado por el reformador, al dictar la ley 22.903 de reforma a la LSC. cuando incorporó los contratos de colaboración empresaria a quienes les niega el carácter de sujetos de derecho, pero habilita la constitución de un fondo operativo, que se compone de “contribuciones” de los “partícipes” y que se sustrae del régimen común del patrimonio-prenda, dándosele un tratamiento en que los bienes objeto de la afectación solo pueden ser agredidos por los acreedores “de dicho fondo” queriendo con ello expresarse, “constituidos en función de dicho fondo” o de dicha operatoria especial”.

Así, apreciamos que según estas reglas, sin ser personas, ni sujetos de derecho, los contratos de colaboración empresaria suponen aptitud de **gestión patrimonial**, queriendo con ello expresar que bajo un régimen especial de administración se constituye un **condominio especial** que no se sujeta a las reglas comunes del condominio del Cód. Civil (arts. 2673 y sigts.), ni en cuanto a su constitución, ni en cuanto a su administración, ni en cuanto a su duración, ni, lo que es más importante, a su régimen de ejecutabilidad, ya que queda sustraído a la agresión de los acreedores comunes de los “partícipes” para poder ser expropiado sólo por los acreedores afectados a la operatoria del contrato de colaboración. Como vemos, ya la necesaria mediatización a la que aludíamos como única posibilidad o alternativa para sustraer al patrimonio-prenda de los efectos de la agresión patrimonial de los acreedores particulares, que era la constitución de una sociedad con patrimonio propio (persona jurídica-sujeto de actuación autónomo), deja de ser necesaria. Los autores de la ley 22.903 de reformas tan criticados en su momento por darnos una “sociedad sin sociedad” o un “sujeto sin sujeto”, aparecen validados ahora, bajo la premisa de que, en tanto tecnicismo jurídico, la variable de afectación de bienes no requiere del recaudo indispensable de la **personalización** para lograr análogos efectos, bastando con disciplinar dichos efectos en forma especial sin crear un nuevo sujeto de derecho.

La personalidad jurídica es entonces un tecnicismo **posible** pero no **necesario** ni **único** para validar efectos diferenciales en el campo de la imputación patrimonial.

Esto que digo posibilita una serie de precisiones y derivaciones en los más diversos ámbitos. Vamos a verlo funcionar no sólo en el

campo de los contratos de colaboración empresaria sino en el de los efectos tributarios frente a situaciones especiales que en apariencia se resisten a ser distinguidos como sujetos diferenciados y que sin embargo son tratados como si estuvieran frente a más de un sujeto, cuando en rigor estamos simplemente frente a más de una situación. Tecnicismo jurídico siempre, técnica de imputación de efectos siempre.

¿Y cual es el efecto práctico de este tratamiento de la personalidad ?

No es otro, sustancialmente, que el de permitir la discriminación de acreedores y la ruptura por ende, del principio imputatorio común asentado en la institución del patrimonio-prenda común.

Así como la sociedad frente a nuestro régimen clásico se mostró como **el único medio** de sustraer a la acción de los acreedores ciertos bienes **capitalizándolos en el nuevo sujeto de derecho creado** (formación del capital social del nuevo ente; persona: sujeto jurídico diferenciado), la técnica permite también sustraer ciertos bienes de la acción común de los acreedores sin necesidad de recurrir a la nueva personalización de un sujeto que los titularice, bastando a tal efecto una determinación jurídica precisa que discipline tal **“situación”**.

Corolario de ello, es que ahora existe dentro de nuestro ordenamiento, el sujeto de derecho individual: persona propiamente, hombre con atributo de patrimonio individual también sujeto a la normativa ordinaria. El sujeto de derecho colectivo: sociedad, asociación: personas jurídicas con capital y patrimonio también sujetas a las reglas de agresión patrimonial ordinarias (sin interesar aquí que conforme al tipo o situación especial la agresión patrimonial pueda alcanzar al patrimonio individual de los socios). Y, por último, las situaciones especiales, de naturaleza contractual, en que tanto unos y otros (el ser individual y el colectivo) comprometen ciertos bienes y los afectan a una situación u operatoria especial, sustrayéndolos a la acción de sus acreedores comunes mientras dure el estado especial de indivisión (afectación).

Queda abierta la puerta para la sociedad de un solo socio, que no es sino un patrimonio de afectación, como lo es, a mi modo de ver, el caso en que una sociedad de dos se remita a un solo socio por muerte del otro socio y durante el tiempo intermedio de regularización o disolución.

Puede apreciarse que, en definitiva, todos estos tecnicismos, lo que establecen en puridad es un modo de tratamiento del concurso de acreedores, no empleado el término en su sentido estricto propio del derecho falimentario, sino de concurrencia lata de acreedores sobre una hacienda detrás de la cual **necesariamente existe un individuo,**



**una persona, un sujeto.** De lo que se trata es de que, ya sea formando una hacienda especial mediante la constitución de un ente colectivo, ya fuere sustrayendo bienes para afectarlos a un régimen especial, se procura que bienes pertenecientes a una determinada persona, no puedan ser perseguidos por sus acreedores individuales en ejecución de su prenda común, distinguiéndose entonces, los acreedores individuales de los socios, de los acreedores sociales, y de los acreedores especiales, en este último caso, los acreedores del fondo común operativo.

Se dirá que no es exactamente así desde que los acreedores individuales del socio en las sociedades de capital, pueden cobrarse de las acciones o cuotas; vale: pero con la aclaración de que, en rigor, la técnica de la mediatización patrimonial por la creación de sujetos distintos de los constituyentes, se dirige siempre a la discriminación de patrimonios -y por ende, de acreedores- desde que en primera lectura aún las sociedades de capital nacieron como "anónimas", aunque el apetito fiscal o el afán de perseguir a quien pretende sustraerse a las obligaciones que gravan el ente, haya impuesto el fin del anonimato. De ese modo, los acreedores individuales del socio pueden perseguirlo en su interés social representado por sus acciones o cuotas de interés siempre a condición de conocer su existencia, posibilidad que no remite el fenómeno básico: cualquiera sea el tipo por principio lo que rige es la discriminación entre el patrimonio individual del socio (dentro del cual se encuentran las acciones "cosas") y el patrimonio social del ente conformado y, con ello, la diferenciación entre acreedores de uno y otro.-

La segunda lectura que permite el fenómeno asociativo, sobre todo a través de la aplicación de la teoría de la realidad jurídica como explicación de la existencia de "personas órganos", es la relativa al uso indebido de la personalidad, uso abusivo o uso desviado de la personalidad societaria para encubrir o posibilitar la violación de la ley o simplemente para ocultar detrás de su fachada una realidad económica distinta de la real.

Es bueno recordar aquí que el abuso de la personalidad de las sociedades, fue sancionado de manera expresa y precisa por nuestros legisladores antes que en otras regiones o legislaciones del mundo; antes que en Francia, o que en Italia, por ejemplo. En la ley de reformas 22.903 de 1983 se agregó el 3º párrafo del art. 54 que consagra el abuso del recurso societario, es decir, la aludida mediatización que procura el ente para soslayar efectos contrarios al interés individual del socio o de los socios, o para sustraerlos a normativas legales imperativas no disponibles.

Se aplica aquí la teoría del disregard, la teoría del corrimiento

del velo, las enseñanzas de Scherik, que en otras latitudes tiene un tratamiento diferente, desde que no se ignora el fenómeno pero se lo reduce únicamente a la aplicación de los principios generales de la simulación ilícita (art. 959 Cód. Civil) o los del fraude (art. 961 ídem).

Este es el peligro cuyas posibilidades son múltiples y ricas, como rica es la imaginación de los defraudadores.

Admite en su aplicación no sólo sancionar de nulidad las sociedades que son creadas con ese solo objeto -violar la ley- sino dejar de lado los efectos protectores de la limitación de responsabilidad por el tipo, generando un régimen propio de responsabilización del socio que hace omisión de la existencia de la sociedad que le sirve de cubierta.

Concluyo: la sociedad desde la reforma de la ley 17.711, y la adecuación del Código a su verdadero modelo (Freitas) ya no se discute que sea persona. Lo es de derecho ideal y es por tanto en la nueva formulación persona jurídica, con plena autonomía de gestión cualquiera sea su tipo, salvo la accidental o en participación que carece del carácter de sujeto frente a los terceros contratantes y no obra por ende con gestión autónoma diferenciada, sino a través de su gestor.

La tal personalidad no es en la teoría de la realidad jurídica más que una técnica que permite la formación de entes colectivos de gestión autónoma con patrimonio propio, técnica que permite mediatizar la utilización de los bienes de los socios sustrayéndolos a la acción de los acreedores comunes mediante la formación de un capital social en el que se discriminan los actos expropiatorios de manera diferencial. De esta manera, el socio es un tercero en relación con la sociedad, los acreedores del socio no son acreedores sociales, y los acreedores sociales no lo son del socio.

Este reconocimiento y la conservación del principio del patrimonio único (patrimonio-prenda) resulta admitido al sancionarse con la reforma de la ley 22.903 el apart. 3º del art. 54 de la ley 19.550 desde que asume la realidad de que dicha técnica sea desviada de su objetivo y utilizada de modo ilícito como pantalla para eludir la ley o perjudicar el derecho de terceros.

Por último, con la consagración del nuevo título que ingresa a nuestra realidad jurídica los contratos de colaboración empresarial, la técnica de la personalización no se muestra como única para eludir las limitaciones del principio del patrimonio-prenda, dado que se admiten situaciones en que la disciplina convencional remite en la formación de operatorias de gestión con tratamiento patrimonial especial, en nuestro caso, verdaderos patrimonios de afectación, que sustraen a la acción de los acreedores individuales de los "partícipes", los bienes afectados al fondo operativo y los adquiridos durante la gestión con-

tractual, confiriéndoles un status patrimonial especial distinto al del simple condominio o al del condominio indiviso.-

Todos estos principios y reflexiones, tienen su importancia en el campo de las acciones individuales y colectivas cuando los sujetos - unos y otros- se encuentran in bonis; tanto más cuando nos adentramos en el campo de los concursos y de las quiebras que han tenido que reconocer los problemas de la personalidad de las sociedades, de sus abusos, y de la existencia de los patrimonios de afectación para solucionar los dilemas de la extensión de las responsabilidades y de la liquidación de las haciendas.