

LAS DOCTRINAS DE LA "PENETRACION" Y DE LA "REDHIBICION" DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA A LA LUZ DE LA TEORIA GENERAL DEL NEGOCIO JURIDICO (*)

Por JOSÉ CARLOS CARMINIO CASTAGNO

"Los tipos de negocios que el orden jurídico pone a disposición de los individuos no pueden constituir cómodos apoyos e instrumentos para el logro de intereses antisociales e inciviles". (Betti, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*, págs. 290/291).

SUMARIO

1. Introducción. — 2. Preliminares. — 2.1. El "negocio jurídico". — 2.1.1. Concepto. — 2.1.2. Presupuestos y elementos. — 2.1.2.1. Presupuestos. — 2.1.2.2. Elementos. — 2.1.2.2.1. La "causa". — 2.2. La "persona jurídica". — 2.2.1. Especies. — 2.2.1.1. — La "persona jurídica colectiva". — 2.3. La sociedad comercial. — 2.3.1. El negocio jurídico societario (o "La sociedad comercial como negocio jurídico). — 2.3.2. La persona jurídica "sociedad" (o "La sociedad comercial como sujeto de derecho"). — 3. La problemática y las soluciones propuestas. — 3.1. La problemática. — 3.2. Teoría de la "penetración". — 3.3. Teoría de la "redhibición". — 3.4. Valoración y crítica de ambas teorías. — 4. Nuestra visión del tema. — 4.1. Ilicitud causal. — 4.2. Simulación. — 4.3. Interposición gestoria. — 4.4. "Ilicitud causal", "simulación" e "interposición gestoria" en el derecho argentino. — 4.5. "Ilicitud causal", "simulación" e "interposición gestoria" en las sociedades comerciales. — 4.5.1. En el "acuerdo constitutivo". — 4.5.2. En los negocios jurídicos de los socios. — 4.5.2.1. Con la sociedad. — 4.5.2.2. Con otros socios. — 4.5.2.3. Con terceros. — 4.5.3. En los negocios de la sociedad con terceros. — 4.6. Corolario.

(*) Trabajo realizado para el XII Congreso Internacional del Notariado Latino y que juntamente con los de otros autores integra el estudio presentado por la Delegación Argentina como contribución al cuarto punto del temario.

1. INTRODUCCION

Hace años ya que los hombres de derecho se ocupan de una serie de fenómenos y situaciones que la vida moderna ofrece en torno al tema de la "persona jurídica colectiva". La problemática —que reconoce casi constantemente un trasfondo económico— está constituida por un amplio repertorio de supuestos en los cuales (empleando una expresión ya generalizada) se "abusa" de su forma para la obtención de resultados lesivos de intereses de variado tipo. Doctrina y jurisprudencia han reaccionado contra tales maniobras inspiradas, sin duda alguna, en un sano principio de equidad. No obstante ello, sus resultancias —y las fundamentaciones que les sirven de sustento— distan mucho de satisfacerlos⁽¹⁾.

Notamos, ante todo, un "anticonceptualismo" —ardorosamente proclamado—⁽²⁾ que entendemos de funestas consecuencias para nuestra disciplina. Funestas por atentar contra su "ser" —formalmente, el derecho es ciencia de *conceptos*— y aun contra la télesis de todo orden jurídico: la justicia (imposible de alcanzar en la disolución de sus contenidos normativos). Queda en claro, entonces, que nuestra postura "conceptualista" no se alienta de una subjetiva inclinación anímica sino que es resultado del imperio del rigor lógico.

En segundo lugar, las "teorías" formuladas no dan respuesta integral al problema —según nuestra opinión—, sea por parcializar el enfoque o, a la inversa, por excederlo en sus justos límites. En ocasiones, además, se circunscriben a una mera enunciación de pautas y procedimientos.

De lo anteriormente apuntado fácil es deducir que se carece, hasta el presente, de una doctrina omnicomprendensiva de todos los casos, que posibilite resolver correctamente las variadas hipótesis que se verifican a diario. Ya advertía el propio Serick acerca de la necesidad de contar con "una base teórica firme".⁽³⁾ Para ello, es menester superar el arraigado

(1) Dejamos de lado las disposiciones normativas sancionadas con miras a evitar tales "abusos" por entenderlas jurídicamente inobjectables y considerar, además, que ante ellas no es necesario "recurso" alguno, dado que basta con su aplicación. Sirvan de ejemplo, en nuestro país, la ley 16593 —cuyo artículo 2º refiere a las sociedades "ficticias" en materia laboral— y los decretos Nº 11599/46 —sobre control de la propiedad enemiga— y Nº 6755/43 (destinado a prevenir la elusión al pago del impuesto a la transmisión gratuita de bienes). En lo que hace al derecho fiscal, bueno es tener presente —a efectos de no incurrir en error— que en él tienen prevalencia, a menudo, pautas "económicas" y no principios *técnico-jurídicos*, cuya validez científica —a pesar de ello— no resulta enervada.

(2) Repásense los votos de los doctores Stábile, Fornes y Echegaray, verbigracia, en ocasión del plenario de la Cámara Nacional de Paz (en *El Derecho*, tomo 31, págs. 388/395) y se tendrá la evidencia de lo que señalamos.

(3) En *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, traducción castellana de José Puig Brutau, Barcelona, 1958, pág. 32.

“empirismo” que campea en el tema —que sólo puede servir de punto de partida— y avanzar en pos de la detección de los vicios padecidos a efectos de su encuadre en una teoría general íntimamente vinculada: la del “negocio jurídico”. En esa dirección se encamina el presente ensayo. Confiamos en que la labor de sistematización que nos hemos impuesto pueda ser —si no definitiva— al menos útil. Partidarios como somos de un “conceptualismo *integral*”, intentaremos aprovechar la riqueza de siglos que a aquélla respalda y que se corona en los logros de la moderna dogmática. (4)

Creemos que sólo así —no destruyendo conceptos, sino afinando su formulación— podremos contribuir al progreso del derecho sin traicionar la razón misma de la institución notarial, que apunta a la justicia por la senda de la certeza y la seguridad.

2. PRELIMINARES

Antes de entrar en la materia específica de este trabajo, juzgamos necesario desarrollar —siquiera sucintamente— algunos tópicos que guardan con aquélla estrecha conexión, acorde al pensamiento que hemos anticipado. Amén de servir esto a la necesaria claridad conceptual y precisión terminológica, exigencias de método —de ningún modo desechables— refuerzan la conveniencia de proceder así.

2.1. EL “NEGOCIO JURÍDICO”

Una doble importancia reviste el tema con relación al que compone el núcleo de estas líneas. Primeramente por cuanto las sociedades comerciales se constituyen —como es obvio— en virtud de “negocios jurídicos”. Si se repara, además, en que tales entidades participan del tráfico y se vinculan con otros sujetos de derecho *a través* de actos de aquella especie, forzoso es coincidir en el especialísimo relieve que asignamos al tratamiento de esta categoría dogmática. (5)

(4) En especial la obra de Emilio Betti —*Teoría general del negocio jurídico*, traducción castellana de A. Martín Pérez, 2ª edición, Madrid, 1959—, a quien principalmente seguimos en este trabajo.

(5) Corresponde señalar que el Código Civil argentino no parece contemplarla expresamente. Ello no obstante, sostenemos la viabilidad de su encuadre, sobre la base del significativo apoyo que brindan las disposiciones referidas a los hechos y actos jurídicos —Libro Segundo, Sección Segunda—, las que —convenientemente sistematizadas— estructuran una verdadera teoría general.

2.1.1. Concepto

Múltiples son las definiciones de que nos provee la doctrina, cuyo repaso sería ocioso realizar aquí.⁽⁶⁾ Optamos, por el contrario, por una concepción que —superando los matices en que aquéllas difieren— sirva a nuestro fin primordial. Con tal advertencia, entendemos por negocio jurídico la *declaración o el comportamiento por el que se constituye un precepto de autonomía privada.* (7)

2.1.2. Presupuestos y elementos

Pasamos a ocuparnos brevemente de los presupuestos y elementos del negocio jurídico.

2.1.2.1. Presupuestos

Son “presupuestos” del negocio algunas circunstancias que, no obstante *preexistir* al mismo, a él se vinculan condicionando su validez.

Según afecten al “sujeto”, al “objeto” o a la *relación* habida entre ambos, se denominan “subjetivo”, “objetivo” y “mixto”⁽⁸⁾, y son —en ese orden— la *capacidad de la parte*, la *idoneidad del objeto* y la *legitimación*.

Hemos tratado dos de ellos en anterior trabajo⁽⁹⁾, y nos limitamos ahora a reproducir las nociones allí expuestas: “capacidad” es el *grado de aptitud* —o, cuantitativamente, el “ámbito”— reconocido por el ordenamiento normativo a la “persona” para establecer relaciones de derecho; “legitimación” es el mismo atributo pero considerado en función de una situación jurídica *concreta* (con sujetos y sobre objetos igualmente determinados).

El tercer presupuesto, por último, consiste en la *suficiencia* —cualitativamente entendida— de los intereses sobre los que el negocio recae, para receptor la regulación que se pretende.

(6) Pueden consultarse provechosamente las obras específicas (verbigracia: Betti, op. cit., Stolfi: *Teoría del negocio jurídico*, traducción castellana de Jaime Santos Briz, Madrid, 1959, y la bibliografía en ellas citada) en las que se brindan interesantes definiciones.

(7) Coincide, en esencia, con el pensamiento de Betti (op. cit., a partir de la página 51). Para el análisis pormenorizado del concepto —principalmente en lo que hace a la función “constitutiva” del negocio—, págs. 52 y 119 de la misma obra.

(8) Preferimos esta denominación a la de “subjetivo-objetivo” que emplea Betti (op. cit., pág. 177). Lo mismo hicimos en nuestra “Teoría general del acto notarial” (publicada en el Nº 727 —Enero/Febrero 1973— de la *Revista del Notariado*), distinguida con mención honorífica en el orden nacional en el concurso “75º Aniversario” de la citada publicación y con el Premio “José María Moreno”, correspondiente al bienio 1971/1972.

(9) Carminio Castagno, op. cit.

2.1.2.2. Elementos

Los *elementos constitutivos* —a diferencia de los presupuestos— son *intrínsecos* al negocio en sí.

Los que hacen a su “estructura” son fácilmente deducibles de la noción que ofrecimos *supra* de la categoría que nos ocupa; aun más, en ella se encuentran delineados. “Declaraciones” o “comportamientos” y “precepto de autonomía privada”, en efecto, no otra cosa son que *forma* y *contenido* negocial.

El restante elemento —la “causa”— reclama, por su complejidad e incidencia en el tema, un tratamiento más pormenorizado.

2.1.2.2.1. La “causa”

Ha escrito Bonfante⁽¹⁰⁾ que la causa “constituye el problema más obscuro e indescifrable de la doctrina moderna del derecho, el campo preferido de las lucubraciones metafísicas y de la psicología”, afirmación cuya exactitud se comprueba compulsando las dispares opiniones que ha suscitado de parte de los juristas⁽¹¹⁾.

Un buen número de dificultades estriba en la multivocidad del vocablo y en que las construcciones elaboradas lo han sido en punto a objetivos diversos: “obligación” y “contrato”.

Superamos el primer escollo circunscribiéndonos —fácil es comprenderlo— a su indagación en el contexto “negocial”. Pero, aun así, persisten las divergencias.

Autores hay que la identifican con el “consentimiento” o con el “objeto” del negocio; otros, con los “motivos individuales” del contrayente; algunos —desde Domat— con la “contraprestación”.

Se advierte, pues, que la causa —para tales posturas— entrañaría duplicar un elemento⁽¹²⁾, o sería distinta de parte a parte⁽¹³⁾. La moder-

(10) En “Il contratto e la causa del contratto” (en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1908, I, 115).

(11) Divididos en “causalistas” y “anticausalistas”. Esta última postura arranca en 1826 con un trabajo de Ernst —profesor de la Universidad de Lieja— y se prolonga, entre otros, en los ilustres nombres de Laurent, Planiol, Baudry-Lacantinerie-Barde y Giorgi, para quien la causa equivale al “cuarto lado del triángulo” (*Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*, t. 3, págs. 445 y sigts.). Es ilustrativa, asimismo, la evolución de la jurisprudencia francesa.

(12) Se justificaría —así concebida la “causa”— la innecesidad de esta “quinta rueda del carro”.

(13) En la compraventa, por ejemplo, el “precio” para el vendedor y la “cosa” para el comprador. Con respecto a los motivos individuales de cada contratante —cuya incidencia valoraremos luego— nos limitamos ahora a señalar que fueron computados expresamente —identificándolos con la “causa”— a partir del caso “Pondariés” (1882) por la Cámara Civil de la Corte de Casación francesa, presidida por Portalis.

na dogmática ha iluminado el punto con una novedosa y —según creemos— definitiva concepción.

La “causa” es la *función económico-social típica del negocio íntegro; es la síntesis de sus elementos esenciales mínimos.*

Ejemplificamos: en la compraventa, causa no es ni la “cosa” ni el “precio”, sino su *relación conmutativa* (el cambio equivalente entre ambos).

Queda así rescatada aquélla como el tercer elemento —no de estructura, sino “funcional”— del negocio jurídico, tópico al que posteriormente habremos de volver a los fines de un más completo desarrollo.

2.2. LA “PERSONA JURÍDICA”

Entramos ahora en la consideración de otro punto que adquiere singular importancia para nuestro cometido. Y lo hacemos —primeramente— con un enfoque general, en procura de un criterio que mantenga validez respecto de todas las especies que integran esta categoría jurídica⁽¹⁴⁾. Al proceder así, evitamos incurrir en el “funesto error” —condenado por Recaséns Siches⁽¹⁵⁾— de conferir diverso tratamiento a cuestiones que conforman una misma situación.

¿Qué es “persona”, en derecho?

Nadie mejor que Kelsen⁽¹⁶⁾ ha dado respuesta a tal interrogante.

En síntesis, éste es su pensamiento: lo que la “causalidad” —en cuanto nexo vinculatorio rector— es al mundo de la naturaleza, encuentra su similar, en el plano normativo, en la estructura lógica “imputación”; en virtud de ella se enlazan *hechos entre sí o hechos a un “alguien”*; ese “alguien” —destinatario de la norma, su término de imputación— es la “persona”: la duplicación del deber jurídico y del derecho subjetivo, concebido de modo “substancializado”.

Queda en claro, entonces, que “persona” no es ni “realidad” ni “ficción”, sino un *concepto*, equivalente a “sujeto de derecho”. Y que otro mérito del aporte kelseniano radica en fijar una noción “genérica”, desprovista de ingredientes metajurídicos. Debemos complacernos de que en esa línea se enrole nuestro Código Civil⁽¹⁷⁾.

(14) Con esta expresión, tácitamente anticipamos nuestra coincidencia con el pensamiento que Ferrara expone en *Teoría de las personas jurídicas* (Madrid, 1929), similar —en muchos aspectos— a la de Kelsen, de que luego nos ocupamos.

(15) En *Tratado general de filosofía del derecho*, 3ª edición, México, 1965, pág. 262.

(16) En *Teoría pura del derecho*, traducción castellana de Moisés Nilve, 3ª edición, Buenos Aires, 1963, págs. 24 y sigts. y 125 y sigts.

(17) El art. 30, en efecto, establece: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones”. Debemos lamentar, no obstante, que la norma —de incuestionable carácter *general*— se halle contenida en el título “De las personas jurídicas”, expresión que el propio Vélez Sársfield se encarga de aclarar —en la nota respectiva— que entiende como “...opuesta a la persona natural, es decir, al individuo...”.

2.2.1. Especies

En dos grandes especies —“individual” y “colectiva”— se descompone el género “persona jurídica”⁽¹⁸⁾.

Corresponde aclarar que empleamos esta última expresión por entender —acorde a lo antes expuesto— que en la esfera del derecho sólo existen y actúan los sujetos por él reconocidos. Se impone advertir, además, que la personalidad de que ambas clases gozan es “homogénea”, y que las diferencias que las separan se refieren a la especial materialidad de sus sustentos, computables tan sólo en un enfoque extraño a nuestra disciplina.

Sin embargo, no ha sido ésta la postura de la mayoría de los juristas, que —por el contrario, indagando en sus “substratos”— han pretendido consagrar una verdadera antítesis entre las dos categorías. Y así se ha proclamado en forma casi unánime la “realidad” de una, en contraposición a la existencia “ficta” de la otra⁽¹⁹⁾. Como natural consecuencia, los mayores esfuerzos han tenido por objeto a la especie cuestionada, desatendiendo la problemática de la que se considera “indiscutible”.

La razón de tal actitud es evidente: bajo toda “persona jurídica individual” hay un *hombre* —realidad sustante, de fácil reconocimiento— que *debe ser* “persona” acorde al derecho natural⁽²⁰⁾; tras cada “persona jurídica colectiva” existe sólo un grupo —carente de precisa entidad material— de seres humanos, a veces no determinados.

Pero, aun así, procede señalar que lo que actúa como “persona” en la esfera jurídica no es el ser individual en plenitud —en el sentido filosófico de “individualidad auténtica”— sino, únicamente, fracciones o partes de

(18) Quizá sea más exacto distinguir entre “personas físicas” (o *de existencia visible*) y “de existencia ideal”, subdividiendo a éstas en “fundaciones” y “asociaciones” (personas jurídicas *colectivas*, propiamente dichas). A los fines del presente ensayo, no obstante, dejamos fuera de tratamiento a la institución “fundacional” y —en consecuencia— optamos por la división expresada en el texto.

(19) “Al ser notorio la utilización *in fraude legis* del principio de la personalidad de las sociedades comerciales, es lícito que el juzgador prescinda del mismo y, aventando lo ficticio, apoye su juicio en la realidad...” (Fallo de la Cámara Nacional del Trabajo, Sala I, en *El Derecho*, tomo 29, pág. 124); “... La sociedad puede ser un tercero con respecto del locador, pero es un tercero que sólo tiene una existencia convencional y ficticia que no causa una mutación de la realidad que afecta al locador, pues el local seguirá ocupado y utilizado en su propio beneficio por los mismos inquilinos que lo hacían desde antes de que se constituyera...” (Del voto del doctor De Abelleyra, en el plenario de la Cámara Nacional de Paz —citado *supra*—, pág. 391). “Esta tesis... tiene, como punto de partida o arranque, la concepción de que *una persona jurídica es una ficción, idealizada por razones de técnica...*” (Del voto del doctor Echegaray, publicado en *El Derecho*, t. 31, pág. 398).

(20) La argumentación pertenece a Recaséns Siches (op. y loc. cit.). Por nuestra parte, señalamos que no todo hombre ha sido “persona” siempre (es elocuente el ejemplo histórico de la esclavitud).

aquél en tanto desempeñe “roles” relevantes para el derecho. A éste, en efecto, interesa el “juez”, el “ciudadano”, el “comprador”, en tanto “juzga”, “vota” o “compra”.

De tal manera, el hombre no se ubica jurídicamente en su sentido “plenario” —en tanto *individuo*, “yo y no otro”—; lo hace tan sólo en dimensión “funcionaria”: en cuanto encuadra en “figuras” *prefijadas*, para “actos” *preestablecidos* (21).

2.2.1.1. La “persona jurídica colectiva”

Como ya acotamos, la doctrina se ha esforzado en desentrañar la naturaleza de esta especie, adoptando —la mayoría de las veces— un rumbo erróneo.

Es improcedente realizar aquí una exposición y crítica pormenorizada de cada formulación (22). Basta, a nuestro fin, señalar que las expresiones con que se califica a menudo a la “persona jurídica colectiva” —“recurso técnico”, “creación del derecho”, etc.— son asimismo aplicables a la “individual”, cuya personalidad también dimana del orden normativo (23), y que aquellos entes constituyen una innegable “realidad” —si bien no en el mundo “corporal-sensible”— en el plano *ideal jurídico* (24).

Avanzando en el tema, debemos referirnos nuevamente a algunos asuntos ya considerados, completando la exposición de ciertos tópicos (25).

Cabe apuntar que el concepto de “persona” no se agota en la sola *potencia de titularidad* de derechos u obligaciones; lleva ínsito —en su sentido pleno— el ejercicio de *actos de relación jurídica*, los que, necesariamente, deben adoptar una *forma “exterior”* (26).

(21) Como lo hicimos notar en nuestra ya citada obra (nota “11”) “así, el sentido jurídico de «persona» se aproxima al origen etimológico del vocablo: máscara empleada en las representaciones teatrales para determinado “rol” (interesa el *personaje* y no el *actor*). Del mismo modo, el *yo* queda «extramuros» del derecho”.

(22) Remitimos a las obras que tratan específicamente el tema (en especial, la ya citada de Ferrara). No obstante —y por conectarse con un tópico que ha sido incluido en el temario de este Congreso— no resistimos el impulso de transcribir el certero juicio que Del Vecchio formula acerca de la concepción de la “personalidad” como *patrimonio* afecto a una *persona* o a un *fin* —original de Brinz—: “. . . de un lado, personalizando el patrimonio, eleva las cosas hasta el grado de sujetos de derecho, y de otro lado . . . rebaja las personas hasta confundirlas con las cosas”. (En *Filosofía del derecho*, 7ª edición, Barcelona, 1960, pág. 382).

(23) Y es, por ende, igualmente “artificial”, acorde a la exacta afirmación de Recaséns Siches (op. cit., pág. 269). No lo entiende así Serick cuando insiste en el carácter “relativo” de la personalidad jurídica de las sociedades (op. cit., pág. 261).

(24) Empleando la feliz frase de Ferrara (op. cit., pág. 359). El Código Civil Argentino las consagra expresamente, definiéndolas “por exclusión” (art. 32).

(25) Reproducimos en el texto, seguidamente, párrafos de nuestra “Teoría general del acto notarial”, ya citada.

(26) El derecho, en efecto, hace a relaciones “intersubjetivas”, cuya propia naturaleza reclama tal “exterioridad”.

Ello nos enfrenta al problema de la elaboración de su "voluntad". Para dilucidar tales cuestiones, forzoso es que incursionemos en la esfera de sus "substratos" reales, cuya distinta naturaleza repercute indirectamente en el campo normativo. Así, mientras la voluntad jurídica de la persona "individual" es fruto de la "volición" del propio ser humano que le sirve de *soporte* (27), la de la "colectiva" se origina en la de hombres ubicados, en su estructura interna, en especiales emplazamientos. Tales "puestos" o "cargos" —que constituyen abstractas e impersonales *unidades permanentes*— se denominan "órganos"; quienes los ocupan, "sujetos titulares" (28).

Se produce así el fenómeno de la "imputación *diferenciada*", en cuya virtud —y en lo que aquí interesa— el acto del "agente" del "órgano" —operado en ciertas condiciones —se adscribe a la persona colectiva a que éste pertenece (29).

2.3. LA SOCIEDAD COMERCIAL

Pasamos a ocuparnos, seguidamente, de la sociedad comercial. Es preciso aclarar que muchas de las cuestiones que consideraremos son aplicables asimismo a otras especies de personas jurídicas colectivas (30), que también son pasibles de "abuso". Ello no obstante, nos circunscribimos a la entidad que el temario menciona en forma expresa.

2.3.1. El negocio jurídico societario (o "La sociedad comercial como negocio jurídico")

El acto mediante el cual toda sociedad se constituye es, indubitablemente, un negocio jurídico. A qué tipo específico corresponda, es cuestión que ha originado divergencias en la doctrina.

(27) Dejamos totalmente fuera de tratamiento los supuestos de "incapacidad de hecho" y "representación".

(28) O "agentes". Para lo referente a la recepción que la ley civil argentina hace de la teoría del "órgano", remitimos a nuestro trabajo ya citado, como así también al anterior: "Sociedades Anónimas, su vinculación con terceros y la función notarial" —Primer Premio (compartido) de la II Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal—, publicado en el "Suplemento Nº 2" de la *Revista del Notariado*, a partir de la página 87. En éste, además, tratamos el tema con relación a la preceptiva contenida en el Código de Comercio.

(29) Es posible distinguir, en consecuencia, la "imputabilidad" simple (al "autor" del acto) de la *diferenciada* (a un tercero). Según éste sea una persona "física" o "colectiva", la imputación "diferenciada" será de *primer* o *segundo* "grado", respectivamente. Existen, además, supuestos de "imputabilidad mixta", que se configuran cuando el hecho es —al mismo tiempo— adscripto a su autor (simple) y a otro sujeto (*diferenciada*).

(30) Verbigracia, sociedades "civiles"; "asociaciones", etc.

A la clásica tesis del “contrato”⁽³¹⁾, sucedieron las que le negaban tal carácter⁽³²⁾, a éstas, las modernas posturas “neo-contractualistas”⁽³³⁾.

Procede puntualizar aquí que pocas veces se ha intentado su encuadre en una especie que la teoría general del negocio prevé: el “acuerdo”.

Lo caracterizamos como aquel en que intereses *paralelos*⁽³⁴⁾ confluyen para proyectarse en su dirección común.

Conforme a lo expresado, pensamos que en ella la figura *sub examen* tiene cómoda cabida. Y de tal concepción, se deducen algunos rasgos específicos.

Uno, ante todo, refiere al elemento “subjetivo”: su naturaleza *plurilateral*⁽³⁵⁾.

Otros, proyectan su influencia en la “causa” del negocio. No es ésta, creemos, la mera “participación en la distribución de los beneficios y de las pérdidas”⁽³⁶⁾ sino la *formación de una masa de intereses* —que, en el plano jurídico, constituye el “patrimonio” de una nueva y distinta entidad de derecho— para afectarla a determinada actividad y la *relación conmutativa* entre el *aporte* del miembro y esa “participación”⁽³⁷⁾.

Amplíemos las explicaciones.

En el primer aspecto, el “acuerdo” excluye inicialmente la posibilidad de “sociedades de un solo socio”, pero —al mismo tiempo— justifica una solución hoy consagrada en plurales derechos positivos y que no se compa-

(31) Receptada en los Códigos Civil y de Comercio argentinos.

(32) Las teorías del “acto” (“social constitutivo” —Gierke—, “colectivo” o “complejo” —Kuntze, Witte, Windscheid—) y de la “institución” (Haouriou y Renard).

(33) Verbigracia, la del “contrato plurilateral de organización”, de Ascarelli, seguida —aparentemente— por el “anteproyecto” de la Ley de Sociedades Comerciales (art. 16). Messineo, por su parte, sostiene —en “La struttura della società”. (En *Rivista di Diritto Civile*, 1942, pág. 65 y sigts.)— que se trata de un negocio jurídico plurilateral, con intereses contrapuestos.

(34) A diferencia del “contrato”, en que son *contrapuestos*. De todas maneras, no se trata de figuras antitéticas, según bien advierte Betti (op. cit., págs. 225/228).

(35) Entendiendo el vocablo por oposición a “unilateral”, lo que no excluye —por cierto— una posible “bilateralidad”. Parece no comprenderlo así Farina, al glosar el pensamiento de Ascarelli (en *Sociedades comerciales*, Rosario, 1972, pág. 41). La ley 19550 expresa, en su artículo 1º, “... dos o más *personas*” (y no *partes*), incurriendo en evidente inexactitud.

(36) Colombes: *Curso de sociedades comerciales*, Parte General, II, Buenos Aires, 1966, pág. 24. Mayor acierto, para nosotros, reviste la concepción de Brunetti: el ejercicio en común de una actividad económica para dividir las utilidades (en *Tratado del derecho de las sociedades*, tomo 1, Buenos Aires, 1960, pág. 260).

(37) Como puede advertirse, la “causa” es aquí mucho más compleja que en los negocios *de cambio*. Su correcta conceptualización impone aprehender los múltiples fenómenos que se producen en el plano socio-económico (“aporte”, “actividad”, “distribución”).

dece con la tradicional teoría contractualista: la temporaria subsistencia de ciertos tipos societarios reducidos a un substrato "unipersonal" (38).

En el segundo, nuestro enfoque acentúa la primerísima importancia de la "obligación de aportar" y, además, pretende convertir a ella en el patrón para establecer el *comodum* y el *periculum*. Podrá observarse, con razón, que la medida puede ser distinta para "ganancias" y "pérdidas" y, aun, no guardar relación exacta con el aporte (39). Pero respondemos que el señalado "paralelismo" de los intereses que convergen en el negocio impone que todos participen —quiera en cuantía mínima, y hasta variable— de los aleatorios resultados del quehacer social. Y se explican, de tal forma, las previsiones normativas que sancionan de nulidad las cláusulas "leoninas" (40).

Cerramos el punto adelantando que los restantes elementos y los presupuestos negociales serán tocados al exponer nuestra postura acerca de los fenómenos que hacen a la temática central de este trabajo, y en tanto incidan en los mismos (41).

(38) La ley 19550 —art. 94, inc. 8— así lo dispone, para todas las sociedades, por un plazo de 3 meses.

(39) Es lo que dispone el art. 1654 del Código Civil (incs. 1º y 6º).

(40) Así, los cinco incisos del art. 13 de la ley 19550 (en la anterior legislación, el art. 283 del Código de Comercio) y los artículos 1652 y 1653 del Código Civil. Pensamos, además (y exponemos la idea para su posterior estudio y desarrollo), que es viable sostener que la "causa" del negocio societario se halla *viciada* cuando —por ejemplo— en una entidad de sólo dos miembros existe una desproporción de tal magnitud entre las "partes de interés" de cada uno que, de hecho, "la voluntad" del ente puede ser manejada a capricho por el socio más poderoso (titular, verbigracia, del 99 % de las acciones). En idéntico rumbo que el criterio que sustentamos —aplicable, asimismo, a hipótesis no tan extremas— se encuentra el que sirvió de base a doctrina y jurisprudencia para consagrar el requisito del "precio serio" en el negocio de "compraventa", ante el silencio del Código Civil. Pero es evidente que un precio "irrisorio" vicia la causa de aquel contrato, dado que atenta contra el carácter *commutativo* de la relación que genera.

(41) Se impone aquí una referencia al siguiente pasaje de la "Exposición de Motivos" del Anteproyecto de Ley de Sociedades, atento a que se relaciona con uno de los "presupuestos": "...mientras las sociedades constituidas regularmente gozan en principio de *capacidad plena*, existen respecto de ellas limitaciones que obedecen a circunstancias de distinta naturaleza; tal la prohibición para las sociedades anónimas y en comandita por acciones de integrar otras sociedades que sociedades por acciones, *lo que comporta un límite fijado por la ley a la plenitud de la atribución de la personalidad jurídica*". Fácilmente se advierte un grave error conceptual. Prescindiendo del hecho de que la prohibición en nada limita la "personalidad" —como luego se demostrará—, forzoso es remarcar que tampoco mengua la "capacidad" (como se insinúa). Se trata —en concreto, y en lenguaje *técnico-jurídico*— de un supuesto de "ilegitimación" (similar, en especie, a la prohibición de donaciones o ventas entre cónyuges, cuya "personalidad" y "capacidad plena" son incuestionables).

2.3.2. La persona jurídica "sociedad" (o "La sociedad comercial como sujeto de derecho")

El ordenamiento positivo argentino consagra en forma expresa la "personalidad" de las sociedades comerciales. La ley Nº 19550 —en efecto— dispone en el inicio de su artículo 2º: "La sociedad es un sujeto de derecho..." (42).

De ello se sigue una consecuencia fundamental: la entidad constituye una "persona" totalmente distinta de los miembros que la integran, y éstos —al establecer con el ente relaciones "extracorporativas"— se comportan como "terceros" (43).

Pero la norma antes citada agrega: "...con el alcance fijado en esta ley". Se impone desentrañar el significado de la frase. Creemos que el mejor medio es la compulsión de la "Exposición de Motivos" que acompañó al Anteproyecto original. En ella se afirma:

"En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica y de este modo... la sociedad... constituye una realidad jurídica... que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone. Con esta norma la ley posibilita, en fin, una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que excedan las razones de su regulación".

Queda en claro, con la precedente transcripción, cuál ha sido el pensamiento de los autores del precepto, que parecen decididamente enrolados en las corrientes cuya impugnación habremos luego de intentar.

Con reserva de mejor justificación posterior, anotamos aquí que lo que no resulta aclarado es la *manera* en que aquella idea —tan fecunda, en apariencia— pueda fructificar. Pensamos que las felices expresiones repasadas sólo conducen —a poco que se ahonde su sentido— a un verdadero dilema existencial: el que se articula entre el "ser" y el "no ser" de las sociedades comerciales.

Ya hemos fijado la noción de "persona", acorde a los más exactos logros de nuestra disciplina (y aun de la jusfilosofía). Sólo podemos agregar, ahora, que la "personalidad" es un atributo frente al que caben dos

(42) Entendemos que —al respecto— ninguna innovación ofrece la ley (a pesar de las no pocas opiniones en contrario). Aun antes de las modificaciones introducidas al Código Civil por ley 17711, no cabe duda que las sociedades comerciales eran "sujetos de derecho" (basta reparar en el artículo 39).

(43) Reforzando la opinión que expresamos en la nota anterior, ello surge del art. 1711 del Código Civil (confrontar, sobre el punto, nuestro trabajo "Sociedades anónimas..., etc.", en especial pág. 91). Sea o no una "fórmula simplista" —como expresa Masnatta en la nota a fallo publicada en *Jurisprudencia Argentina*, 1961, tomo VI, pág. 575— "la distinta personalidad entre el ente social y sus miembros" es una verdad irrefutable a la luz de nuestro orden jurídico.

únicas posibilidades: poseerlo o no; con otras palabras: *se es o no* sujeto de derecho. En caso afirmativo, tal cualidad reconoce una sola medida. Del mismo modo que para la Antropología, por ejemplo, ningún *hombre* es ni más ni menos "hombre" que otro, para la ciencia jurídica no hay diferencias "cuantitativas" entre las "personas"; todas gozan de igual "personalidad". Por ello, los intentos de fijar diversas "dimensiones" a ese respecto equivalen a pretender "mensurar lo inmensurable". Y de allí su fracaso e improcedencia⁽⁴⁴⁾.

Los sujetos difieren, sí, en punto al "ámbito" en que les es dable ejercer esa *aptitud* para "adquirir derechos y contraer obligaciones". Pero nos apresuramos a señalar que esta cuestión alude a la "capacidad", con-

(44) Resulta difícil aceptar que un jurista de la jerarquía de Borda incurra en tamaño yerro, al afirmar "la radical diferencia entre la personería propia del ser humano y la que se reconoce a ciertas entidades en las que el hombre desenvuelve actividades. La primera es de derecho natural; no podría ser sino como es, plena, irrestrictiva... Muy distinta es la situación de la persona jurídica... recurso jurídico, nacido en comprobadas exigencias prácticas. Por ello se concibe que esa personería sea a veces retaceada (entidades con personería limitada) o que no esté totalmente separada de sus integrantes (como ocurre en las sociedades en que los socios son responsables de las obligaciones sociales juntamente con la entidad). Es decir, que la plenitud de la personería puede limitarse según lo aconsejen razones de política legislativa... lo que, desde luego, no ocurre con la personería del hombre, que es siempre plena. Todo ello prueba que una equiparación total de la persona jurídica con la natural es simplemente ilusoria". (De su voto como vocal de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala "A", en el fallo publicado en *El Derecho*, tomo citado, pág. 382).

Fácilmente se advierte, además, una imperdonable confusión entre "personalidad" y "responsabilidad", conceptos que —no obstante su ligazón— sólo pueden coincidir, como se pretende, luego de una *distorsión* de ambos. En el mismo orden de ideas, ¿debería sostenerse igual criterio en supuestos de *responsabilidad solidaria* de dos o más personas "físicas"? ¿Se cuestionaría, también aquí, la "personalidad totalmente separada"?

Finalmente, merece expresa mención el voto del doctor Bouzat (*El Derecho*, tomo cit., pág. 387), quien —luego de señalar que bajo la persona jurídica (colectiva) "subyace... una peculiar realidad social que constituye su substrato y cuya existencia debe reconocerse para hacer jugar dentro de sus justos límites el concepto instrumental de personalidad"— recurre, en auxilio de su tesis, a la autorizada opinión de Recaséns Siches: "lo que funciona en derecho como personalidad colectiva no es la realidad social plenaria del ente colectivo, que sirve de soporte a la personalidad jurídica del mismo". Y bien —y a pesar de que la cita se trae un poco caprichosamente, dado que es discutible su pertinencia— señalamos que la transcripción del prestigioso jusfilósofo aparece, a nuestros ojos, un tanto *ad usum Delphini*, puesto que —unas líneas antes— se lee: "De la misma manera que exponía que la personalidad jurídica del sujeto individual ni agota ni siquiera traduce remotamente la plenaria y concreta realidad humana de cada uno, análogamente debo hacer notar que la personalidad jurídica de los entes colectivos no expresa toda la personalidad social que les sirve de substrato". (Op. cit., pág. 272). Para comprender *plenariamente* la idea del autor, sugerimos la lectura integral del Capítulo Once de esa obra (págs. 244/280).

cepto que si bien reconoce íntima vinculación con el que nos ocupa⁽⁴⁵⁾, tiene —como se advierte— *distinto* contenido.

En su consecuencia, existen entes *más o menos* “capaces” que otros, según su peculiar naturaleza⁽⁴⁶⁾ y las regulaciones del orden normativo. Proclamamos, por ende, la potestad del legislador para ampliarla o restringirla, mas insistimos en que tales variaciones en nada alteran la esencia de la “personalidad”.

3. LA PROBLEMÁTICA Y LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

A partir de aquí ingresamos en el tema central de este trabajo.

Advertimos —quizá sin necesidad, dado que su título es de suficiente elocuencia— que, luego de un sucinto planteo de la problemática, centraremos el estudio en las dos principales teorías formuladas, las que ofrecen entre sí perceptibles diferencias, según habrá de ponerse de resalto al proceder a su examen particular.

3.1. LA PROBLEMÁTICA

Reiteramos que una serie de fenómenos de marcado trasfondo económico y que adquieren inusitada frecuencia y significación en la época actual, se proyectan al plano jurídico en varias de sus ramas (derecho fiscal, civil, comercial, laboral, administrativo, y aun en el campo de la seguridad nacional) a través del instituto de la “sociedad”.

El motivo impulsor de las maniobras en que cristaliza es siempre el mismo: violar o eludir normas, ora referidas al régimen sucesorio o de la sociedad conyugal, ora al sistema impositivo o de previsión, a convenios sobre competencia o a la responsabilidad ilimitada, etc.

En lo que hace a los recursos a que se echa mano para tal fin, componen un nutrido elenco que abarca desde la obtención y conservación del poder decisorio en los órganos sociales hasta la vinculación de empresas (mediante los sistemas “piramidal” o “en cadena”, el “cruzamiento de acciones” o las “participaciones recíprocas”), aprovechando —en buena medida— el desinterés de gran parte de los socios.

(45) A tal punto que el propio Carnelutti ha acuñado la exitosa frase: “la capacidad es la *medida* de la personalidad” (en *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, pág. 158), cuya impugnación ya hemos hecho en nuestra citada “Teoría general del acto notarial”. Cabe mencionar que la recordada definición del art. 30 del Cód. Civil argentino es casi valedera también para la “capacidad”, y que en la Exposición de Motivos a que se hace referencia en el texto se plantea —en un párrafo (transcripto en la “nota” 41)— correctamente la cuestión, al referirse a la “capacidad plena”.

Señalemos, por último, que —según nuestra opinión— la *quita total* de “capacidad” entraña negación de la “personalidad”.

(46) Fácilmente se comprende la nula capacidad de las sociedades comerciales, por ejemplo, en el ámbito del derecho de familia.

Ello ha movido a la elaboración de doctrinas que —en cuanto a sus lineamientos generales— se agrupan en torno a dos diversas teorías: la de la “penetración” y la de la “redhibición” de la personalidad. De ellas pasamos a ocuparnos⁽⁴⁷⁾.

3.2. TEORÍA DE LA “PENETRACIÓN”

Es Rolf Serick, sin duda, quien mejor expresa la idea central, sintetizándola en cuatro proposiciones:

- “1ª) Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera “abusiva” (*Missbrauch*) el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue. Existe “abuso” cuando con la ayuda de la persona jurídica se trata: a) de burlar una ley, b) de quebrantar obligaciones contractuales, o c) de perjudicar fraudulentamente a terceros.
- 2ª) Corresponde la desestimación de la personalidad separada, cuando sin darse uno de los tres presupuestos contenidos en la primera regla, se hubiese desnaturalizado un principio fundamental del derecho societario.
- 3ª) Las normas que se fundan en cualidades o capacidad humanas, o que consideran valores humanos, también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma.
- 4ª) Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos intervinientes no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva”.⁽⁴⁸⁾

Tal la teoría del “abuso” de la personalidad” (*Missbrauchtheorie*), consistente en la “desestimación” (*Missachtung*) o “negación” (*Lengnung*) de la persona jurídica colectiva, mediante la “penetración” (*Durchgriff*) de su forma.

(47) Quizá sea preciso aclarar que nos circunscribimos a la consideración de las formulaciones que han llegado a nuestro conocimiento, lo que no excluye —por cierto— la posibilidad de otras doctrinas que hayan podido elaborarse. Y que, además, no entramos a plantearnos las cuestiones a las que —*de lege ferenda*— puede recurrirse como medio coadyuvante para solucionar la problemática. En este último aspecto, estamos convencidos de la necesidad de reajustar algunos aspectos del “organicismo societario”, de lo que tenemos intención de ocuparnos en otro trabajo.

(48) Colombes, op. cit., págs. 19 y 20. Hemos transcripto de este autor por considerar más clara su redacción que la del traductor de la obra de Serick (págs. 241/2, 246, 251/2 y 256, respectivamente).

3.3. TEORÍA DE LA "REDHIBICIÓN"

Pertenece a Gervasio R. Colombres la formulación de esta doctrina, que —como él mismo señala— prolonga anteriores aportes de Ascarelli⁽⁴⁹⁾.

Expresa aquel autor:

"En vez de una «personalidad jurídica» concebida para la sociedad partiendo de una noción abstracta de imputabilidad general aplicada en forma pre-normativa, propongo una idea de signo inverso, o sea pensada a través del análisis del complejo de normas del derecho societario que estructuran una aplicabilidad específica para cada tipo social".

La idea se concreta cuando afirma:

- 1° Que la sociedad constituida en prescindencia de alguno de los datos normativos que la tipifican como negocio jurídico, no determinará una imputabilidad específica o de segundo grado, sino una imputabilidad simple...
- 2° Que la sociedad constituida dentro de los datos normativos que la configuran, pero que en la actividad posterior omitiera alguno de ellos, determinará, según el caso, una inaplicabilidad de la normativa sociedad de alcances específicos o de alcances generales. En la primera situación la inimputabilidad diferenciada tendrá carácter parcial, en la segunda determinará la caducidad total del negocio societario..."

Para concluir, transcribimos la síntesis de su pensamiento:

"La imputación diferenciada se dará o no se dará según jueguen o no los datos normativos de su determinación".⁽⁵⁰⁾

3.4. VALORACIÓN Y CRÍTICA DE AMBAS TEORÍAS

Se impone reconocer a los autores enrolados en la teoría de la "penetración" el mérito de haber descubierto el frecuente desvío en el uso del instrumental societario, despertando el interés por un fenómeno de indudable importancia. No puede negarse, además, el valor de la tarea cumplida en punto a la confección de una frondosa lista de hipótesis, y a sus intentos de clasificar una casuística tan amplia como heterogénea.

Pero debemos destacar que —en nuestra opinión, y no obstante su general acogida— graves son las falencias de tal postura doctrinaria, construida sobre endebles fundamentos.

(49) Op. cit., págs. 26 y 27.

(50) Los párrafos transcriptos pertenecen a la citada obra de Colombres, pág. 25.

Se yerra *ab initio* en la concepción de la “personalidad” de las sociedades, en cualesquiera de estas dos direcciones: “ficción” o “realidad supra-individual”. Elocuentes ejemplos son, de la primera, ciertas frases empleadas en resoluciones judiciales norteamericanas (*to lift the curtain* —“levantar la cortina”— y *to pierce the veil and look the man behind the mask* —“perforar el velo y mirar al hombre detrás de la máscara”—); del otro rumbo, la conocida tesis “antropomórfica”⁽⁵¹⁾. No nos detendremos a reexponer el criterio que juzgamos correcto, ya que se encuentra explicado anteriormente. Sólo procede recordar —a mayor abundamiento— la expresión de un juez estadounidense: “No conduce a nada decir que una corporación es una ficción; si lo es, es una ficción creada por la ley con la intención de que actúe como verdadera”⁽⁵²⁾.

Por ende, la “penetración” queda reducida a mera “alegoría”. Y si el significado que se asigna a tal metáfora es el de la *búsqueda* de una “verdad *no ostensible*”, forzoso es que destaquemos que el proceder no es nuevo en derecho, ni refiere únicamente a “personas colectivas”.

Piénsese, verbigracia, en las “indagaciones” que se efectúan para declarar “simulado” un negocio que vincula a “personas individuales”, o en los casos en que el Estado —¿entidad “ficta”?— *penetra* en los individuos para preservar el interés general. Y en todas estas hipótesis —conviene acentuarlo— la investigación toca algunos aspectos que, en sí, no trascienden al plano jurídico (como pueden ser los sentimientos de amistad o amor).

Repárese, también, en la innecesidad de “pesquisa” alguna en casos en que el “substrato” —*in íntegram*— aparece *a la vista* en el instrumento que contiene el negocio (por ejemplo: acta fundacional o escritura otorgada por todos los miembros en virtud de un curioso —pero admisible— régimen de “representación plural conjunta *plena*”).

En otro orden de ideas, cabe poner de relieve, además, la vaguedad de las fórmulas propuestas —imbuidas del “pragmatismo” que preside toda la doctrina— y en las que es dable detectar la carencia de una “diagnosís” precisa en punto a la *ubicación y naturaleza* de los vicios que se padecen en cada supuesto. Para decirlo con palabras de Serick: “... en las sentencias que con razón han desestimado la forma de la persona jurídica se encuentra a faltar una firme fundamentación dogmática.”⁽⁵³⁾.

(51) De prosapia germánica, entre cuyos expositores destacamos a Lilienfeld y Schafle, quienes —en la estructura estatal— establecen la presencia de “vasos sanguíneos”, “células”, “nervios motores”, “tejido conectivo”, y encuentran el equivalente de la “nariz” en el... Ministro de Estado (¿?) (Confrontar: Ferrara, op. cit., pág. 172).

(52) Se trata del juez Oliver Wendell Holmes, en el caso “Klein vs. Board of Tax”, 282 U.S. 19, 75 L. ad 140.

(53) Serick, op. cit., pág. 39.

No es extraño, entonces, que se adopten posiciones “pendulares” acerca del tema de la “personalidad” —como bien señala Ascarelli⁽⁵⁴⁾— o que se cometa el exceso de “desestimarla” aun cuando el defecto anida en *otro negocio* y no en el “societario”, absurdo equivalente a negar el carácter de “persona” al *prestanombre*⁽⁵⁵⁾.

El resultado final no puede ser otro que el de la incertidumbre, ya que “lo que de tal modo con ello se logra en el terreno de la justicia material es a costas de la seguridad jurídica”⁽⁵⁶⁾, y hasta con mengua de la misma equidad en tanto se lesionen legítimos intereses de terceros⁽⁵⁷⁾. Tales contingencias motivan nuestra repulsa a esta teoría, no obstante su recepción en el *usus fori* (hecho que podría ser definitorio para alguna concepción particular)⁽⁵⁸⁾.

En lo que hace a la doctrina de la “redhibición”, entraña un esfuerzo de magnitud para dilucidar con rigor científico la materia en examen. La “normativa societaria” constituye el núcleo central del ensayo, y su análisis permite desechar las apresuradas negaciones en supuestos en que —como acertadamente postula— sólo opera una “imputación *simple*”⁽⁵⁹⁾.

(54) En “Personalità giuridica e problemi delle società” (pág. 1023 de la *Rivista delle Società*, Milano, Nov.-Dic., 1957).

(55) Es evidente que en supuestos de “simulación parcial de persona” la *personalidad* del sujeto ficticiamente interpuesto permanece incólume (no obstante la posible “ilicitud” del *negocio*).

(56) Serick, op. cit., pág. 39.

(57) Es lo que advierten Pinedo y Waterhouse en “Sobre el abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales” (*El Derecho*, t. 10, pág. 881). Clarificador es el siguiente párrafo de Antonio Polo Diez: “Cuando el derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye determinadas consecuencias jurídicas, el daño que resulta de no respetar aquéllas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga”. (Prólogo a la versión castellana de la citada obra de Serick, pág. 18).

(58) Como la de Jerome Frank, para quien el derecho sería sólo la predicción de la probable conducta judicial frente a un determinado curso de conducta. (Consultese *Derecho e incertidumbre*, traducción castellana de Carlos M. Bidegain, Buenos Aires, 1968, con ilustrativo prólogo de Cueto Rúa).

(59) Y no “diferenciada” (de “segundo grado”). A pesar de su acierto, debemos puntualizar que la idea tiene escasa aplicación en la problemática que nos ocupa. Quizá el campo más fecundo —dentro de ella— esté constituido por las variadas hipótesis en que el “abuso” se apoya en defectos de “legitimación” del órgano (confrontar nuestro citado trabajo: “Sociedades anónimas . . . , etc.”). Pero aún así, es menester advertir que más de una vez el mecanismo de la “imputación simple” no conducirá a la solución correcta. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el socio que ejerce el control efectivo del ente no integra el órgano de representación y —por ende— el negocio es concluido por otro miembro, a quien —según la tesis que analizamos— habría que imputárselo (a título *personal*). Quizá convenga aclarar que a dicha conclusión arribamos sobre la base de uno de los supuestos con que Colombres ejemplifica (op. cit., págs. 25 y 26): el previsto en el art. 302 —hoy derogado— del Código de Comercio, en punto al uso de “la firma social . . . en transacciones notoriamente extrañas a los ne-

Pero la luz que proyecta, solamente ilumina una parte de la problemática. Restan otras zonas en la penumbra, quizá como consecuencia de un enfoque demasiado circunscripto, según luego habrá de quedar en evidencia.

4. NUESTRA VISION DEL TEMA

Los países de tradición jurídica romana cuentan con uno de los mayores logros sistemáticos que el campo del derecho ofrece: la teoría general del negocio jurídico. Reiteramos que ella enlaza doblemente con los problemas que venimos analizando.

Lógico es, entonces, que en lugar de dejarnos seducir por novedosas —y hasta cautivantes, en apariencia— soluciones de manantiales extraños, busquemos en el agua viva de nuestro propio ordenamiento las respuestas a las inquietudes que nos acucian.

A tal fin —y no obstante estar convencidos de que el repaso completo de aquélla redundaría beneficiosamente en la comprensión de la materia— abarcaremos en nuestro enfoque —*brevitatis causae*— sólo los temas de mayor conexión con la problemática propuesta, ganando profundidad en los puntos que juzgamos decisivos para elucidarla.

Razones de método aconsejan, además, un primer tratamiento genérico de los tópicos escogidos, para acometer luego su encuadre en las cuestiones atinentes a la “sociedad comercial”.

Pasamos a referirnos, pues, a la “ilicitud causal”, a la “simulación” y a la “interposición gestoria”⁽⁶⁰⁾.

4.1. ILICITUD CAUSAL

Dentro del campo de la “patología” del negocio⁽⁶¹⁾, la *ilicitud* en el momento causal ha concitado vivamente la atención doctrinaria, tanto por su complejidad cuanto por la fecundia del fenómeno para esclarecer situaciones, y sus incidencias en la validez o eficacia de la figura.

Comencemos recordando el concepto formulado *supra* —en lugar al que remitimos —de este elemento. Acorde al mismo, resultaría inadmisibles

gocios designados en el contrato de sociedad” (colectiva). Coincidimos con él en cuanto no opera —en la especie— la imputabilidad *de segundo grado* (a la entidad), conclusión que es asimismo aplicable respecto de la imputabilidad “diferenciada” *de primer grado* (a los restantes socios). Por ende, sólo cabe entender su referencia a la “imputabilidad *simple*”, en el estricto sentido que le hemos antes asignado (*al autor del acto*). (Confrontar “nota” 29).

(60) Para profundizar su análisis y ampliar la visión de cada tema, remitimos a las magistrales obras de Betti y Messineo que se citaran en las notas.

(61) Deficiencias en los *presupuestos* (capacidad”, “legitimación”, “idoneidad del objeto”) o *elementos* (“forma”, “contenido” o “causa”).

calificar de "ilícita" la causa, toda vez que jamás puede ser tal la *función socio-económica* que cada tipo de negocio cumple y que el derecho computa para su recepción.

De allí que se proponga, por algunos, distinguir aquélla del "motivo" —para luego hacer girar en torno a éste la "ilicitud" que analizamos⁽⁶²⁾— o bien desdoblarla en "objetiva" —siempre lícita— y "subjetiva" (de no constante licitud).

A pesar de que cualquiera de las posturas consignadas sirve a nuestra finalidad, intentaremos resolver el punto. Para ello es preciso señalar dos maneras —legítimas ambas— de concebir la "causa": *en abstracto* (como fue antes definida) y *en su real funcionamiento en cada caso*⁽⁶³⁾. Este último enfoque —que es el que aquí interesa— implica enlazarla al *interés subyacente* que las partes persiguen *en concreto*, y cuyo carácter —lícito o ilícito— se le transmite.

Establecida ya la idea básica, juzgamos oportuno —para un más nítido recorte de sus perfiles— diferenciar el fenómeno *sub examen* de otros con los que es frecuentemente confundido, y que originan la especie de negocios "*contra la ley*"

Para lograrlo, basta reparar en que en éstos la anormalidad aparece ostensible en la propia estructura negocial, por lo que no se hace necesario indagar acerca del fin a que apuntan los contrayentes. (Sirva de significativo ejemplo la "ilicitud del objeto").

Por el contrario —y escogiendo el tipo que más se le aproxima— en el negocio "*en fraude a la ley*" el choque con la norma es *indirecto*, y la deficiencia —oculta— exige una pesquisa para ser detectada.

Procede advertir, por último, que para nuestro propósito —y por las razones que luego se expondrán— consideramos comprendidas en la "ilicitud causal" las hipótesis de "fraude" o "daño" *a terceros*.

4.2. SIMULACIÓN

Creemos provechoso iniciar la consideración del tema descubriendo sus zonas de contacto con el "momento causal" del negocio. Nos hemos ocupado de éste y del "fin práctico" de las partes con miras a su "ilicitud"; ahora interesa articular ambos términos en un diferente enfoque: el de su "divergencia".

Acorde al mismo, se percibe que en muchas especies de la figura —y en otras afines⁽⁶⁴⁾— lo que precisamente ocurre es que la causa típica

(62) Así, por ejemplo, lo propugna Stolfi (op. cit., págs. 42 y sigtes.). El Código Civil italiano emplea el vocablo en su artículo 1345.

(63) Confrontar: Betti, op. cit., págs. 278 y sigtes.

(64) Verbigracia, los negocios *indirectos* o *fiduciarios*. Acerca de la relatividad de su distinción con la "simulación", Betti, op. cit., pág. 295.

no coincide con la intención real de los sujetos. Y por ello es viable describirla —de una manera provisoria— como *el dictado a conciencia de una regulación de intereses distinta a la que habrá de observarse, para lograr un efecto diverso del que es propio del negocio que se emplea*.

Conviene mencionar que la simulación puede ser “lícita” o “ilícita” —esto último, de conformidad a las mismas pautas señaladas en el punto anterior— y —según subyazga o no una estructura negocial— “relativa” o “absoluta” (en ese orden).⁽⁶⁵⁾

Fuera ya de las hipótesis que se vinculan a la “causa”,⁽⁶⁶⁾ señalamos especialmente —por su importancia para nuestro estudio— la “simulación *parcial*” (por otros denominada “relativa”) *de persona*. Acontece, como es obvio, cuando alguno de los intervinientes (“testaferro”) sólo asume *en apariencia* el rol prescripto, el que —con su conocimiento y el de los demás— es en realidad atribuido a un tercero. El acuerdo simulatorio, por ende, incluye a la contraparte, en lo que se diferencia de la “interposición gestoria”, que analizamos a continuación.

4.3. INTERPOSICIÓN GESTORIA

Para caracterizar exactamente este instituto es menester partir de un breve repaso del más amplio tema de la “representación”.

Sabido es que ella se distingue en “directa” (o “propia”) —especie en la cual el representante declara *en nombre ajeno*— e “indirecta”,⁽⁶⁷⁾ cuyas particularidades pasamos a enumerar, por cuanto corresponde a la figura que nos ocupa:

a) El “gestor” estipula el negocio *en su nombre*, imputándosele *personalmente* todas las consecuencias del mismo.

b) No aparece ostensible, para su contraparte, la figura del “representado”.

c) Para que a éste reviertan los efectos del negocio concluido, son menester posteriores y adecuados actos de asunción o transmisión.

Quedan perfiladas, así también, las principales diferencias entre la

(65) Opinamos que en la “simulación absoluta” —y no obstante la autorizada opinión en contra de Messineo (*Doctrina general del contrato*, traducción castellana, tomo II, Buenos Aires, 1952, págs. 10 y 11 nota 8)— se produce asimismo una “divergencia consciente” entre la causa típica del negocio y el *interés concreto* de las partes que —creemos— no es necesario que corresponda a la de otro “tipo” negocial.

(66) Aquí sí tiene razón Messineo —op. y loc. cit.— al condenar la postura de Betti (op. cit., a partir de la pág. 294, en especial pág. 297), en tanto este autor define la simulación sólo tomando en cuenta el momento “causal”, ya que quedan fuera de ella otros casos (verbigracia, alteración en la “fecha” o los que se refieren en el texto).

(67) Expresión impugnada por Betti (op. cit., pág. 423). La figura es igualmente denominada *representación* “de intereses (ajenos)”, “mediata”, “impropia”, *mandato en nombre* o *interposición gestoria*.

interposición “gestoria” —o “real”— y la “ficticia” de persona, ya mencionada como un supuesto de simulación “parcial”. Resta sólo advertir que el expediente puede ser empleado —como tantos otros— para fines lícitos o ilícitos, según los lineamientos generales expuestos *supra*.

4.4. “ILICITUD CAUSAL”, “SIMULACIÓN” E “INTERPOSICIÓN GESTORIA” EN EL DERECHO ARGENTINO

Opinamos que para resolver la problemática *sub examen* basta reparar en ciertas figuras que la teoría jurídica ha sistematizado convenientemente, y cuyos perfiles hemos ya expuesto. Interesa considerar ahora la viabilidad de nuestra tesis a la luz del derecho argentino.

Señalamos que la preceptiva del Código Civil —Libro Segundo, Sección Segunda, Título II, Capítulo I⁽⁶⁸⁾— coincide exactamente con las puntualizaciones antes efectuadas acerca de la “simulación”.

Algo similar sucede con la “interposición gestoria”, según se desprende del artículo 1929⁽⁶⁹⁾ y de otras normas del mismo Código⁽⁷⁰⁾ y del de Comercio⁽⁷¹⁾, de las cuales es posible inferir un principio general.

En lo que hace a la “ilicitud causal”, es menester un tratamiento más pormenorizado.

Comencemos advirtiendo que el precepto que la define se encuentra contenido en el Título “De la naturaleza y origen de las obligaciones”⁽⁷²⁾. Acorde a su texto —“... la causa es ilícita, cuando es contraria a las leyes y al orden público...”— parecería descartarse el *fraus* a los terceros. A pesar de ello, otra es la conclusión a que arribamos.

El artículo 953, en efecto, refiere en forma expresa a “los actos jurídicos... que perjudiquen el derecho de un tercero”. Se argüirá, sin duda, que lo hace en punto al “objeto”. Pero basta correlacionar ambas normas para percibir que en el vocablo se halla incluso la idea de “fin”⁽⁷³⁾ y, recíprocamente, que debe ampliarse la noción legal de la ilicitud que se analiza en la forma propuesta.

Podemos suscribir, en síntesis, las palabras que Spota dedica al artículo por último citado:

(68) Artículos 955 a 960.

(69) Referida específicamente a la “representación indirecta *con mandato*”.

(70) Verbigracia, arts. 1361 y 450 —inc. 1º—.

(71) La “comisión” —definida en el artículo 233— es, en efecto, un caso de “representación indirecta”.

(72) Título I, Sección Primera, Libro Segundo. Se trata del art. 502, que —conjuntamente con los tres inmediatamente anteriores— ha dado lugar a infinidad de discusiones doctrinarias.

(73) Se ha estructurado, así, la teoría del “objeto-fin, individual o social”. Por lo demás, la consagración de la acción “pauliana” —arts. 961 a 972 del mismo cuerpo legal— es suficiente argumento.

“Si nuestros jueces se compenetraran en forma bastante de la *mens* que la preside, no dudamos que la jurisprudencia tomaría un rumbo que adecuará cada vez más la interpretación de la ley a las necesidades de la vida civil, poniéndola en concordancia con el fin social y, por ende, moral, que ha de revestir todo acto jurídico y hasta todo hecho jurídico lícito”.⁽⁷⁴⁾

Resulta fácil apreciar la trascendencia del concepto para la materia que estamos tratando.

4.5. “ILICITUD CAUSAL”, “SIMULACIÓN” E “INTERPOSICIÓN GESTORIA” EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Ingresamos aquí a la parte fundamental de nuestro ensayo, en la que intentaremos dar satisfactoria respuesta a los interrogantes que el tema plantea.

El inicio de la labor ha sido, por fuerza, un examen profundo de los diversos supuestos que se conforman, a efectos de establecer las distintas figuras en que encuadran. El resultado de tal análisis cristalizó en la selección de los tópicos de que nos hemos ocupado precedentemente, y que corresponde ahora aplicar a la temática “societaria”.

La observación atenta de la densa casuística, además, nos ha permitido detectar los “momentos” en que se producen —o pueden producirse— las situaciones que la doctrina que impugnamos califica de “abuso de la personalidad”. Estas “zonas críticas” —de naturaleza esencialmente “negocial”— se alinean en un amplio espectro que abarca desde el propio “acuerdo constitutivo” hasta el negocio “vinculatorio” de la sociedad con terceros, cada uno de los cuales —en pro de una mejor exposición— habremos de tratar separadamente, destacando las hipótesis más significativas.

4.5.1. En el “acuerdo constitutivo”

En el negocio jurídico mediante el cual la sociedad se forma pueden verificarse, a menudo, algunas de las situaciones antes descriptas.

Quizá el caso más simple —y frecuente— sea el de la “simulación absoluta”, que —como es obvio— provocará la extinción de la persona colectiva. Así razona Messineo para concluir en la responsabilidad del ente “madre”, único miembro de la “filial”⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ En “El objeto-fin social del acto jurídico” (en *Jurisprudencia Argentina*, 1943-IV-pág. 248). Es ilustrativo el pensamiento de Kent que Vélez Sársfield cita en la nota al artículo 3136 del Cód. Civil: “sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara”.

⁽⁷⁵⁾ En *Le società di commercio collegata*, Padova, 1932, págs. 12 y sigtes. Procede una breve referencia a las denominadas “Empresas del Estado” (leyes Nros. 13653,

Pero la mayor riqueza de matices se observa, sin duda, en punto a la "ilicitud de causa", que comprende —como se ha señalado— los supuestos en que el acuerdo se lleva a cabo con el fin de eludir una norma imperativa o lesionar intereses ajenos. Ejemplos de ello son, en ese orden, la sociedad constituida por extranjeros para el desarrollo de actividades reservadas a los nativos, y la formada por los ex condóminos propietarios de un fondo de comercio —transferido con obligación de no establecerse en determinada zona— para la explotación comercial del mismo ramo dentro de aquélla⁽⁷⁶⁾.

Acotamos que con similar propósito puede recurrirse, además, a la "simulación de personas" (verbigracia, haciendo aparecer como "partes" a los cónyuges —nativos— de los extranjeros, en la primera de las hipótesis citadas).

Por último, debemos destacar que tales anomalías —una vez comprobadas— acarrearán la "invalidez" o "inexistencia"⁽⁷⁷⁾ del acuerdo, con el consiguiente efecto extintivo de la personalidad social.

4.5.2. En los negocios jurídicos de los socios

Advertimos que de ahora en más damos por presupuesta una sociedad perfectamente constituida, lo que implica que las anomalías que señalaremos anidan *en otro negocio* y no en el "acuerdo" inicial. Este hecho es ignorado por los teóricos de la "penetración", que —en su afán "desestimatorio"— embisten contra la persona colectiva en casos de "abuso" de un instituto diferente.

Fuera de las hipótesis de "concentración" de todo el capital en un único sujeto —en virtud de transferencias *inter socios* o entre éstos y

14380 y 15023), respecto de las cuales se ha empleado más de una vez el recurso de la "penetración" (confrontar la jurisprudencia publicada en *El Derecho*, tomo citado, págs. 380 a 383). Pensamos que para la solución de los casos que aquéllas plantean, basta reparar en que se trata de *órganos* de la persona jurídica "Estado", a los que —por razones de agilidad— se dota de un manejo autárquico y de "personería". A mayor abundamiento, cabe anotar que tales "personas jurídicas colectivas" poseen un único "miembro": el propio Estado. Atento a ello, no puede discutirse la responsabilidad de la Nación, a pesar de los patrimonios aparentemente diferenciados.

(76) Existe también "ilicitud causal" en el *acuerdo constitutivo* en el caso "Sindicato Unico Portuarios Argentinos (Supa)", resuelto por la Sala "D" de la Cámara Nacional Civil (*El Derecho*, tomo 36, págs. 407/409).

(77) Esta categoría —impugnada por algunos sectores— es rescatable de las críticas que se le han dirigido, y se configura en casos de *absoluta ausencia* de un requisito "esencial" (verbigracia, la manifiesta falta de pluralidad de partes). La "invalidez", en cambio, refiere a supuestos en que aquéllos se encuentran viciados" (Confrontar: Betti, op. cit., págs. 351/353).

un tercero⁽⁷⁸⁾ — intentaremos demostrar que aquélla permanece incólume.

4.5.2.1. *Con la sociedad*

Es posible que los socios recurran a la contratación con la entidad que integran para propósitos ilícitos, ya sea mediante negocios ficticios o reales.

En los supuestos de “simulación”, entendemos que el carácter de “miembro” —en sí intrascendente para el acto, dado que aquél actúa como “tercero”— puede constituirse en una de las pautas que, en el complejo fáctico, adquieren relevancia para descubrirla. En cuanto a los negocios verdaderos, es aplicable lo expuesto acerca de la “ilicitud de causa”. Debemos agregar, no obstante, que el carácter de “socio” puede dar pie a presumir la connivencia fraudulenta entre ambas partes.

4.5.2.2. *Con otros socios*

Observaciones similares a las consignadas en el punto anterior caben en el presente. Sólo procede añadir que los negocios jurídicos entre miembros de la sociedad pueden versar sobre intereses *relativos* o *extraños* a ésta,⁽⁷⁹⁾ de cuya especie —*intuitu personae*, *intuitu rei* o “mixta”— dependerá la proyección del vínculo “consocial” a efectos indicativos del carácter “simulado” o “fraudulento” de los mismos.

4.5.2.3. *Con terceros*

Por razones obvias, sólo quedan comprendidos aquí los negocios con terceros cuyo objeto se relacione con la “participación” en el ente social⁽⁸⁰⁾

Cabe puntualizar, reiterando conceptos, que se ha pretendido muchas veces ubicar el *fraus* que puede perpetrarse mediante la cesión de cuotas o acciones *en la sociedad misma*, con la consiguiente impugnación y caída del “acuerdo”. Sin excluir la posible maniobra fraudulenta en esa instancia —tema ya considerado *supra*— insistimos acerca del error de tal encuadre en ocasiones en que la hipótesis se excluye en absoluto. Verbigracia: cuando uno de los cónyuges —previo a divorciarse— transfiere

(78) A pesar de la opinión de Messineo —en la obra últimamente citada— entendemos que la sociedad se *extingue*, salvo el caso de una norma que expresamente disponga en contrario (como el ya mencionado art. 94, inc. 8, de la ley 19550). Es fácil deducir que la extinción se produce por efecto —indirecto— del negocio de transferencia.

(79) En el primer caso, por ejemplo, cesión de cuota social.

(80) Verbigracia: constitución de “usufructo” de acciones. Los negocios referidos a bienes del miembro que no poseen tal carácter no encuadran —ni siquiera indirectamente— en la temática que abordamos.

su parte en la entidad lícitamente constituida con el otro, resulta de toda evidencia que es éste el negocio afectado y no el societario.

4.5.3. En los negocios de la sociedad con terceros

Nuevamente debemos mencionar la "ilicitud causal" y la "simulación", pero ahora con referencia a los negocios que la *persona colectiva* puede concluir persiguiendo un fin que el orden jurídico reprueba⁽⁸¹⁾. A su respecto, cabe el envío a los lugares en que ambos tópicos han sido tratados, por cuanto lo que allí se consigna les es integralmente aplicable.

Por el contrario, lo que conviene examinar cuidadosamente en este punto es el fenómeno de la "interposición gestoria", que juzgamos decisivo para el esclarecimiento de innumerables hipótesis.

A menudo, en efecto, la sociedad contrata con terceros sin que se evidencie —en el acto *en sí*— "ilicitud" alguna. No obstante, ella se produce, y consiste en procurar a la totalidad o a algunos de los socios resultados que normas legales o convencionales prohíben.

Sabido es que también en estos casos se pretende "desestimar" la "ficticia" personalidad social, sobre la base de los mismos argumentos que antes se expusieron.

Nuestra postura es otra. Consideramos que toda vez que un miembro —en condiciones de *determinar* la actuación del ente⁽⁸²⁾— utiliza el instrumento corporativo para tales fines, el negocio debe reputarse concluido por "*persona interpuesta*". En síntesis, la sociedad asumiría —sin conocimiento de la contraparte— el rol de *representante "indirecto"* de quien, desde su "substrato", la impulsa a vincularse y es, en definitiva, el verdadero sujeto negocial.

Queda en claro, así, que —lejos de negarla— afirmamos la vigencia del ser colectivo, a punto de proclamar que se configura una "interposición *real*" de *persona*. Y que en esta visión la "ilicitud causal" se hace notoria, viciando el acto con las consecuencias ya apuntadas.

Quizá deba agregarse que no se requieren, en la especie, las posteriores instancias de asunción o transmisión —que mencionamos al tratar el instituto— dado que los efectos del negocio repercuten en forma relativamente directa en la esfera de intereses del "gestionado"⁽⁸³⁾.

(81) Por ejemplo: enajenaciones —reales o ficticias— para substraer bienes del patrimonio de la entidad, en perjuicio de los acreedores sociales.

(82) Es de hacer notar que Serick —coincidentemente— afirma que el "abuso" de la persona colectiva supone la actividad de quien esté en condiciones de dominar a la sociedad a voluntad (op. cit., pág. 244).

(83) Llamado "representado (indirecto)". Acentuamos el carácter "relativo" —puesto que el patrimonio de la sociedad se mantiene diferenciado de aquél del socio— de la "repercusión", a pesar de lo cual el miembro obtiene (por su participación

4.6. COROLARIO

Cumplida ya la labor que nos habíamos propuesto, es posible —y conveniente— extraer un corolario que ratifica nuestro juicio inicial.

Creemos que de ella se colige, ante todo, la endeble factura de los intentos hasta ahora realizados.

Se ha puesto en evidencia, en efecto, que la teoría de la “penetración” no alcanza a comprender todas las hipótesis ni resuelve los problemas que se generan en su torno. Su error fundamental consiste en que la fórmula “desestimatoria” choca contra la *realidad* “ideal-jurídica” de la “persona colectiva” —sin conseguir aniquilarla— y fracasa, además, porque prescinde en absoluto de la figura clave del fenómeno. Lejos estamos de negar la existencia de “empleos *abusivos*”, pero se impone convenir en que el objeto de los mismos es, precisamente, el *negocio* (84).

Acorde a esa concepción, no resulta extraño que también se aspire a consagrar el recurso para resultados *favorables* a los miembros, configurándose la llamada “penetración *positiva*”. Contra ésta —casi huelga expresarlo— son valederos los mismos argumentos que nos inclinan al rechazo de la otra especie, y que sería ocioso repetir aquí (85).

Observaciones de similar contenido —aunque en diferentes aspectos— caben para la doctrina de la “redhibición”, cuyo aporte es mínimo para elucidar la problemática. Coincidimos con ella sólo en los casos de *acuerdos constitutivos* “simulados” o con “ilicitud de causa” (si bien rectificando su noción de este elemento) y en aquellos en que la entidad se

en las utilidades) el resultado apetecido. Similar situación se produce en los casos de “interposición gestoria” de un cónyuge por el otro (en razón del régimen económico del matrimonio).

(84) Y no las “personas colectivas”. Para las diferencias que separan el “abuso del derecho” —incorporado expresamente a nuestro Código Civil por la ley 17711 (art. 1071)— del “abuso de la función instrumental del negocio”, confrontar Betti, *op. cit.*, págs. 286 y 287. Además, nada se explica —mediante aquél— acerca del “dónde” de los vicios, ni sus consecuencias.

(85) Reiteramos que la “personalidad” de todos los sujetos de derecho es, en el plano “ideal-jurídico”, *real*. Y que, por ende, resulta inaceptable la caprichosa “prescindencia” de ella (a *favor* o *en contra* de los hombres que constituyen su “substrato”). La “penetración *positiva*” ha sido receptada, a pesar de ello, por la jurisprudencia de algunos países. La nuestra ofrece varios ejemplos. Es ilustrativo —al respecto— el fallo plenario de la Cámara Nacional de Paz (citado *supra*), mediante el cual se resuelve que “la sola circunstancia de constituir los coinquilinos una sociedad de responsabilidad limitada, no configura causal de desalojo” (por transferencia prohibida de la locación). No dudamos que la *ratio legis* del art. 39 de la ley 16139 puede fundar la exclusión de la hipótesis analizada de los casos prohibidos, pero tampoco hesitamos en afirmar que —en la especie— existe *transferencia* (lo que parecería ser negado por algunos de los integrantes del tribunal).

extingue por ausencia de un requisito esencial⁽⁸⁶⁾. En los demás —lo demuestra el propio desarrollo de este trabajo— su inaplicabilidad se hace evidente a poco que se compruebe que la “imputación diferenciada” funciona como corresponde⁽⁸⁷⁾.

Por nuestra parte, hacemos del “negocio jurídico” la piedra angular del ensayo, convencidos de que en el campo de su “patología” se originan las grandes líneas clarificadoras.

En enfoque que propiciamos tiende a aprehender las peculiaridades de cada supuesto, como punto de arranque para su ulterior encuadre en los institutos que la moderna dogmática prevé.

Podrá extrañar, quizá, que la “personalidad” no asuma aquí el papel protagónico que le asignan casi todos los autores, y —aún más— que cuando nos ocupamos de ella sea para afianzar —contra la corriente mayoritaria— la del “sujeto colectivo”.

De todos modos, no aspiramos a la unánime coincidencia sino, simplemente, a contribuir con el fruto de un esfuerzo serio.

Pretendiéndolo así, hemos tratado de fundar las soluciones propuestas —cuyo ámbito de validez es mucho más amplio que el hasta ahora advertido—⁽⁸⁸⁾ en criterios científicos rigurosos. Ello implica, al mismo tiempo, la exclusión de subjetivos sentimientos de justicia que —manejados caprichosamente— generan, de continuo, posturas equívocas.

Por último, ¿podrá nuestra tesis coadyuvar a la dilucidación del tema? Aun abrigando la esperanza de que así sea, no está en nosotros —es obvio— dar la respuesta definitiva.

(86) Por ejemplo, su “plurilateralidad” (en caso de concentración de todo el capital en una sola parte).

(87) Y, en consecuencia, no opera una “imputabilidad simple”. Remitimos a lo antes consignado en la nota “59”.

(88) Queremos significar que a los “actos”— y aun a los simples “hechos”— jurídicos pueden aplicárseles, asimismo, las conclusiones que propiciamos. Verbigracia, al “hecho” de *establecerse* comercialmente (dentro del pactado radio de “no competencia”), o al “acto” de *inscripción* en la lista de proveedores del Estado (caso “Marcos Pechenik, SACIFI, resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires; en *El Derecho*, tomo 31, págs. 386/387).