

LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD

JUAN ERNESTO CAMBIASO

La existencia de ciertos entes, evidentemente distintos a los seres humanos, pero sujetos de derecho como ellos, empíricamente improbables pero jurídica e históricamente imprescindibles, ha hecho que los estudiosos de lo jurídico dedicaran gran parte de su tiempo y mucha de su energía intelectual para llegar a comprender la naturaleza jurídica de la sociedad. Tanto ha sido así que Tullio Ascarelli pudo afirmar que en los países de lengua latina éste es el objeto principal de la disputa dogmática.

Esta búsqueda no es intrascendente, porque al determinar la naturaleza de un instituto jurídico solucionamos en gran parte el problema de los jueces y los abogados, así como el de los legos que se sirven de él, acoplando al instituto la serie de principios generales que acompañan a todos aquéllos otros que comparten su naturaleza, así como los propios que se derivan de ella. Es decir que el jurista en este trabajo sigue primeramente un camino inductivo ascendente hasta aclarar la cuestión oscura y luego otro deductivo descendente al tratar de derivar de la naturaleza los principios que le son implícitos.

La legislación continental no dudó en incluir a la sociedad entre los contratos sin hacer salvedad mayor, considerándolo un contrato de cambio con algunas peculiaridades.

Pero la teoría general del contrato del siglo pasado no era lo suficientemente amplia como para comprender al de sociedad sin distorsionarse a sí misma. Las nuevas teorías contractuales fueron ampliando el concepto de contrato, liberándolo del imperativo de referirse a dos declaraciones simétricas y antitéticas de voluntad.

Louis Jesserand en un artículo publicado en 1836 que denominó "El Desarrollo Moderno del Derecho Contractual" niega valor para el derecho positivo a la sentencia con que Cicerón calificaba al derecho natural como el verdadero derecho, aquella ley

tanto sempiterna como inmutable, por demasiado simplista, artificial y desgajada de la verdad cual es que el derecho es una ciencia social que estudia la sociedad humana en constante devenir. Observa Josserand un desarrollo cuantitativo así como cualitativo de la institución contractual. Ejemplo de este último es la ampliación del contenido obligatorio de los contratos respecto de terceros.¹

Pero afirmar esta ampliación del número de contratos como del alcance del objeto de la obligación emergente implican de parte de quienes lo aceptan y como primer paso lógico, una ampliación del concepto mismo de contrato "admitiendo en él todas las voluntades concurrentes emitidas y unidas con ánimo de producir obligaciones, sin distinguir acerca de las condiciones en que se produce esta unión, ni en razón de los resultados, fugaces, temporales o permanentes a que conduce". Es decir que existe contrato "aun cuando el negocio jurídico no se refiera a dos declaraciones simétricas y antitéticas de voluntad, y aun cuando no entrara por consiguiente en el molde de la stipulatio romana" (palabras del mismo Josserand).²

No todos aceptaron dar este paso conceptual, y solucionaron el flagrante problema de diversas maneras:

Messa por su parte sostiene que es un contrato bilateral, independiente del número de partes intervinientes. Las características propias emanan de la existencia de pluralidad de obligaciones y del fin social, aunque la sociedad sea de dos socios; de ahí la peculiaridad de los efectos del incumplimiento.³

En 1892 Kuntze desarrolló la teoría del "Gesamtakt" o acto complejo en el cual las voluntades individuales no sólo son interdependientes y juegan unidas sino que se funden en una sola y misma voluntad, no habiendo por lo tanto ni siquiera contrato.⁴

Tres años más tarde Gierke en su libro "Deutsches Privatrecht" publicado en Leipzig, partiendo de la insuficiencia explicativa del contrato, sobre todo respecto de terceros y de los socios frente a la corporación elabora la teoría denominada "del acto social constitutivo", que es la culminación de la idea de Kuntze. Ve en la sociedad un acto unilateral formado por la voluntad de los socios dirigida a la creación de una persona distinta de ellos.⁵

¹ LOUIS JOSSERAND, "El Desarrollo Moderno del Derecho Contractual", La Ley, 1936, t. II.

² Idem.

³ Citado por I. HALPERIN en "Sociedades Comerciales, Parte General", Depalma, 1966, pág. 11.

⁴ KUNTZE, "Der Gesamtakt als neuer Rechtsbegriff", en "Festschrift der Leipziger Juristen Fakultät f. Mueller", 1892.

⁵ GIERKE, "Deutsches Privatrecht, Leipzig, 1835.

La teoría del acto colectivo fue sostenida en Alemania por Witt y en Italia por Messineo en su libro "Studi".² Afirman que esta voluntad no es única sino una voluntad pluripersonal formada por yuxtaposición e interdependencia de las voluntades singulares para la satisfacción de intereses paralelos. Es una mera suma de voluntades, diferente de la única y compleja de Gierke, y no una síntesis de ellas como en el contrato.

Otros autores italianos, Soprano y Salandra, llegaron por esta vía a una solución mixta, aplicando la teoría del acto complejo a las relaciones de la sociedad con terceros y sosteniendo el contrato para explicar el vínculo entre los socios. Es decir que la sociedad sería simultáneamente un acto bilateral contractual y uno unilateral; en palabras de Ascarelli "un acto doble: contrato y declaración colectiva unilateral hacia terceros".³

Por otro camino marcharon Renard y Hauriou al desarrollar la teoría de la institución, concebida como una idea de obra que se realiza y perdura en un medio social, caracterizada por las notas siguientes: una idea directriz, un principio de autoridad que hace realizable la idea, existencia de identidad o comunión entre los socios. Esta teoría tiene como virtud describir algunos de los aspectos de las sociedades anónimas, pero su contenido jurídico es inferior al sociológico, por lo que el objeto de su estudio es distinto que el del nuestro: ella estudia la sociedad como fenómeno social y no como instituto jurídico.^{4 7 8}

Contra la actitud doctrinaria que se opone a ver en la sociedad intereses contrapuestos y niegan por eso su naturaleza contractual afirmase que esta contraposición se da tanto en el momento de la constitución cuanto durante la vida de las mismas: en la creación durante el proceso de evaluación de aportes; a lo largo de su funcionamiento en la distribución de dividendos o en el caso de aumento de capital, o en cualquier decisión de la mayoría; en la liquidación con los problemas de partición del haber societario. Por eso Ascarelli observa con Ferri, a quien transcribe, que la "unión entre prestaciones y realizaciones del interés individual no es directa, sino que pasa a través de un diafragma que es al efecto representado por la actividad social con la consecuencia de que la prestación no tanto es, como en los contratos de

² MESSINEO, Citado por I. HALPERIN en "Sociedades Comerciales. Parte General", Depalma, 1966, pág. 12.

³ SOPRANO y SALANDRA, Citados por GERVASIO COLOMBRES, "Curso de Derecho Societario. Parte I", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1944, pág. 20.

⁴ M. HAURIOU, "La Théorie de l'Institution et de la Fondation", en 4^e Ann. Cahier de la Nouvelle Journée", Paris, 1925.

⁷ G. RENARD, "La Théorie de l'Institution Essai d'ontologie juridique", 1er. vol. partie juridique, Paris, 1930.

cambio, destinada a realizar el interés de la otra parte, cuanto es destinada a permitir el desenvolvimiento de aquella actividad de la cual dependerá luego la realización del interés individual". Característica que no da como exclusiva del contrato plurilateral sino de todos aquéllos destinados al ejercicio de una actividad frente a terceros, cuando la actividad es común.

Diferenciar a la sociedad del resto de los contratos por "el fin común de los socios" merece también críticas. La sociedad no es un fin en sí misma, es un medio o instrumento jurídico. Tampoco tiene un fin propio. Los fines son de los socios, la sociedad sólo tiene un objeto que es su destino, el campo de su actividad.¹²

El "fin común de los socios" aparece cuando ellos todavía no son tales, y es querer la sociedad y moverse para crearla, satisfacer por su intermedio intereses personales. No hay por lo tanto fin común de los socios sino fin común de las personas independientes, el que al realizarse por la creación de la sociedad los transforma en socios, y ser socio quiere decir haber creado un medio para tratar de satisfacer intereses no coincidentes ni paralelos. El fin común es el inspirador del medio, que es realizado por personas singulares, y que otorga a los participantes en su creación la calidad de socios por el propio hecho de la participación en esa comunidad de medios y poderes, como la llamó Ferri.

La forma cómo estas personas crean el medio común es la siguiente: Concurren con sus voluntades inspirados por el fin común, las coordinan y estatifican de acuerdo con una síntesis lograda de intereses contrapuestos. Y esto no es más que un contrato de muchas partes, un contrato plurilateral, que debemos distinguir del contrato de cambio en lo siguiente: mientras el objeto de los contratos de cambio puede ser un "do ut des", un "do ut facias" o un "facio ut des", el contenido de los contratos plurilaterales puede ser alternativa o conjuntamente un "do ut dent", un "do ut faciant" o un "facio ut dent". Sólo hemos vertido al plural la fórmula tradicional, y en ese plural comprendemos todas las nuevas relaciones que se presentan en la sociedad: de los socios entre sí, de ellos con la sociedad, es decir todas las figuras que se presentarán al momento de la creación del contrato o con la acción jurídica de la persona jurídica que de él emana, relaciones que Ascarelli ve con los caracteres de la circularidad.

A esta altura de los hechos el "fin común de los socios" no existe más, pues ese fin parajurídico, psicológico y motivacional que tanta importancia tenía antes de la creación del contrato,

¹² H. P. FARGOLI, "En torno al contrato de Sociedad", *Jurisprudencia Argentina*, 1958-1, Sec. Doctr., pág. 63 y sigs.

pues era el que iba a determinar su creación así como su contenido, al ser un logro, un objetivo alcanzado, desaparece como tal. Es así que un objetivo común ha hecho que los intereses contrapuestos como tales se reunieran y trataran de satisfacer en forma de sociedad intereses que siguen siendo individuales. Nadie al comprar acciones de una sociedad anónima en bolsa o suscribir parte de una serie junto con varios miles de individuos se va a preocupar de tener un fin común con ellos, buscará, eso sí, satisfacer sus propios deseos tratando de sacar la mayor ventaja lícita de su aportación; ha sin duda alguna contratado. Lo único común entre los socios es querer formar una sociedad o participar en ella, es decir, el simple deseo de contratar, de la misma manera que lo único común entre un comprador y un vendedor es celebrar el contrato que llamamos de compraventa.

Ese medio o instrumento jurídico, organizado como persona jurídica tiene origen en un contrato plurilateral que por organizarla se llama de organización y que contiene en forma mediata, ex-lege, y en forma inmediata, un conjunto de normas que van a regir parcialmente la conducta de ciertos individuos que crean por ellas su propio sistema de emitir la voluntad común y obligarse comúnmente en y a través de la sociedad.

Este contrato plurilateral le organización, llamado sociedad, debe ser distinguido del llamado negocio pluripersonal, en la que hay un negocio jurídico pluripersonal, pero, y aquí está el quid de la cuestión, unilateral; hay un conjunto de declaraciones de voluntad de varias personas que forman una sola parte, que obran todas en una única dirección en protección de un interés único o centro de interés. En cambio el negocio jurídico plurilateral se caracteriza por la existencia de pluralidad de partes, de intereses parciales que hacen que las partes actúen movidas hacia distintos centros de interés. No hay entre ellas similitud alguna. Para mayor claridad de esta diferencia T. Ascarelli en el segundo párrafo del quinto capítulo de sus "Saggi di Diritto Commerciale" distingue del contrato plurilateral la pluralidad que Messineo había indicado en la delegación (concebida, en contraste con la doctrina dominante, como negocio único), y en la constitución de dote de parte de un tercero, hablando al efecto de negocio plurilateral. En ese sentido dice: "Las dos categorías parían en realidad de una diversa fenomenología y llegaban en cuanto a la sociedad a conclusiones opuestas, en virtud del lógico desarrollo de premisas opuestas, si bien que el recurso común a un mismo adjetivo no hubiera debido producir confusión".

"Jamás se pensó en aproximar sociedad y delegación pues:

- a) Contrato de un número indeterminado de partes en un caso; negocio (negocio único) necesariamente de tres (no más ni menos de tres) partes en el otro.

"b) Falta en el primer caso de aquella tipicidad del objeto de la prestación que en vez sí subsiste en el segundo.

"c) Subsistencia en un caso de una identidad del tipo de los derechos de todas las partes; Inexistencia por el contrario en el segundo.

"d) Aplicabilidad en el primer caso de una disciplina peculiar (y distinta de aquella general de los contratos) en relación con los efectos de la validez y los vicios de la adhesión singular sobre la suerte del contrato; Inaplicabilidad en el segundo.

"e) Situación que llamaría circular en el primer caso y en cambio (según la imagen tradicional para la delegación) triangular en el segundo.

"f) Afirmación en la primera doctrina de la contractualidad de la sociedad y negación de esta contractualidad en la segunda doctrina."

Hecha esta salvedad enumeraremos en primer lugar los caracteres de este contrato cuya naturaleza jurídica acabamos de determinar, a continuación de lo cual, y consecuente con lo afirmado en la primera parte sobre la importancia de la determinación de la naturaleza de un instituto jurídico, seguirán los corolarios que se derivan de su naturaleza contractual, plurilateral y organizativa.

Con respecto a los caracteres de la sociedad diremos que es un contrato consensual, conmutativo, de formación instantánea o por un proceso de constitución sucesiva o por un único acto abierto a posteriores adhesiones, oneroso, de ejecución continuada (carácter que se deriva no de los aportes debidos y no integrados sino de su naturaleza organizativa).

Parte de la doctrina, así Brunetti, y la Cámara de Apelaciones en lo Comercial propugna la bilateralidad del contrato. Por su parte el Dr. Isaac Halperín dice que no se debe confundir onerosidad con bilateralidad y compartiendo la opinión con Greco afirma que las prestaciones no están destinadas a contraponerse o a entrecruzarse sino que concurren a un objetivo común, que consecuentes con lo dicho anteriormente no puede ser más que la satisfacción de intereses particulares y la unión de las prestaciones a través del diafragma de la actividad social de que hablaba Ferri. Asimismo el Dr. Halperín distingue el contrato asociativo del contrato de cambio en que el incumplimiento no autoriza la rescisión sino la exclusión del socio; la exceptio non adimpleti contractus no se aplica si el objeto es realizable y en que la posibilidad y necesidad de cumplir el fin social y la continuidad de la sociedad dominan la igualdad de deberes y derechos existentes.

Siguiendo con el desarrollo previsto podemos deducir de la naturaleza jurídica de la sociedad y de sus caracteres como contrato los siguientes corolarios que completan la descripción que pretendemos lograr en este trabajo.

El primero de ellos es que hay dos o más partes, a diferencia de lo que ocurre con el contrato bilateral de cambio. En segundo lugar todos los participantes son titulares de derechos y de obligaciones, sin excepción. Cada una de las partes está vinculada por derechos y obligaciones hacia las demás y con la sociedad, en una situación que tiene los caracteres de la circularidad.

Otros corolarios son la posible complejidad del iter de constitución sucesiva si la ley lo permite. La asamblea constitutiva podrá, si se le permite en la ley, pronunciarse por simple mayoría. Es la comunión de fin del contrato, autónomo del mismo, la que fija los límites de los derechos y obligaciones de las partes.

En cuanto al efecto de los vicios sobre la existencia de la sociedad debemos remarcar que el dolo deberá existir en la voluntad de todas las partes para volutar el contrato. Asimismo la ilicitud de la adhesión singular es netamente diferente de la ilicitud del objeto de la sociedad; aquel produce la separación del socio y la disminución del capital social, éste nulifica el contrato todo. Es decir que hay que distinguir siempre el vicio de la adhesión singular del vicio del contrato.

No existe tampoco sinalagma funcional: el incumplimiento de una de las partes deja existente el contrato; no se aplican entre los socios el pacto comisorio tácito o la excepción de incumplimiento. El ingreso y egreso de socios se produce sin que exista novación. Por respecto a la seguridad de los socios los efectos de la nulidad son *ex-nunc* y no *ex-tunc*.

Del carácter instrumental del contrato se deriva que la ejecución de la obligación de las partes no agota el contrato sino que es premisa de la actividad posterior; por lo que deberá haber necesariamente un término de duración y deberán estar previstos legal o estatutariamente los regímenes de disolución y liquidación. Por el mismo carácter instrumental habrá también un fondo común.

De la pluralidad de partes y relaciones se postula necesariamente, dada aquella circularidad de la que hablaba Ascarelli, la falta de un contenido típico en las prestaciones de las partes, y la identidad del tipo de derecho de las mismas, es decir que los elementos variables son la cantidad del género en que consistan y el objeto de las obligaciones que les son recíprocas. La relación de equivalencia se da, pero establecida en relación con todos los demás cocontratantes.

El destino de las prestaciones es el nuevo sujeto y no el o los cocontratantes como en el contrato de cambio. Por ello, aunque los intereses sean opuestos, la satisfacción es común. Los fines de los contratantes son, como hemos visto, obtener utilidades o bien gozar de bienes y servicios.

Con el desarrollo de estas deducciones derivadas de principios más generales, analizadas en nuestra doctrina contemporánea por los doctores Isaac Halperin y Gervasio Colombres, a quienes hemos seguido en su desenvolvimiento, se completó el cuadro que pretendíamos tener de la naturaleza jurídica de la sociedad.¹¹

El problema se centró en tres objetos principales de estudio: El primero fue si la bilateralidad era esencial al contrato. Hemos visto que no hay tal y que la pluralidad no es ajena al concepto de contrato. El segundo fue si en la sociedad había o no una pluralidad de centros de interés; hemos demostrado la afirmativa y visto que lo único común es la voluntad de contratar. El tercero y último fue conciliar esta pluralidad de intereses y el motivo común en relación a la falta de un objeto típico de las varias prestaciones; lo que hemos podido hacer gracias al aporte conceptual de Ferri y a la claridad de la imagen del diafragma de la actividad social en el que se realiza la unión indirecta entre las prestaciones y las realizaciones del interés individual.

Por fin con los caracteres del contrato y los corolarios de su naturaleza jurídica terminamos el presente estudio con la esperanza de que se pueda decir de él que es útil y cierto.

¹¹ I. HALPERIN, *op. cit.*, pág. 29 y siguientes. GERVASIO COLOMBRES, *op. cit.*, pág. 31 y siguientes.