

LA FORMA EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD

Víctor Hugo Bolaños Velarde*

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Forma y Contrato.- 2.1. La forma en el acto jurídico.- 2.2. Normas especiales sobre la forma en el contrato.- 3. El Contrato de Sociedad.- 3.1. Definición.- 3.2. Elementos constitutivos.- 3.3. Diferencias con otros contratos.- 4. La Forma en el Contrato de Sociedad.- 4.1. La Problemática de la forma en el contrato de sociedad.- 4.2. La forma en el auto constitutivo.- 4.3. La forma y los estatutos.- 4.4. La forma en los aportes.- 4.5. La forma registral.- 5. Las Sociedades Irregulares.- 5.1. Ausencia de forma y sociedades irregulares.- 5.2. Alcances del contrato de sociedad en el caso de las sociedades irregulares.- 5.3. La responsabilidad ilimitada.- 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

El Código Civil, al regular el acto jurídico, distingue la forma solemne de la probatoria. La primera, establecida por la ley o la voluntad, es requisito para la existencia del acto jurídico. En su defecto, el acto jurídico es reputado inexistente; por eso su inobservancia se sanciona con la nulidad del acto correspondiente. En cambio, la forma probatoria no afecta a la sustancia del acto jurídico. Es simplemente un medio probatorio; por lo tanto, prescindible.

(*) Profesor Contratado de Derecho Civil

Estas normas generales sobre la forma de los actos jurídicos son aplicables a todo acto jurídico; incluso a aquellos que no están regulados en el Código Civil. Por consiguiente, son aplicables al contrato de sociedad, regulado en la Ley General de Sociedades.

Nos interesa, pues, determinar cuál es la forma que tiene el contrato de sociedad. Absuelto este tópico podremos establecer sus efectos. Así, si la forma fuera solemne la inobservancia acarrearía su nulidad; consiguientemente, su inexistencia jurídica. Pero, como no tiene tal solemnidad, conforme al punto de vista que sostendremos en este trabajo, el solo consentimiento de las partes basta para perfeccionarlo. En consecuencia, no se requiere de forma específica alguna para que el contrato social surta efectos.

Pero, podemos preguntarnos si basta este contrato, sin forma determinada, para que se origine una sociedad. La respuesta es no. Y es no porque el contrato social no origina la sociedad. Esta última es una persona jurídica que nace con la inscripción del contrato social en el registro que corresponda. La constitución de la sociedad implica el cumplimiento de una forma de orden público, que impone la inscripción registral.

De no mediar la inscripción prescrita por la ley no se origina persona jurídica alguna. Pero dada la naturaleza específica del contrato social, éste origina un sujeto de derecho que la ley denomina sociedad irregular.

Estos son los alcances que tiene la problemática de la forma en el contrato de sociedad y que en el presente trabajo se examinan.

2. FORMA Y CONTRATO

En su artículo 140, destinado a la definición del acto jurídico, el Código Civil vigente se ocupa de la forma. La considera requisito de validez del acto jurídico, a condición que esté prescrita bajo sanción de nulidad. Quiere decir esto, que a falta de tal prescripción la forma dejaría de ser un requisito que condicione la validez del acto.

Este razonamiento nos conduce a formularnos una pregunta: ¿El acto jurídico tiene forma sólo cuando ésta es prescrita bajo sanción de nulidad?. La interrogante planteada está vinculada con la elaboración del concepto de forma, y es a esta elaboración a la que nos queremos abocar para iniciar el desarrollo de este tema. Respondiendo, pues, a la pregunta formulada, diremos que no. El acto jurídico, en consecuencia, tiene forma así ésta no haya sido prescrita bajo sanción de nulidad.

La afirmación anterior se funda en un análisis dogmático de nuestro texto

legislativo.¹ Para nuestra legislación, pues, todo acto jurídico tiene forma. Si la prescrita bajo sanción de nulidad es requisito para la validez del acto, la forma, considerada en terminos generales, es condición para su existencia. A falta de forma el acto jurídico carece de existencia.

Se advierte la amplitud conceptual que tiene la problemática de la forma. La definición que elaboremos de ella ha de cubrir todo este panorama. Por consiguiente, la problemática de la forma en sentido estricto o jurídico y la forma en sentido amplio, que recorre a un sector de la doctrina, es por completo ajena a nuestra legislación.²

Teniendo en cuenta esta delimitación del espectro de la forma, podemos definirla como el modo en que se objetiva un acto jurídico, permitiendo a los demás reconocer su contenido. Siendo la declaración de voluntad el elemento central del acto jurídico, la forma se nos presenta como la plasmación física de esa declaración. Voluntad que se declara, voluntad que se plasma físicamente, que adopta una forma. De allí que, la ausencia de forma implique la ausencia de declaración; consiguientemente, la inexistencia del acto.

Por esta razón, Albaladejo escribe que la "forma es el modo de ser del negocio, la manera (palabra, escrito, ceremonia, etc.) de realizarse".³ Y luego agrega que "no es un elemento más del negocio... sino que es la *vestidura exterior* de estos

¹ Distinta es la situación que encontramos en la legislación argentina. El texto de su artículo 973 permite otra elaboración doctrinaria. Así, dispone él: "La forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico: tales son: la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar". A partir de este texto legislativo en consecuencia, se puede sostener que la forma es la solemnidad impuesta al acto. De donde se deduce que sólo los actos solemnes tienen forma, mientras que los otros carecen de ella.

² Lohmann se aproxima a esta problemática cuando escribe: "La forma (en cuanto solemnidad), por lo tanto, no es requisito para la validez del negocio jurídico, sino de algunos negocios jurídicos y en ellos resulta más apropiado referirse a formalidad, en tanto que observancia de distintas formalidades o formas rituales, que referirse a su forma, que es sólo la manera de plasmar una declaración, aunque las partes o la ley no hayan instituido ciertas formalidades. Es claro que todo negocio tiene una forma, un modo especial que lo compone, una figura que se exterioriza y se hace social y jurídicamente relevante de una manera cierta; si la declaración no tuviera forma no sería reconocible. En este sentido, forma es todo aquello que sirve de vehículo a la exteriorización de la voluntad. Pero no es exacto que todo negocio esté sujeto a ciertas formalidades, consideradas como adicionadas a la expresión de voluntad, LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo "El negocio jurídico", págs. 116-117.

³ ALBALADEJO, Manuel. "El negocio jurídico", pág. 293.

elementos, o los ritos o solemnidades que se han de observar para darles vida".⁴ Su definición, nos parece, recoge toda la amplitud que tiene el concepto de forma.

En el mismo sentido, definiéndola, Betti escribe que la "forma es el modo como es el negocio, es decir, como se presenta a los demás en la vida de relación: su figura exterior. Contenido es lo que el negocio es, intrínsecamente considerado, su supuesto de hecho interior, que representa, conjuntamente, fórmula e idea, palabra y significado; términos cuya conexión es tarea de la interpretación. En la vida de relación un acto no es reconocible a los otros sino a través de su forma".⁵

2.1. La forma en el acto jurídico

La elaboración conceptual de la forma, antes expuesta, es el resultado del análisis dogmático de las normas que sobre ésta contiene el libro II del Código Civil. El referido libro ha preferido obviar la definición de la forma, limitándose a regular sus clases. Por ello, nos hemos visto obligados a una elaboración indirecta de la definición.

El análisis de la forma en el acto jurídico, consecuentemente, nos remite al estudio de su clasificación. Dos artículos son dedicados a esta temática, 143 y 144, que examinaremos separadamente.

El primero de los mencionados, 143, dispone: "Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente".

De este texto podemos desprender la existencia de dos clases de acto jurídico: los que tienen una forma prescrita por la ley (o libremente establecida por la voluntad, como luego veremos) y los que tienen libertad de forma.

Este artículo nos conduce a la problemática de la libertad de forma de los actos jurídicos, sancionada por el derecho moderno. En efecto, el papel jugado por la forma en los derechos precedentes, particularmente en el romano, era más gravitante de lo que es en el derecho moderno; especialmente en los inicios de éste. Ese es el

⁴ *Loc cit.*

⁵ BETTI, Emilio. "Teoría general del negocio jurídico", págs. 97-98. A mayor abundamiento podemos citar a Messineo cuando escribe: "La forma del negocio es el medio o el modo, con el que se pone en ser la declaración (expresa) de voluntad, o sea, es el aspecto exterior que esta última asume. La forma, por consiguiente, se identifica con la declaración de voluntad, de manera que, sin una forma, la declaración de voluntad no podría emitirse." *Manual de Derecho Civil y Comercial*", T.II, pág. 381.

origen del aforismo latino *forma dat esse rei* (la forma crea la cosa).

Ahora bien, la forma de la que aquí se trata es la solemne. Sin solemnidad no hay acto jurídico. En consecuencia, el derecho adquiere un carácter marcadamente ritual.⁶ La evolución del derecho ira acompañada de un progresivo repliegue de la solemnidad a cada vez menos actos. El Código Napoleón con el que se inicia legislativamente el derecho moderno, acorde con la ideología dominante en la época, sancionó el principio de la libertad de forma, reduciendo la solemnidad a su mínima expresión. Pero, de aquella fecha al presente, los actos solemnes han ido incrementándose progresivamente, al punto que se empieza a hablar de un retorno al formalismo.

Precisando los alcances de esta tendencia que experimenta el derecho moderno, Ospina y Ospina escriben: "Por tanto, si en el simbolismo primitivo la forma solemne lo es todo, en el sentido de que cualquier otro elemento de la actividad jurídica, particular, sobre todo la voluntad, sólo cuenta en función de aquella y hasta puede ser suplida por ella (*forma dat esse rei*), en el formalismo moderno la forma solemne apenas si es una condición necesaria para ciertos actos, por esto llamados *solemnes*, pero en los cuales también es indispensable la concurrencia de otros requisitos y condiciones distintos e ineludibles, como la capacidad legal y el consentimiento sano de los agentes, la causa y el objeto lícitos, etc".⁷

No se trata, en consecuencia, de un retorno del formalismo ritualista del derecho antiguo, si... un incremento de la exigencia de la solemnidad como uno de los requisitos de validez de determinados actos. Pero este incremento no enerva, aunque matiza, la vigencia del principio de la libertad de forma.

El artículo 144, por su parte, dispone lo siguiente: "*Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto*".

⁶ Caracterizando esta situación, Betti escribe: "La fenomenología del Derecho enseña que la forma viene a prestar el sello de la juridicidad a las actividades e iniciativas de los hombres; en las sociedades primitivas no se conciben negocios jurídicos importantes que no sean formales, porque la forma desempeña el oficio de distinguir los actos jurídicos de los que no lo son." *Ob. cit.*, pág. 203.

⁷ OSPINA E., Guillermo y Eduardo OSPINA A. "*Teoría general de los actos jurídicos*", pág. 242. En el mismo sentido el profesor La Hoz Tirado ha escrito: "En la sociedad contemporánea las legislaciones abandonan el principio del consensualismo en razón de sus inconvenientes y se observa una vuelta a los sistemas de formas, como garantía de la seguridad del tráfico y de los derechos de terceros, debiéndose considerar la forma como la mejor garantía de los actos jurídicos y el mejor reconocimiento de la libertad de las convenciones. "La forma de los actos jurídicos en el derecho contemporáneo", pág. 525.

El texto citado se refiere directamente a la forma probatoria. En sentido contrario podemos deducir la existencia de la forma solemne. Esta es la clasificación más importante que sobre la forma trae el nuevo Código, por lo que amerita que nos detengamos en su estudio.

Empecemos con la forma solemne. Su adopción es requisito de validez del acto jurídico. A falta de esta forma el acto deviene nulo. Por esta razón su inobservancia es sancionada, textualmente, con la nulidad. La identificación de la forma solemne, entonces, está determinada por la existencia de la sanción antes aludida. A falta de sanción, la forma no es solemne, sino probatoria.

Sobre la forma solemne, Albaladejo ha escrito: "En los negocios formales, la declaración de voluntad (o cualquier otro elemento), que, aun realizada, lo haya sido sin observar la forma debida (o una de las formas debidas), es inválida y no puede menos de serlo, ya que precisamente se consideran como formales, aquellos negocios en los que la inobservancia de la forma prescrita por la ley, da lugar a su invalidez. En ellos se dice que la forma es *esencial: ad essentia, ad solemnitatem, ad substantiam o ad validitatem*".⁸

La forma solemne compromete, por lo tanto, la esencia misma del acto jurídico. Cuando el artículo 140 establece que un requisito para la validez del acto jurídico es la adopción de la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad, se está refiriendo, justamente, a la forma solemne.

La forma probatoria, en cambio, no afecta a la esencia del acto jurídico. La validez de éste es ajena a la forma probatoria. En consecuencia, la no adopción de la forma probatoria no acarrea la nulidad del acto jurídico. A pesar de ello, éste restará incólume. La forma probatoria, pues, es una forma prescindible.

Ahora bien, si la no adopción de la forma probatoria no afecta la existencia y la validez del acto jurídico, cabe preguntarnos ¿cuál es la función que desempeña?. Respondiendo a esta interrogante diremos que la forma probatoria ha sido normada para satisfacer una necesidad de probanza del acto. Esta clase de forma, pues, constituye un principio de prueba de la existencia del acto jurídico.

Comentando la regulación de esta clase de forma en el Código Italiano, Stolfi escribe: "Para evitar que se tenga, en el curso de un juicio, que depender de la confesión o el juramento decisorio, y, esto es, se deba confiar necesariamente en la honestidad del adversario, en orden a los negocios antes indicados se exige el escrito: se entiende como principio de prueba, ya que el juez puede siempre admitir

⁸ ALBALADEJO, Manuel. *Ob. cit.*, pág. 294.

la prueba testimonial, teniendo en cuenta la calidad de las partes, la naturaleza del acto y cualquier otra circunstancia (art. 2721 inc. 1), y debe admitirla donde se presente una de las hipótesis previstas en el artículo 2724".⁹

Más claro aún es Díez-Picazo, quien sostiene que "... por documentación *ad probationem* se entiende un documento establecido y pactado con la única finalidad de facilitar la prueba de la existencia o del contenido de un contrato que presupone con anterioridad ya celebrado y perfecto. De esta caracterización del documento como puro documento "*ad probationem*" se desprenden más consecuencias que son de extraordinaria importancia. La primera consiste que al ser el contrato la realidad primaria y ser además algo preexistente respecto del documento, todo el centro de gravedad y de atención debe recaer más en el contrato que en el documento, aún después de haber sido este último confeccionado. La segunda consecuencia consiste en que, al ser un documento un simple medio de prueba de las declaraciones negociales emitidas por las partes, debe concurrir en su función de prueba de la existencia y contenido de tales declaraciones con los demás posibles medios de prueba. De otra suerte, la confesión o el testimonio, en función probatoria de unas declaraciones que tienen por si mismas una existencia anterior o independiente de los documentos, puede concurrir con éste a probarlo y puede en su caso modificar lo que del documento resulte".¹⁰

Se advierte, en consecuencia, que las dos clases responden a criterios diferentes de clasificación. La una sustantivo y la otra procesal. La forma solemne es elaborada a partir de un criterio sustantivo, ya que su adopción o no compromete la sustancia misma del acto jurídico. En cambio, la forma probatoria responde a un criterio procesal, porque su razón de ser está vinculada a la eficacia probatoria que esa forma puede tener en un proceso. Pero, agreguemos, la forma solemne no es indiferente al criterio procesal.

Hemos señalado que la forma probatoria es principio de prueba. La eficacia probatoria de este principio dependerá de la materialización que adopte la forma. Así, si ésta consta de un documento privado su eficacia es relativa; si en documento público, su eficacia será plena. Pero, y ésta es la esencia del principio de prueba, en todo caso puede ser desbaratada por otras pruebas.¹¹ La forma solemne, en

⁹ STOLFI, Giuseppe. "*Teoría del negocio jurídico*", págs. 171-172.

¹⁰ Citado por ARIAS SCHREIBER, Max, *Exegesis*, Lima, 1988, T.I, pág. 178

¹¹ Esta es una afirmación que parece discutible a la luz de lo normado por el artículo 1605. La primera parte de este artículo dispone lo siguiente: "La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado

cambio, tiene otra eficacia probatoria. Dominguez Aguila, a propósito de ésta, ha escrito:

"El acto solemne se prueba por sí mismo".¹²

2.2. Normas especiales sobre la forma en el contrato

Sabemos que el contrato no es más que una especie de acto jurídico. Por consiguiente, las normas antes examinadas sobre la forma del acto jurídico le son plenamente aplicables. Pero a éstas le hace un agregado, que está, básicamente, relacionado con la normatividad de la forma voluntaria.

Hasta ahora hemos examinado las clases de forma a la luz de lo que la ley dispone sobre ellas. Sin embargo, un acto jurídico puede tener forma solemne o probatoria, no sólo porque la ley disponga tal cosa, sino porque la voluntad así lo quiere. Cuando de un contrato se trata, las partes están en la libertad, salvo que la ley haya impuesto obligatoriamente la forma solemne, de elegir la forma que quieran darle a su acto. De los alcances de este pacto se ocupan los artículos 1411 y 1412, que enseguida analizamos.

Citemos el primero de los artículos mencionados, 1411, que dispone: "Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad".

Para entender los alcances de la norma citada debemos concordarla con la presente en el artículo 143. Esto nos permite concluir, categóricamente, que las partes están en la entera libertad de pactar voluntariamente la forma que quieran adoptar. Si así lo quieren, pueden pactar que la forma del contrato sea solemne, o sino que sea probatoria. Esta libertad de pacto tiene un límite: cuando la ley establece imperativamente la forma solemne, como en el caso de la fianza, el contrato no se puede realizar más que a través de esa forma. Sin embargo, cuando la forma

por escrito, el mérito del instrumento respectivo, prevaleciera sobre todos los otros medios probatorios". La forma escrita de la que aquí se habla es probatoria, porque su no adopción no ha merecido la sanción de nulidad que la ley impone para la forma solemne. Sin embargo, la eficacia procesal que se le está otorgando a esta forma es privilegiada, ya que puede descartar toda otra prueba. Esto, evidentemente, puede generar injusticias. El debido proceso, por el cual se busca, entre otras cosas, descubrir la verdad real, se ve afectado por esta disposición. Esta norma es repetida para los casos del mutuo, comodato y depósito. Normas adicionales de estos contratos, sin embargo, muestran la inconsecuencia con la que el legislador sigue el criterio. Definitivamente esta es una norma que, nos parece, debe ser modificada.

¹² DOMINGUEZ AGUILA, Ramón. *Teoría general del negocio jurídico*, pág. 131. El privilegio otorgado al escrito por el artículo 1605, es propio de la prueba por forma materialización de la forma solemne.

establecida por la ley es la probatoria, las partes están en la libertad de pactar la solemne.

Ahora bien, si el pacto sobre la forma ha explicitado la clase de que se trata, no hay dificultad alguna. Simplemente habrá que estarse a lo pactado libremente. El problema se presenta cuando no hay tal explicitación. Para tal caso es que el artículo antes citado ha sancionado la presunción de solemnidad. Pero esta presunción opera si se verifican dos condiciones: que el pacto haya sido hecho anticipadamente y que conste por escrito. En consecuencia, cuando se ha pactado por escrito y anticipadamente una forma, sin precisar de que clase se trata, se presume legalmente que es solemne.

Resta ahora determinar el carácter de esa presunción. Sobre el punto, Arias Schreiber escribe: "Este es otro cambio introducido por el Código, cuando consagra una presunción *"juris tantum"*, según la cual si las partes han convenido previamente seguir determinada forma para un contrato aún no celebrado, se estima que ella ha sido la deseada para la validez del acto, salvo prueba en contrario".¹³

Si concordamos el texto del artículo 1411 con el de los artículos 1354, 1356, 1361 y 1362, no podemos menos que concluir que la presunción establecida es *"juris tantum"*. No se trata de una presunción *"juris et jure"*,¹⁴ que no admite prueba en contrario, porque los contratos emanan de la voluntad de las partes, y hay que estar al querer de esa voluntad.

No ofrece mayores problemas la interpretación dogmática del carácter de la presunción. Pero su adopción si plantea problemas doctrinarios. El que las partes hayan pactado, por escrito y anticipadamente, la adopción de una forma, indica que buscaban algún nivel de seguridad para el contrato a realizar; e indica, también, que querían realizar ese contrato. Entonces ¿porqué presumir que la forma, cuya clase no se ha explicitado, sea solemne, cuando sabemos que su no adopción impedirá la formación del contrato? ¿Porqué mejor no se adoptó la presunción de forma probatoria, con lo que se hacía una más fiel interpretación de la voluntad de las partes para contratar?. Estas opciones son materia de controversia doctrinaria.

Lohmann, pronunciándose sobre esta discusión, escribe: "En la duda de si las

¹³ ARIAS SCHREIBER, Max. *Ob. cit.*, pág. 176.

¹⁴ Una presunción *"juris et jure"* la encontramos en el Código Civil Boliviano. En la segunda parte de su artículo 493 se dispone: "Fuera del caso previsto en el caso anterior si las partes han convenido en adoptar una forma determinada para la conclusión de un contrato esa forma es la exigida para la validez".

partes han querido estatuir formalidades "*ad substantiam*" o "*ad probationem*", debe actuarse cautamente y salvo que circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al convenio arrojen alguna luz sobre la intención de los contratantes, se supondrá que las mismas no afectan a la validez de contrato, en aplicación analógica del artículo 1430 y teniendo presente que, según la regla contenida en el artículo 28 del Proyecto, los convenios deben interpretarse en el sentido en que puedan surtir efectos. Por añadidura, siendo la nulidad una sanción tan radical, es recomendable suponer que una consecuencia de esta envergadura no puede ser soslayada por las partes sin indicarlo clara y terminantemente".¹⁵

Con la adopción de la presunción de la forma probatoria, nos parece que se hubiera estado en lo que es más favorable a la existencia del contrato. La voluntad de contratar que tienen las partes se hubiera visto protegida. La presunción asumida, desde este punto de vista, nos parece cuestionable. Resulta conveniente, entonces, la modificación de este artículo.

El siguiente de los artículos, 1412, dispone: "Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida".

Hay quienes han creído advertir una contradicción entre este artículo y el anterior. Según ellos, lo afirmado en el 1411 es negado por el 1412. Somos de la opinión que tal contradicción no existe. El 1411 sanciona la presunción de solemnidad de la forma, y el 1412 regula las consecuencias de la forma probatoria. Consiguientemente, los ámbitos en los que se mueven los dos artículos son diferentes, no superpuestos; aunque si complementables.

El artículo 1412 se pone en el caso que la ley o el convenio haya sancionado la forma probatoria. En este caso, cuando la forma no haya sido cumplida, las partes se pueden compeler, recíprocamente, a llenarla. Esto es posible gracias a la naturaleza de la forma probatoria; es decir, a pesar que la forma no se haya cumplido el contrato ya existe. La disposición contenida en este artículo, y así se expresa, no es aplicable para el caso de la forma solemne. Cuando la forma es solemne las partes no se pueden compeler a su cumplimiento, simplemente porque

¹⁵ LOHMANN, Guillermo. *Ob. cit.*, pág. 126.

el que no se haya adoptado implica que aún no existe contrato.¹⁶

Sin embargo, el artículo presenta un problema, pero éste es de sintaxis. El solo hecho de mencionar que la forma no sea la solemne, eximía de agregar el que no esté sancionada con nulidad. Mas, esto no implica que el error de sintaxis, si así lo queremos considerar, comprometa la sustancia normativa.

3. EL CONTRATO DE SOCIEDAD

Para examinar la forma en el contrato de sociedad necesitamos dominar dos conceptos: forma y contrato de sociedad. El concepto de forma ya lo hemos trabajado en el capítulo anterior. En este nos abocaremos al análisis del contrato de sociedad.

3.1. Definición

El título de este capítulo, al igual que la problemática que ocupa a este trabajo, supone la existencia de un contrato de sociedad. Sabemos que en la doctrina se discute el carácter contractual de este acto jurídico. Nosotros, en consecuencia, estamos asumiendo desde el principio una postura, que más adelante examinaremos detenidamente.

Asumiendo entonces la existencia del contrato de sociedad, nos interesa definirlo. Lo pertinente es empezar citando la definición que de él da la propia Ley General de Sociedades. El artículo 1 de ésta, en su primer párrafo, dispone: "Por el contrato de sociedad quienes la constituyen convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de un actividad económica, en cualquiera de las formas reguladas por la presente ley".¹⁷

La definición citada pretende dar cuenta del acto por el cual se constituye cualquiera de las sociedades que regula la ley, sean éstas mercantiles o civiles. En todos estos casos, las partes contratantes se comprometen a aportar bienes y servicios para realizar un fin económico. De acuerdo a esta definición, por el

¹⁶ De allí que, si el artículo 1411 hubiera adoptado la presunción, siempre "*juris tantum*", de forma probatoria, las partes tendrían abierta la posibilidad, en caso de no haberse cumplido con otorgar la forma, de exigirse recíprocamente el cumplir con llenar esa forma. Con la presunción que se ha asumido, de formalidad, solemne, esta posibilidad se encuentra cerrada.

¹⁷ Se advierte, pues, que la ley asume el carácter contractual de este acto jurídico. Esta es una poderosa razón que puede explicar el hecho que entre nosotros no se haya difundido la doctrina del acto jurídico unilateral, para dar cuenta de la constitución de la sociedad.

compromiso mencionado las partes que contratan constituyen una sociedad. De momento, dejemos los comentarios sobre esta definición aquí.

Tomemos ahora otra definición, elaborada a partir del texto antes citado: "Desde el punto de vista legal, la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas convienen en poner en común bienes o industria, con el fin de repartirse las utilidades. En nuestro régimen legal, hay sociedades civiles regidas por el Código Civil y mercantiles regidas por la Ley 16123 (Derogada por el D. Leg. 311), que ha reemplazado las disposiciones del Código de Comercio".¹⁸

De acuerdo a esta definición la sociedad es el contrato, siempre y cuando las partes se comprometan a realizar determinados aportes para obtener luego utilidades. El matiz respecto de la definición anterior, que puede ser resultado más de un giro de lenguaje que de una conceptualización, se encuentra en sostener que el contrato no constituye sino que es la sociedad.

En esta línea de pensamiento podemos ubicar a Broseta, cuando escribe lo siguiente: "Puede concluirse, pues, que la *sociedad es un contrato* por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria para realizar una actividad económica con el fin de obtener un lucro que sea repartible entre todos ellos ...".¹⁹

Cabe preguntarnos si la sociedad es efectivamente un contrato. A partir de nuestra legislación tenemos que responder negativamente a la interrogante. Contrato y sociedad son dos entidades jurídicas perfectamente diferenciables, aunque se encuentran vinculadas, hasta cierto punto, mediante una relación causal.

Precisemos esta idea. El profesor Montoya, sobre el particular, escribe: "Conviene destacar, desde ahora, el doble aspecto que reviste la sociedad en el campo del derecho comercial. De un lado, es el contrato celebrado entre dos o más personas con los medios y finalidades ya expresados. De otro lado, es una persona jurídica distinta a los socios que la forman".²⁰

¹⁸ FLIN BLANCK, Pinkas. *Derecho Empresarial*, pág. 423.

¹⁹ BROSETA PONT, Manuel. *Curso de Derecho Mercantil*, pág. 157.

²⁰ MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Comentarios a la ley de sociedades mercantiles*, pág. 10. En esta misma dirección, otro autor escribe: "La fijación de la naturaleza jurídica de la sociedad exige distinguir dos aspectos, que aún cuando se conjuguen en un único esquema normativo, requieren un análisis separado. Ellos son, por un lado, el negocio constitutivo, y por el otro, el sujeto de derecho que aquél determina y regula." COLOMBRES R., Gervasio. *Curso de derecho societario*, pág. 27.

¿Se trata de dos aspectos del mismo ente o de dos entidades sustancialmente distintas?. ¿La sociedad será primero contrato para luego ser persona jurídica?. Ya hemos adelantado respuesta. Reiterándola, debemos decir que nos parece artificial la extensión del concepto de sociedad hasta el contrato. Una doctrina de este tipo no encuentra su aval en el texto legislativo. Una sociedad es una persona jurídica y el contrato su causa-fuente.²¹

Así, Ascarelli escribe: "La sociedad surge con motivo de un contrato; éste, sin embargo, no se limita a disciplinar las obligaciones entre los socios, sino que crea una organización destinada a la realización de una actividad con los terceros; esta organización tiene personalidad jurídica y un patrimonio que, a su vez, es distinto del patrimonio individual de los socios".²²

Messineo, haciendo suya la distinción entre el acto constitutivo (que él prefiere concebir como acto jurídico unilateral complejo) y ente constituido, escribe: "El hecho de que existan tales órganos y de que, por consiguiente, la vida de la sociedad se desarrolla necesariamente por intermedio de esos órganos, los cuales están dispuestos, precisamente, para hacer posible la actividad social, permite decir que existe siempre una organización social, que la sociedad es un organismo".²³

Al margen de considerar o no a la sociedad como un organismo, materia que nos conduciría a un debate que no es de nuestro interés abordarlo por ahora, lo que podemos sacar en claro es la necesidad de distinguirla del acto constitutivo.

Ahora bien, importa examinar la naturaleza jurídica de este acto. Ya hemos adelantado que en la doctrina ésta es una materia controvertida. Se han desarrollado básicamente dos posturas: la del acto jurídico unilateral y la del contrato. Nuestro texto legislativo ha tomado partido por la segunda.

Resumiendo la problemática mencionada, Broseta escribe: "Mientras los Códigos decimonónicos afirman la naturaleza contractual del negocio constitutivo de la sociedad... la niegan rotundamente MESSINEO y gran parte de la doctrina alemana, apoyándose en los siguientes argumentos: 1) A diferencia de lo que ocurre en los

²¹ De momento expresémosnos de esta manera. Propiamente hablando el contrato de sociedad no la constituye a ésta. La sociedad adquiere su personalidad jurídica, su existencia como tal, no por virtud del contrato, sino por su inscripción en el Registro Mercantil. Sobre esta materia volvemos en el capítulo siguiente para examinarla en profundidad.

²² ASCARELLI, Tullio. *Principios y problemas de las sociedades anónimas*, pág. 57.

²³ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t.V, pág. 297.

contratos conmutativos, en el acto constitutivo de la sociedad no existen prestaciones de las partes que se crucen como contraprestación, sino simplemente que salen de la esfera patrimonial de cada una de ellas y que concurren a la formación de un patrimonio social; 2) A diferencia de lo que ocurre en aquellos contratos, en el negocio constitutivo de la sociedad no existen dos partes con intereses contrapuestos que intenten armonizarse a través de un consentimiento perfeccionador, sino una sola parte (integrada por todos los socios) caracterizada por la posesión de un mismo interés (crear la sociedad con ánimo lucrativo); 3) A consecuencia de las razones anteriores, se afirma la imposibilidad de aplicar al negocio constitutivo de la sociedad gran parte del régimen jurídico de los contratos bilaterales (v. gr. la cláusula resolutoria tácita y la anulabilidad por vicios del consentimiento); 4) Y, finalmente, se le niega naturaleza contractual, porque a diferencia de lo que ocurre en los contratos bilaterales, del contrato de sociedad nace una persona jurídica distinta de los socios".²⁴

La doctrina del acto jurídico unilateral es elaborada en este siglo. Podemos distinguir dos versiones de ella: la del acto jurídico unilateral constitutivo y la del acto jurídico unilateral complejo.

La primera de las versiones se elabora en Alemania; Gierke se convierte en su principal defensor. "Según este autor la sociedad no tendrá carácter contractual, sino el de un acto unilateral constitutivo por la expresión de las voluntades de los socios dirigidas a la creación de una persona distinta de ellos".²⁵

La otra versión se ha elaborado en Italia. Su principal defensor es Messineo, quien ha escrito: "Por tanto, desde el punto de vista *estructural*, se presta mejor, a definir la sociedad, la noción de acto colectivo; en la que, la desaparición de un sujeto no afecta, ni compromete, el acto, en cuanto el mismo puede continuar existiendo entre los sujetos restantes. La noción de acto colectivo está más de acuerdo con la disciplina *concreta* de la sociedad, de lo que pueda estarlo la noción de contrato ...".²⁶

La doctrina del acto jurídico unilateral, en cualquiera de sus versiones, nos remite a la clasificación de los contratos por el tipo de prestaciones que originan. Hacemos esta afirmación porque las críticas que dirigen a la doctrina del contrato se limitan a sostener que el acto constitutivo de la sociedad no coincide con el contrato con

²⁴ BROSETA PONT, Manuel. *Ob. Cit.*, págs.163-164.

²⁵ COLOMBRES, Gervasio. *Ob. cit.* pág. 15.

²⁶ NESSINEO, Francesco. *Ob. cit.*, pág. 299.

prestaciones bilaterales. En otras palabras, estos doctrinarios, en último término, están identificando el contrato con una de sus especies, el contrato con prestaciones bilaterales, lo que, nos parece, resulta insostenible.

Examinando la clasificación de los contratos por la prestación que originan, podemos encontrar tres clases: contrato con prestación de una parte, contrato con prestaciones recíprocas y contrato con prestaciones plurilaterales autónomas.

En el primer caso existe contrato porque hay un acto jurídico bilateral generador de obligaciones. Solamente que las obligaciones son de cargo de una de las partes. Ejemplo de este tipo de contrato es la donación. En el segundo caso las prestaciones están a cargo de todas las partes intervinientes en el contrato. Además, la prestación de una parte va dirigida a la otra, a cambio de la cual recibe una contraprestación. Ejemplo de este segundo tipo de contrato es la compra-venta.

Caso distinto es el del contrato con prestaciones plurilaterales autónomas. Sobre estos contratos, Arias Schreiber nos dice que: "... son, finalmente, aquellos en los cuales las prestaciones no son recíprocas sino autónomas dentro del mismo contrato, de modo que las partes las satisfacen con el objeto de obtener conjuntamente una ventaja. Cada prestación tiene su propio interés y no existe, dentro de esta perspectiva, contraprestación".²⁷

El contrato, en consecuencia, no puede ser reducido a una de sus especies, y a partir de esta reducción criticar el carácter contractual del acto constitutivo de la sociedad. Examinada la naturaleza jurídica de ese acto no podemos menos que concluir que estamos frente a un contrato con prestaciones plurilaterales autónomas.

Efectivamente, en primer lugar el acto constitutivo es acto bilateral o multilateral, porque concurren varias partes que con sus declaraciones singulares originan una voluntad común, expresión de su acuerdo. Ciertamente que no basta el acuerdo bilateral o multilateral para que podamos hablar de contrato. Ateniéndonos a la definición de éste dada por el artículo 1351 del Código Civil (al margen de lo discutible del criterio adoptado por él), podemos decir que este acuerdo crea una relación jurídica patrimonial, ya que cada una de las partes se compromete a aportar bienes o servicios. Y un acto jurídico de esta naturaleza en nuestra legislación se denomina contrato.

Haciendo suyo este punto de vista, Flores Nano escribe: "... en nuestro concepto esta mayoritaria tendencia es acertada, pues superando las deficiencias de la

²⁷ ARIAS SCHREIBER, Max. *Ob.cit.*, t.I, pág. 58.

anteriormente expuesta (teoría del contrato bilateral). Explica el origen del vínculo obligacional que surge para dos o más partes, origen que por ser volitivo y fruto del consentimiento de los intervinientes, en nuestro concepto es contractual, y a su vez destaca la autonomía de las prestaciones, precisamente en función de la singularidad del vínculo contractual que es de índole asociativa, instrumental u organizativa y no de intercambio".²⁸

El acto constitutivo de la sociedad es un contrato, aunque no uno con prestaciones recíprocas. Por lo que estamos frente a un contrato que tiene sus propias peculiaridades. El profesor Garrigues las precisa, diciendo: "No se puede negar, en efecto, que el contrato de sociedad es un tipo especial de contrato, cuyas diferencias con los contratos de cambio o bilaterales han sido señaladas por la doctrina. 1) Mientras en el contrato bilateral el contenido de la prestación (cosas, servicios, derechos de propiedad, de disfrute, etc.) es lo que caracteriza a cada tipo de contrato, la clase y el contenido de la prestación es diferente en el contrato de sociedad. 2) En el contrato de sociedad no hay contraprestaciones porque el acreedor de la contraprestación no es el consocio, sino la sociedad y la ganancia es producto del negocio y no equivalente de la prestación. 3) Por la misma razón, las prestaciones no ingresan en patrimonio de los otros contratantes, sino en el fondo social. 4) Las prestaciones no necesitan ser equivalentes, puesto que no están motivadas por una contraprestación, sino por la consecución del fin común ... En definitiva, se quiere contraponer el contrato de sociedad como contrato de organización económica a los demás contratos como contratos de lucha económica".²⁹

Caracterizar el contrato de sociedad como uno plurilateral con prestaciones

²⁸ FLORES NANO, Lourdes. Contrato de Sociedad. En: Temas de derecho contractual, págs. 447-448.

²⁹ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, t.I, pág. 329. Precizando las características del contrato de sociedad, como contrato plurilateral, Colombres (*Ob. cit.*, págs. 26-27) señala las siguientes:

- a) La relación sinalagmática se establece entre las partes y entre éstas y el nuevo sujeto de derecho.
- b) El cumplimiento de las prestaciones no hace caducar el contrato.
- c) Las prestaciones están dirigidas al nuevo sujeto.
- d) Las prestaciones son atípicas.
- e) Las partes están obligadas y tienen derecho a cumplir con sus obligaciones.
- f) El consentimiento de las partes es inhábil para extinguir los efectos del contrato.
- g) No se aplica la *exceptio non adimpleti contractus*.
- h) No se extingue por imposibilidad del cumplimiento de la prestación.
- i) No se aplica el pacto comisorio tácito.
- j) No se extingue por nulidad o anulabilidad de la prestación a cargo de una de las partes.

autónomas no responde solamente a la necesidad de una precisión teórica. De esta caracterización se derivan consecuencias prácticas muy importantes.

Así, Ascarelli precisa que: "La 'plurilateralidad' de ese contrato permite distinguir entre los vicios del contrato y los vicios de las adhesiones individuales, estas últimas sólo influyen sobre todo el contrato, cuando determinan la imposibilidad de la consecución del objeto social".³⁰ La consecuencia sería otra de tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas.

Además de esta consecuencia, no siendo un contrato con prestaciones recíprocas no proceden en él la excepción de incumplimiento de obligación, la resolución por excesiva onerosidad de la prestación, la rescisión por lesión, etc.

Ahora bien, la naturaleza jurídica contractual del acto constitutivo, hasta aquí reseñada, se refiere a la constitución de cualquier tipo de sociedad, sea mercantil o civil;³¹ interesa, en consecuencia, para redondear la definición, abordar, someramente, las diferencias entre ambos tipos de sociedades.

El Código Civil de 1936 se ocupaba de la sociedad civil. El vigente ya no lo hace. Por esta razón se dió el D. Leg. 311, Ley General de Sociedades, para regular en un solo texto a sociedades civiles y mercantiles. Es decir, el abandono de la sociedad

³⁰ ASCARELLI, Tulio. *Ob. cit.*, pág. 58. En el mismo sentido, Garrigues escribe: "Al contrario de lo que ocurre en los demás contratos, la anulación de una declaración de voluntad en el contrato, pues este no se funda en la coincidencia de dos voluntades... sino que se funda en un núcleo de declaraciones de voluntad de naturaleza especialísima y que puede subsistir aun cuando falte alguna de ellas". *Ob. cit.*, págs. 344-345.

³¹ Sin embargo, se sostiene que esta doctrina tendría una excepción que fluiría del artículo 75 de la Ley General de Sociedades, en el que dispone, para el caso de la fundación de una sociedad anónima, lo siguiente: "La sociedad puede fundarse simultáneamente en un solo acto por contrato entre los fundadores, o en forma sucesiva por suscripción pública de las acciones". Es decir, solo habría contrato cuando la constitución sea simultánea, pero no cuando ésta sea sucesiva. Desarrollando este punto de vista, Flores Nano escribe: "Reconocemos la objeción del maestro italiano (Messineo) y del tratadista Ripert como válidas y admitimos como excepción a la naturaleza contractual del acto constitutivo la creación de la sociedad anónima por suscripción pública, donde la adherencia del suscriptor si configura una relación contractual entre suscriptor y fundador, pero salvando la relatividad del contrato y concentrándonos ante una prestación en favor de tercero (la sociedad en formación). Dichas adhesiones individuales no forman sin embargo la sociedad, ni aun cuando todas ellas hayan sido formuladas, pues es requisito indispensable la convocatoria y realización de la Asamblea de suscriptores, cuya decisión colegiada dé lugar al nacimiento de la sociedad y cierre el iter constitutivo". *Ob. cit.*, pág. 458. Aunque, examinando con cuidado este tema, hemos de sostener que la decisión de constituir la sociedad, tomada por los fundadores, es un acto jurídico contractual. La suscripción pública podemos considerarla como una adhesión al contrato originario celebrado por los fundadores, adhesión que se encuentra regulada por el artículo 1391 del Código Civil.

civil por el Código vigente, no se tradujo en su desaparición legislativa. Nuestra legislación ha persistido en conservarla y diferenciarla de la sociedad mercantil.

Pero, ¿en qué se funda esa diferencia?. Broseta ensaya una respuesta a la pregunta, diciendo: "Finalmente, ¿cuál es actualmente el criterio del que depende la mercantilidad de las sociedades colectiva y comanditaria?. Sin duda, la naturaleza mercantil o industrial de la actividad para cuya explotación la sociedad se constituye".³² Por lo tanto, a partir del criterio citado, la sociedad civil tendrá una actividad que no sea de naturaleza mercantil o industrial.

Si indagamos un poco podemos encontrar el criterio formal que nos permite distinguir una sociedad civil de una mercantil. Puede que sea el citado o sea otro. Lo importante es que ese criterio siempre será formal, en el sentido de artificial. Esto porque una ligera observación de lo que acontece en la experiencia cotidiana nos hace concluir en que la distinción es inexistente. Sociedades civiles y comerciales son entes esencialmente idénticos en la práctica. Distinguir las legislativamente es recurrir a un artificio inútil.

En este sentido, compartimos el siguiente comentario de Colombres: "La distinción entre sociedad civil y sociedad comercial constituye una calificación, no estructural, sino contingente a una manera de darse el derecho privado. En un moderno derecho de sociedades construido según los cánones de la unificación de las obligaciones y de los contratos, un régimen diverso carece de sentido".³³

Ha llegado el momento ya de que formulemos una definición del contrato de sociedad en nuestros términos. En tal sentido, diremos que por el contrato de sociedad, dos o más partes se obligan a aportar bienes y servicios para crear una sociedad que les permita realizar un fin económico.³⁴

³² BROSETA PONT, Manuel. *Ob. cit.*, pág. 158.

³³ COLOMBRES, Gervasio. *Ob. cit.*, pág. 57.

³⁴ Contrasta con esta definición la desarrollada por el maestro León Barandarián. El escribe: "Por definición la sociedad significa el concurso de dos o más voluntades para dar origen a una relación contractual, para dar origen al ente social que viene a constituirse, y para mantenerse vinculados en base esa relación creada." *Contratos en el Derecho Civil Peruano*, pág. 219.

3.2 Elementos constitutivos

Así definido el contrato de sociedad, podemos analizarlo para establecer sus elementos constitutivos. El primer elemento constitutivo a examinar es el consentimiento. Este elemento nos remite a la capacidad de los sujetos intervinientes.

La manifestación válida de la voluntad requiere de la capacidad de ejercicio de quien la efectúa. Por consiguiente, quienes manifiestan la voluntad contractual han de ser plenamente capaces. Pero esta capacidad de ejercicio no es requisito para ser parte en un contrato; sujetos que no pueden manifestar por si mismos su voluntad, pueden ser parte en un contrato de sociedad a condición que estén debidamente representados.

La capacidad para consentir es distinta de la capacidad para ser parte en el contrato social. Para ser parte se requiere simplemente tener capacidad de goce.

A propósito de esto, Montoya escribe: "Para celebrar el contrato de sociedad hay que tener capacidad legal de contratar. Empero, se plantea si es necesario tener, además, capacidad para ejercer el comercio y si quienes forman la sociedad no adolecen de incompatibilidades para dicho ejercicio.

El problema debe considerarse en relación con la clase de sociedad de que se trata y si los socios por el hecho de formar sociedad adquieren la calidad de comerciantes".

Distingamos, pues, el celebrar el contrato del ser parte en él. Para celebrar el contrato se requiere tener capacidad de ejercicio plena, porque el acto implica manifestar válidamente la voluntad. En cambio, para ser parte no es necesaria esa capacidad, ya que la parte no es necesariamente quien manifiesta la voluntad, sino quien asume las obligaciones y los derechos de la relación jurídica creada por el contrato. Sin embargo, tratándose de una sociedad en la que existen socios industriales, aquella parte que se constituirá en tal requiere ser plenamente capaz; porque de lo contrario no podrá cumplir con las obligaciones que se deriven del contrato.

Ahora bien, tratándose de un contrato que tienda a constituir una sociedad mercantil, las partes de él no requieren ser comerciantes. Pero, la participación en un contrato de sociedad, de alguien que tiene capacidad legal para ejercer el comercio, lo puede convertir en comerciante, siempre que se dedique habitualmente a esa actividad.

³⁵ MONTAYA MANFREDI, Ulises. Ob. cit., págs. 12-13.

El segundo elemento constitutivo es el objeto. Por el contrato de sociedad se busca generar una relación jurídica por la que las partes se comprometerán a dos cosas: 1) a crear una sociedad y 2) a hacer unos aportes. La primera obligación, entonces, es la de crear la sociedad, porque el solo contrato no es suficiente para originarla. Se requiere para ello de cumplir con ciertas formalidades, que en el siguiente capítulo examinaremos. La segunda obligación es la de aportar los bienes y servicios a los que la parte se ha comprometido.

El tercer elemento constitutivo es la forma. En el contrato de sociedad la forma es probatoria, no solemne. Por lo tanto, su perfeccionamiento se verifica con el consentimiento validamente emitido. Volveremos en capítulo siguiente sobre este punto.

Si el contrato de sociedad no es formal, en el sentido de solemne, tampoco es real. La entrega de los aportes prometidos no es una condición para el perfeccionamiento del contrato. Al entregar sus aportes, los socios lo único que están haciendo es cumplir con una obligación derivada de un contrato ya perfeccionado. También sobre este punto volveremos en el capítulo siguiente.

Cabe preguntarnos ahora si éstos son todos los elementos constitutivos del contrato de sociedad. La pregunta tiene por objeto examinar el papel de la *affectio societatis* en este contrato. Al respecto, Colombres escribe: "La *affectio societatis* no es elemento del contrato plurilateral de organización."³⁶

León Barandiarán tiene un parecer distinto al citado; él escribe: "La *affectio societatis* se deriva de una apreciación como la anotada, en cuanto entre los socios debe existir un espíritu de solidaridad, en base al beneficio común a obtener y la respectiva división de ese beneficio, o sea, de las utilidades sociales".³⁷ En otras palabras, la *affectio societatis* es elemento constitutivo del contrato de sociedad.

Responder adecuadamente a la interrogante que nos hemos planteado, supone una indagación previa sobre lo que ha de entenderse por *affectio societatis*.

Al respecto, en una tesis doctoral sobre el tema, Fargosi ha escrito que: "... la '*affectio societatis*' no es la voluntad o intención de asociarse, sino la voluntad de cada socio de adecuar su conducta y sus intereses personales, egoistas y no coincidentes a las necesidades de la sociedad para que pueda ella cumplir su objeto, y así, y a través de ella, que se mantenga durante la vida de la sociedad una

³⁶ COLOMBRES, Gervasio. Ob. cit., pág. 56.

³⁷ LEON BARANDARIAN, José. Ob. cit., pág. 221.

situación de igualdad y equivalencia entre los socios, de modo que cada uno de ellos y todos en conjunto observen, una conducta que tienda a que prevalezca el interés común que es el modo de realización de los intereses personales".³⁸

Ciertamente que al participar en una sociedad lo que se quiere es satisfacer los intereses personales de uno. Pero esa satisfacción se pretende realizar a través de la sociedad; es decir, a través de un interés común. No nos parece que la *affectio societatis* sea la solidaridad románticamente entendida. Pero tampoco creemos que ella esté carente de una voluntad de asociarse, aunque esa asociación sea percibida como el vehículo para realizar sus intereses personales.

Hemos sostenido que del contrato social se deriva la obligación de crear una sociedad. Y esto es así porque en el contrato está presente la voluntad de crear una persona jurídica. Justamente esta voluntad es la *affectio societatis* que, por lo tanto, es elemento constitutivo del contrato de sociedad.

3.3 Diferencias con otros contratos

Para precisar los contornos del contrato de sociedad, nos parece conveniente diferenciarlo con otros contratos con los que eventualmente se le podría confundir. Así, nos interesa diferenciarlo de la asociación en participación, el contrato de joint venture y del contrato de trabajo con derecho a participar en las utilidades.

Empecemos las diferenciaciones con el contrato de asociación en participación. Definiendo a este último, Montoya ha escrito: "Es este un contrato en virtud del cual una persona llamada asociante conviene con otra llamada asociado para participar en la proporción que ambos acuerden a las utilidades o en las pérdidas de una empresa o de uno o varios negocios del asociante".³⁹

Por el contrato de asociación en participación, pues, no se pretende crear una sociedad. Las partes contratantes buscan realizar un negocio que les reporte utilidades. Nada más. No se busca crear ni se crea un sujeto de derecho distinto de las partes. En este contrato no hay *affectio societatis*, voluntad de crear una sociedad.

El contrato de joint venture es un invento del derecho anglo-sajón. Sobre él, Pastor nos dice: "La figura en análisis carece de personalidad jurídica y por lo tanto

³⁸ FARGOSI, Horacio. La "*Affectio Societatis*", pág. 88.

³⁹ MONTOYA MANFREDI, Ulises. De la Asociación en Participación en la Ley de Sociedades Mercantiles, pág. 13.

el patrimonio que se crea como consecuencia de su constitución, no es independiente al patrimonio de los co-asociados (ya sean naturales o jurídicos). Lo que se forma en el joint venture como consecuencia de su constitución, es un estado de comunidad de intereses, la cual se encuentra afectada durante el tiempo de duración de la explotación del negocio".⁴⁰

Por el joint venture los contratantes cooperan entre sí para el logro de un objetivo común. Sin embargo, esta cooperación no implica la creación de un sujeto de derecho. A pesar de que están cooperando, los contratantes aparecen ante los terceros como sujetos de derecho autónomos. Precizando las características de este contrato, León Barandiarán Hart escribe: "Así, los intervinientes no se encuentran incurso en una relación jurídica rígida dentro de una organización social preestablecida, sino que conservan su autonomía jurídica, y se vinculan tan solo en una relación contractual comercial, de la cual deriva la sola obligación de cumplir las funciones asumidas en el contrato de joint venture."⁴¹

A diferencia, pues, del contrato de joint venture el contrato de sociedad permite crear un nuevo sujeto de derecho. Esto porque sólo en este último contrato hay *affectio societatis*.

El contrato de trabajo con derecho a participar en las utilidades es un contrato complejo, porque a las estipulaciones regulares del contrato de trabajo se le han agregado otras referidas a la participación en las utilidades. La relación del gerente con la sociedad suele estar regulada por un contrato de esta naturaleza. A diferencia del contrato de sociedad, la relación contractual descrita no crea un sujeto de derecho. Además independientemente de la participación en las utilidades, una de las partes, por efecto de la relación laboral, se encuentra en situación subordinada, posición inadmisibles para un socio dentro del contrato de sociedad.

⁴⁰ PASTOR ARGUMEDO, Reynaldo. El Joint Venture, pág. 25. El mismo autor agrega: "El derecho anglo sajón la define claramente al establecer que la misma es la asociación entre dos o más personas que convienen en explotar por un determinado período el fin específico acordado en el convenio inicial, participando en forma solidaria e ilimitada frente a las pérdidas del negocio, así como participando de las ganancias que resulten de la explotación del mismo". Ob. cit. pag. 24. Es conveniente distinguir el contrato de joint venture del de asociación en participación. En este último, el contrato permanece oculto o indiferente frente a los terceros, porque ante ellos solo se presenta el asociante, quien asume responsabilidad ilimitada por las consecuencias de la ejecución del contrato mientras que el asociado limita su responsabilidad a lo que aporte. Distinta es la situación el joint venture: el contrato es conocido por los terceros porque lo ejecutan todos los contratantes, asumiendo responsabilidad ilimitada por sus consecuencias.

⁴¹ LEON BARANDARIAN HART, José. El Contrato de Joint Venture, pág.33.

4. LA FORMA EN EL CONTRATO DE SOCIEDAD

Una vez desarrollado los conceptos de forma y contrato de sociedad, estamos en condiciones de examinar como se presenta la forma en ese contrato.

4.1 La problemática de la forma en el contrato de sociedad

Necesitamos volver sobre una distinción hecha en el capítulo anterior para hacer un planteamiento general del problema que nos ocupa. Esta es la distinción entre contrato y sociedad.

El contrato de sociedad es el acuerdo por el cual los contratantes se comprometen a crear una sociedad, para lo cual efectuarán aportes. La sociedad, en cambio, es la persona jurídica. La problemática de la forma reviste características distintas en cada caso. Desde nuestro punto de vista, el contrato de sociedad es consensual, jugando la forma un papel meramente probatorio; mientras que el acto constitutivo de la sociedad (que no es el contrato sino la inscripción registral) es solemne.

Por lo tanto, esta distinción tenemos que tenerla presente en los análisis que siguen.

4.2 La forma en el acto constitutivo

Estamos denominando acto constitutivo al contrato de sociedad. Hablando con propiedad, el contrato de sociedad no es el acto que la constituye; aunque sí, no se puede constituir una sociedad si previamente no hay un contrato social. La denominación de acto constitutivo, para referirse al contrato social, la usa la ley, y por esa razón la conservamos nosotros aquí, pero con la precisión antes aludida.

A la forma del contrato se refiere el artículo 4, que dispone: "El contrato social y todo acto que lo modifique debe constar en escritura pública e inscribirse en el registro del lugar del domicilio de la sociedad y, en su caso, en los lugares donde ella establezca sucursales".

Sabemos que todo acto jurídico, el contrato es uno de ellos, tiene forma. Pero, en algunos casos la forma es requisito de validez, por lo tanto solemne. En estos casos, la no adopción de la forma, como lo hemos señalado en el capítulo I, se traduce en la nulidad del acto jurídico.

Importa preguntarse, entonces, si la forma prescrita por el citado artículo 4 lo es con carácter solemne o no. Para responder a la interrogante planteada tenemos que remitirnos al artículo 144 del Código Civil, ya analizado en el capítulo I de este trabajo. Conforme a este artículo será solemne la forma si la ley que la prescribe

sanciona con nulidad su inobservancia.

Una relectura del artículo 4 nos permite advertir que en él se dice que la forma prescrita se debe adoptar; pero no nos dice nada sobre la consecuencia de su no adopción. La sanción de nulidad, que le da carácter solemne a la forma, tiene que ser explícita; no puede quedar librada a la interpretación del analista. En este caso, al no haberse establecido expresamente la sanción de nulidad, forzoso es concluir que la forma prescrita por este artículo no es la solemne, sino, la probatoria.

Ahora bien, es necesario agregar un argumento más que dé sustento a la aplicación del Código Civil en la interpretación contenida en el artículo 4. Sabemos que la distinción entre la forma solemne y la probatoria no tenía, en el Código del 36, la precisión que tiene en el actual; por consiguiente, había que examinar cada caso en particular. Sin embargo, la Ley General de Sociedades, D. Leg. 311, entró en vigencia en 1985, por lo que las normas del Código Civil sobre la forma de los actos jurídicos le son plenamente aplicables.

Abunda en favor de este razonamiento lo normado en el artículo 8 de esta misma ley, cuyo texto dispone: "Cuando el contrato social no se hubiera otorgado por escritura pública, no obstante contener los requisitos que señala el artículo 5 cualquier socio puede demandar el otorgamiento de la escritura correspondiente. Presentada la demanda se observará lo dispuesto para el juicio de menor cuantía".

Para entender los alcances de esta norma debemos remitirnos a lo normado en el artículo 1412 del Código Civil, artículo ubicado en las disposiciones generales de los contratos, aplicables al contrato de sociedad. En el referido artículo, de redacción poco afortunada, se establece que cuando la forma ha sido prescrita en calidad de probatoria, las partes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de ella. Esto es posible porque si la forma tiene carácter probatorio no es esencial para el contrato; éste existe independientemente de su adopción.

En el artículo 8 se faculta a las partes para que puedan exigir el cumplimiento de la forma. Por lo tanto, el contrato ya existe, y la posibilidad de exigir el otorgamiento de la forma se funda en las obligaciones derivadas del contrato.

En consecuencia, la forma prescrita por el contrato de sociedad es probatoria. De aquí derivamos una conclusión: el contrato de sociedad es consensual, ya que el solo consentimiento es suficiente para que el contrato quede perfeccionado. El incumplimiento de la forma prescrita no afecta a su existencia. Es más, ese incumplimiento ni siquiera constituye una causal de anulabilidad.

Al respecto, Montoya ha escrito: "El elemento formal resulta, así, un rasgo esencial de la sociedad, pero no puede olvidarse que la creación de la sociedad es

el resultado de un acto de voluntad de dos o más personas, es decir, un contrato que tiene un valor propio, al punto que la falta de formalidades legales no impide que se produzcan ciertos efectos, pues la sociedad existe de hecho como sociedad irregular".⁴² En el mismo sentido va Garrigues, quien escribe: "En el aspecto interno de la sociedad, la irregularidad de constitución es irrelevante. El contrato de sociedad no elevado a escritura pública o no registrado, es un contrato válido entre los interesados. Ningún precepto del C. de C. declara su nulidad, ni concede a los socios la facultad de pedir la disolución de la sociedad. El mecanismo de obligaciones y derechos funciona normalmente entre los socios".⁴³ Opinión distinta es la de León Barandiarán. El ha escrito que: "El contrato de sociedad es, pues, un contrato solemne. No obstante, como veremos más adelante, la ley transige en este punto, cuando en el art. 1372, pese a la falta de instrumento público atribuye ciertos efectos al contrato inter partes".⁴⁴

Agrega el citado autor, con el fin de aclarar su punto de vista, lo siguiente: "La exigencia de la escritura pública se explica por la intrínseca importancia que, hay que presumirlo, inviste un contrato como es el de sociedad, por el interés de defender intereses eventuales de terceros, quienes al contratar con la sociedad puedan tener la certeza sobre la existencia de la sociedad, es decir, sobre la realidad de haberse ella constituido, para lo cual se requiere la indicada formalidad ab substantiam. Es también en miras de terceros, que conviene que se sepa con precisión lo que corresponde a ciertos datos estructurales de la sociedad; y por ello se hace relación de tales datos en la segunda parte del art. 1689. De otro lado, no podría procederse a la inscripción en el Registro Público de personas jurídicas de la sociedad, sino hubiese escritura pública".⁴⁵

La opinión sostenida por León Barandiarán, expuesta al examinar la constitución de una sociedad civil, nos parece errada, por los argumentos que hemos expuesto más arriba. Pero, nos parece advertir que a la base de esta interpretación errada de la forma se encuentra una inadecuada diferenciación entre el contrato social y la

⁴² MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles, pág. 32. Precizando su punto de vista, el mismo autor escribe: "Como todo contrato, el de sociedad debe formarse mediante el consentimiento de las partes. El consentimiento debe expresarse por escrito, bien sea mediante escritura pública, para que la sociedad una vez inscrita alcance la plenitud de sus efectos jurídicos, o por documento privado, caso en el que queda en la condición de sociedad irregular o de hecho, de la que derivan efectos parciales." Ob. cit., pág. 15.

⁴³ GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, pág. 339.

⁴⁴ LEON BARANDARIAN, José. Contratos en el Derecho Civil Peruano, pág. 222.

⁴⁵ Ibidem, pág. 223.

sociedad; frecuentemente se confunde a ambos entes; esta distinción escapa a los comentarios citados.

4.3. La forma y los estatutos

El artículo 5 de la Ley General de Sociedades regula minuciosamente el contenido del contrato de sociedad. En él no se señala como requisito la adopción de un Estatuto. Lo más cercano a un Estatuto que podemos encontrar en el artículo 5 está en su inciso 9, que prescribe la adopción de "el régimen de administración y las facultades de los administradores".

Es el artículo 77 el que, en su inciso 3, exige que la escritura de constitución esté acompañada de los Estatutos. Pero ésta es una norma especial que se encuentra ubicada en el régimen de la sociedad anónima. En consecuencia, los Estatutos son indispensables solamente cuando lo que se pretende constituir es una sociedad anónima. En los demás casos no se requiere de Estatutos. sin embargo, nada obsta para que se adopten éstos en cualquier otro tipo de sociedad. El inciso 11 del artículo 5, al permitir los demás pactos lícitos, está facultando a los contratantes, si lo desean, para adoptar Estatutos.

Esta discriminación obedece a las características de la sociedad anónima. La legislación la imagina como una sociedad numerosa, tanto así que no le pone límites al número máximo de socios que la pueden integrar. Este mayor volumen demográfico hace que su organización interna sea más compleja que la de los otros tipos de sociedad. Así, la sociedad anónima tiene órganos como la asamblea general, el directorio, el consejo de vigilancia y la gerencia; dos de ellos no los tienen las otras sociedades.

Ahora bien, el artículo 78 establece el contenido del Estatuto, pero no dice nada en relación a la forma en que éste debe ser otorgado. La constitución de la sociedad, sin embargo, supone la elevación de los Estatutos a escritura pública, y su posterior inscripción en el registro correspondiente. Pero la inscripción, o la elevación a escritura pública, no son requisitos para la validez de los Estatutos.

Los Estatutos pueden ser aprobados en el momento en que se celebra el contrato de sociedad o pueden serlo en un acto posterior; en todo caso, el acto jurídico por el cual se adoptan los Estatutos es un acto consensual.

De esta afirmación derivamos una consecuencia: las reglas contenidas en los Estatutos empiezan a surtir efectos desde el momento mismo en que son aprobados. Sin embargo, cabe una precisión. Estos efectos surten sólo entre las partes contratantes. Los efectos frente a terceros se encuentran supeditados a la constitución de la sociedad; es decir, a la inscripción en el registro correspondiente.

4.4. La forma en los aportes

El artículo 10 regula las normas generales que rigen el aporte que los socios harán a la sociedad. según el tipo de sociedad, los socios pueden aportar: su industria, bienes muebles, bienes inmuebles y créditos. La problemática en la forma requiere que examinemos cada caso por separado.

En el caso de aportes en industria, lo que hace el socio es aportar su capacidad de trabajo, lo que lo convierte en un socio industrial. Este tipo de aporte sólo es admitido en la sociedad colectiva, en la en comanditas simple y en la en comanditas por acciones. Este aporte, como todos los demás, debe constar en la escritura de constitución y debe inscribirse en el registro correspondiente. Sin embargo, estas formalidades no son requisitos de validez del aporte. La sola promesa de hacer el aporte, durante la celebración del contrato, es suficiente para que sea válido y la sociedad, ejecutando el contrato pueda exigir su cumplimiento.

Esta es la doctrina que se ha instalado en el inciso 1 del artículo 10, que dispone: "Cada socio está obligado a la sociedad por lo que haya prometido aportar. Contra el socio moroso la sociedad puede proceder ejecutivamente, hasta que efectúe la entrega, o resolver el contrato en cuanto a dicho socio".

Para precisar los alcances de nuestra afirmación nos parece pertinente establecer una distinción entre la promesa del aporte y la realización del mismo. Con la promesa del aporte la sociedad adquiere el derecho a exigir, incluso ejecutivamente, la verificación del mismo. Esta promesa de aporte suele hacerse al momento de la celebración del contrato de sociedad. Por lo tanto, la forma de la promesa de aportar es la del contrato; es decir, forma libre. Sin embargo, la promesa no equivale a la realización del aporte; esto será el resultado de la ejecución de la obligación contractual de aportar.

En el caso del socio industrial, la sola promesa de efectuar el aporte, emitida a través de cualquier forma, es suficiente para que se obligue a ejercer su industria para la sociedad. El cumplimiento se realizará cuando la sociedad empiece a operar.

En el caso del aporte de bienes inmuebles, el inciso 3 del mismo artículo, dispone: "La entrega del inmueble aportado a la sociedad se reputa efectuada al otorgarse la escritura de constitución social o la de aumento de capital, en su caso".

La forma para la promesa de aportar inmuebles es libre. El inciso citado establece una presunción respecto del momento en que se verifica la ejecución de la obligación. Esta es una presunción juris tantum. Por consiguiente, la verificación del aporte, así como su falta, puede ser acreditada por otros medios. La escritura pública, en este caso, constituye sólo un medio de prueba de la realidad del aporte.

Importa establecer si con la promesa de aportar inmuebles el socio transmite algunos de sus derechos sobre éstos a la sociedad. Con tal fin, debemos remitirnos a lo normado por el inciso 2 del mismo artículo 10. El dispone: "Por el aporte, el socio transfiere a la sociedad su derecho sobre los bienes aportados".

Debemos de concordar lo normado por este inciso con lo que dispone el artículo 949 del Código Civil sobre la transferencia de la propiedad de los bienes inmuebles. El citado artículo dispone: "La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario".

El inciso que estamos analizando sería un caso de disposición legal diferente. En consecuencia, la sola obligación de efectuar el aporte de un inmueble no hace a la sociedad propietaria de él. Para que ello suceda es necesario que la obligación se ejecute. Se reputará ejecuta en el momento de otorgarse la escritura pública. Sin embargo, ésta no es la única forma de ejecutar la obligación. Esto hace posible que las sociedades irregulares, aquellas en las que el contrato de sociedad no es elevado a escritura pública, puedan adquirir, vía aporte de sus socios, bienes inmuebles.

Para el caso de los bienes muebles, el inciso 4 de mismo artículo, dispone: "La entrega de los bienes muebles debe realizarse en la misma oportunidad señalada en el inciso anterior. No surte efecto en el capital social si se efectúa de otro modo".

El aporte de bienes muebles no se realiza mediante escritura pública, sino mediante la transferencia de éstos a la sociedad. Lo que el inciso sanciona no es la forma de la transferencia, sino el momento en el que debe verificarse. Sino se verifica en ese momento, la tradición de los bienes no surte el efecto de transferir la propiedad en favor de la sociedad. Esta, indudablemente, es una norma inadecuada, ya que no permite resolver el problema del aporte de bienes inmuebles a las sociedades irregulares. De lo normado por este inciso podríamos deducir que el capital de éstas no podría estar integrado por bienes muebles.

Resulta pertinente traer a colación lo normado por el artículo 11, que dispone: "El riesgo del bien aportado en propiedad es a cargo de la sociedad desde la entrega respectiva". Es decir, el riesgo se transmite con la entrega del bien, se efectúe ésta en el momento que sea.

La tradición a la que hace referencia el inciso que comentamos es aplicable sólo a los bienes muebles no inscritos. Los inscritos tienen un régimen especial. Sobre este particular, Montoya comenta: "Se trata de muebles matriculados o que son objeto de registro, así como para la propiedad industrial, deben cumplirse las

formalidades previstas en las leyes relativas a esos bienes".⁴⁶ Así, por ejemplo, si lo que se aporta es un vehículo automotor, el acto jurídico mediante el cual se efectiviza el aporte es solemne, porque la transferencia de la propiedad en favor de la sociedad será resultado de la inscripción en el registro correspondiente.

La obligación de aportar créditos implica la entrega de los documentos en los que constan éstos. Pero como lo sanciona el inciso 6, en su última parte, "el aporte no podrá considerarse cumplido sino desde el momento en que el respectivo título de crédito sea pagado". Se advierte, pues, para el cumplimiento de la obligación de aportar créditos no se ha prescrito formalidad alguna.

4.5. La forma registral

El artículo 3 de la Ley dispone: "El contrato social, debidamente inscrito, genera una persona jurídica de derecho privado.

La validez de los actos jurídicos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro, queda subordinada a ese requisito y a que sean ratificados por la sociedad dentro de los tres meses siguientes a la inscripción. No constituyéndose la sociedad o no ratificándose los actos jurídicos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado serán ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros".

Estrictamente hablando la sociedad es una persona jurídica. Para adquirir la personería se requiere de la inscripción en el registro correspondiente. Antes de este acto no existe sociedad, en tanto que persona jurídica. Precisamente por esta razón, la celebración del contrato no implica la constitución de la misma, ya que el solo contrato no genera una persona jurídica. Sin embargo, no se puede constituir una sociedad si previamente no se ha celebrado un contrato, porque es la inscripción de éste lo que genera la persona jurídica. Podemos decir, entonces, que el acto de constitución de la sociedad, la inscripción registral, es solemne. Pero este acto no es más que la ejecución de una obligación contraída contractualmente.

En este sentido, León Barandiarán escribe: "Así, pues, podría decirse que el negocio no es de por sí idóneo para atribuir la personalidad jurídica al ente social, a tenor de la primera parte del precepto. De ello resulta que si bien por regla, en el tiempo que media entre la concertación del negocio, esto es, entre la conclusión del pacto social, y su inscripción, se estaría frente a una sociedad no debidamente constituida, si por la declaración de los contratantes se da efecto retroactivo a la significación que tiene la inscripción (esta declaración tendría que hacerse producida

⁴⁶ MONTÓYA MANFREDI, Ulises. Ob. cit., pág. 41.

la inscripción y de una manera expresa), entonces se ha subsanado el defecto formal de que adolecía el contrato".⁴⁷

Ahora bien, resulta necesario aclarar un punto: ¿Porque sostener que la forma del acto constitutivo es solemne cuando su inobservancia no está sancionada con la nulidad?. Aparentemente aquí hay una contradicción en nuestro razonamiento. Sin embargo, no es así. La ley dispone que la inscripción del contrato social genera la persona jurídica, que es la sociedad. Si no se verifica la inscripción el acto jurídico no existe; tanto material como jurídicamente el acto carece de existencia. Esto porque la formalidad registral de la que estamos hablando constituye una norma de orden público, por lo que es de ineludible cumplimiento. En consecuencia, el acto es nulo porque se ha incumplido con una norma de orden público, contra la que no se puede pactar. La única manera de darle existencia válida al acto jurídico que constituye la sociedad es observando la prescripción de orden público. De allí que decir que la forma es solemne en este caso es sólo una manera de expresarnos, que nos permite destacar la nulidad del acto que no la observa. Este acto efectivamente deviene nulo, pero no porque haya dejado de observar una forma solemne, sino porque ha incumplido con un mandato ineludible.

El Registro Público en este caso juega un papel constitutivo. Por lo que las normas que ordenan recurrir a él para dar nacimiento a la persona jurídica sociedad, no pueden ser eludidas. Constituyen, pues, normas de orden público. Es el incumplimiento de lo mandado en el artículo 5 del Título Preliminar del Código Civil lo que da fundamento a la nulidad de este acto.

5. LAS SOCIEDADES IRREGULARES

Reiteremos la idea básica desarrollada en el capítulo anterior: el contrato de sociedad es un acto jurídico consensual, mientras que el acto constitutivo de la sociedad es solemne. Pero, ¿qué sucede cuando el contrato social no se inscribe en el registro correspondiente?. La respuesta a esta pregunta nos conduce a la temática de las sociedades irregulares.

5.1. Ausencia de forma y sociedades irregulares

El solo consentimiento de las partes contratantes es suficiente para la perfección

⁴⁷ LEON BARANDIARAN, José. Ob. pág. 225. De esta afirmación. León Barandiarán extrae la siguiente consecuencia: "En sus relaciones con terceros la sociedad sólo tiene existencia desde que se inscribe; es la exigencia de notoriedad, de publicidad, que impone la ley. En las relaciones internas entre los socios éstas operan desde que el negocio se celebró, y precisamente por ello cabe que las partes declaren que con la inscripción el contrato tenga efectos retroactivos". Loc. cit.

del contrato social. Sin embargo, éste, aun perfecto, no origina automáticamente una sociedad en tanto que persona jurídica. De no llegar a registrarse, a lo que dará origen será a una sociedad irregular.

Así lo dispone el artículo 385 de la Ley General de Sociedades, cuyo texto es el que sigue: "Es irregular la sociedad que no se ha constituido e inscrito conforme lo dispone la ley, la que no ha observado sus disposiciones al transformarse, o la que continúa en actividad no obstante haber incurrido en causal de disolución prevista en la ley o el contrato social".

El texto citado nos plantea dos casos de sociedad irregular. en el primero, la sociedad no está inscrita. El requisito de solemnidad para la misma no ha sido satisfecho. El acto jurídico de constitución no existe; por lo tanto, tampoco existe la sociedad como persona jurídica. En el segundo caso la sociedad está inscrita y por ende es una persona jurídica. Lo que sucede es que en su existencia se han producido causales de disolución; pero aún no está disuelta. Volveremos sobre esta distinción.

Sobre este particular, Broseta ha escrito: "Si la regular constitución de una sociedad se alcanza mediante el cumplimiento del requisito de forma (escritura pública) y del requisito de publicidad (inscripción en el Registro), puede ocurrir que el contrato de sociedad se estipule sin observar uno o ambos requisitos. Cuando esto ocurre, y la relación de sociedad se manifiesta externamente porque se explota una actividad mercantil o industrial en su nombre, nos encontramos ante una sociedad irregular...".⁴⁸

En la misma dirección va la siguiente opinión de Muguillo: "Conceptualizando entonces calificaremos a las sociedades irregulares o de hecho con aquellas que ofrecen vicios de forma bajo alguno de los tipos autorizados o no se encuentran constituidos por escrito... cuando dos o más personas convienen en constituir una sociedad llevando la idea a la práctica sin preocuparse de cumplir con los requisitos establecidos por la ley de sociedades aun cuando se tratare de una asociación breve o transitoria cuyo objeto pudiera ser la realización de un solo negocio de índole comercial".⁴⁹

⁴⁸ BROSETA PONT, Manuel. Ob. cit., pág. 161. Nos parece pertinente hacer una observación al texto citado. La función atribuida a la inscripción registral no es la correcta. Si la función del registro fuera, como se dice, de publicidad, entonces se podría prescindir de ella sin menoscabo alguno. Pero no sucede esto; sin inscripción no hay personalidad jurídica, no hay sociedad. La función del registro no es la de publicitar, sino la de constituir la sociedad.

⁴⁹ MUGUILLO, Roberto. Cuestiones de Derecho Societario, pág. 14.

Ahondando el análisis, en la doctrina se distingue las sociedades irregulares de las de hecho. Nuestro texto legislativo ha omitido hacer esta distinción. A la base de la omisión, probablemente, se encuentra una razón práctica: los efectos jurídicos de ambos son los mismos.

Sin embargo, doctrinariamente nos parece conveniente reparar en esta distinción, para, a través de ella, dilucidar los alcances de la irregularidad por constitución, caso que aquí nos interesa. Sobre este tema, Etcheverry ha escrito: "El legislador ha creado 2 vertientes en el género sociedades no constituidas regularmente: por una parte, aquellas cuyo instrumento básico es un contrato, que contiene todos los requisitos necesarios para que se prefigure un tipo societario regular al inscribirse en el Registro Público de Comercio; por otra, aparecen los acuerdos de hecho societarios a los cuales se ha puesto una condición referente al objeto: que sea de naturaleza comercial".⁵⁰

Resulta conveniente recoger la distinción entre sociedad de hecho y sociedad irregular, pero no en los términos de Etcheverry, términos que fluyen de la legislación argentina que es la que él está analizando. La distinción que nosotros podemos hacer parte de los dos casos básicos arriba mencionados.

Así, en un caso no hay persona jurídica, por defecto de constitución. Técnicamente en este caso no existe sociedad, concebida ésta como persona jurídica. Para él debemos reservar el nombre de sociedad de hecho. En el otro caso, si hay persona jurídica porque el contrato social está inscrito. Técnicamente, entonces, hay sociedad, sólo que por una causal determinada ha devenido en irregular.

Examinemos la sociedad de hecho. La irregularidad se encuentra en el acto constitutivo, mas no en la celebración del contrato social. En consecuencia, para que haya sociedad de hecho es necesario que el contrato social no esté afectado por alguna causal de nulidad; de ser así, el contrato social es nulo, y por lo tanto, no se genera la sociedad de hecho.

Ahora bien, la sociedad de hecho es el efecto del contrato

⁵⁰ ETCHEVERRY, Aníbal. Sociedades irregulares y de hecho, pág. 118. Desarrollando su idea, Etcheverry continúa escribiendo: "Es errónea la posición de la mayoría de la doctrina nacional cuando señala que la sociedad de hecho 'no tiene contrato' o 'no está instrumentada', porque admitir esto sería entender que un simple factum asociativo, al poseer un rudimentario convenio escrito donde las partes estipularon derechos y deberes, sin apuntar a una figura típica, no sería sociedad de hecho, ni tampoco irregular.

Se dan así dos variantes de sociedad de hecho —que tenga o no un convenio escrito—, lo que nos lleva a diferenciar aquella de la irregular, no ya por la instrumentación, sino por la vocación objetivada de los socios, de constituir o no un tipo regular". Ob.cit., pág. 119.

social libre de vicios de nulidad. Sin embargo, carece de personalidad jurídica; no es una sociedad en sentido estricto. Pero, a pesar de ello, puede ser titular de derechos o puede tener deberes. Esto es posible gracias a que, aun sin ser persona jurídica, es un sujeto de derecho.⁵¹

Una adecuada interpretación de las normas contenidas en la Ley General de Sociedades confirma la opinión antes vertida: la sociedad irregular es un sujeto de derecho aunque no sea persona jurídica. Así, el artículo 393 regula la forma y publicidad de su disolución y liquidación. El 394 regula la prueba de su disolución. El 396 regula su liquidación. El 397 regula su quiebra. Todas estas normas no pueden ser más que aplicadas a un sujeto de derecho.

Sobre este punto, Etcheverry opina del siguiente modo: "¿Es que las sociedades no regularmente constituidas no son sociedades?".

La solución legal, indubitadamente emanada de la búsqueda del antiguo equilibrio necesario, frente a la rivalidad entre intereses generales y los individuales, apunta a diferenciar -y lo consigue a mi juicio- las situaciones de irregularidad de las de nulidad, concediendo status societario al sujeto imperfectamente exteriorizado".⁵²

No participamos de este criterio. Si el defecto de irregularidad proviene del acto constitutivo, por inobservancia de la forma, el contrato social, en nuestra legislación, no origina una sociedad, entendida como persona jurídica. Pero sí origina un sujeto de derecho.

⁵¹ Es el profesor Fernández Sessarego quien ha hecho los mayores aportes en nuestro medio, que nos permiten distinguir el sujeto de derecho de las personas. Según él, entre uno y otras hay una relación de género a especie, de donde la persona jurídica, como la natural, resulta ser una especie de sujeto de derecho. Así, la asociación inscrita es una persona jurídica, pero la no inscrita, sin llegar a ser persona jurídica, es un sujeto de derecho. Esta es una situación semejante al caso que nos ocupa, de allí que le sea aplicable el siguiente texto, que citamos del profesor Fernández Sessarego: "Al igual que el Código Civil Italiano de 1942 y el Portugués de 1967, pero fundamentalmente en atención a la realidad social del país, se consideró indispensable regular normativamente la actividad creadora de relaciones jurídicas de aquellas organizaciones de personas que, encontrándose presentes en la vida social y actuando como si fueran personas jurídicas, no cumplen, por diversas causas, con el requisito de su inscripción en el respectivo registro y que, por ende, no asumen la categoría de 'persona jurídica' en tanto centro unitario de imputación de derechos y deberes. No obstante carecer formalmente de la calidad de 'persona jurídica', tales organizaciones de personas venían actuando como sujetos de derecho al margen del anterior ordenamiento normativo. Esta experiencia motivó que la codificación civil más reciente les otorgue reconocimiento normativo. Lo que implica considerarlas como una especial categoría de sujeto de derecho distinta de aquella lingüísticamente denominada como persona jurídica". *Derecho de las personas*, pág. 217.

⁵² ETCHEVERRY, Aníbal. *Ob.cit.*, pág. 126.

5.2. Alcances del contrato de sociedad en el caso de las sociedades irregulares

Para examinar este punto debemos remitirnos al artículo 389, cuyo texto dispone: "Las relaciones internas en las sociedades irregulares se regiran por lo establecido en el contrato del que hubieran derivado y, en su defecto, por las disposiciones supletorias de esta ley, según la clase de sociedad de que se trate.

El pacto y sus efectos no perjudican a terceros, quienes pueden utilizarlo en lo que les sea favorable.

Se reconoce la validez a los contratos que la sociedad celebre con terceros".

La sociedad supone la existencia de un contrato social perfecto. Sólo este contrato es capaz de originar un sujeto de derecho que hemos preferido denominar sociedad de hecho. La inscripción en el registro, y el consiguiente origen de la persona jurídica o sociedad, no es más que el resultado de la ejecución de una de las obligaciones que emergen del contrato social.

En consecuencia, siendo perfecto el contrato que está a la base de una sociedad irregular, sus efectos son plenos. Pero precisemos; plenos entre las partes contratantes. En principio, ese contrato no puede ser opuesto a terceros, más bien éstos pueden beneficiarse con aquello que, pactado en el contrato, les sea favorable.

5.3. La responsabilidad ilimitada

La Ley concede a determinadas sociedades el beneficio de la responsabilidad limitada. Entiéndase por ésta que los socios responden, por las deudas de la sociedad, hasta por el monto de sus aportes, hechos o prometidos. La sociedad, por su parte, siempre responde con todo su patrimonio. Pero, entiéndase bien: el beneficio de la limitación de la responsabilidad es concedido a la sociedad y gozado por los socios.

Para gozar del beneficio la sociedad debe existir; debe estar constituida como persona jurídica. En consecuencia, la sociedad que no se ha constituido en los términos prescritos por la ley no goza del beneficio y los socios tienen que responder ilimitadamente, con todo su patrimonio personal, por las deudas sociales.

Esto fluye del artículo 387, que en su primer párrafo dispone: "Los administradores, directores, miembros del consejo de vigilancia y gerentes son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por las operaciones practicadas desde el momento en que se produjo la irregularidad. Si la irregularidad existe desde la constitución, tendrán igual responsabilidad los socios".

En toda sociedad irregular la limitación de la responsabilidad desaparece. Pero los alcances de esta desaparición varían según el caso. Cuando la irregularidad es sobreviniente, la desaparición no alcanza a los socios, porque la sociedad ya esta constituida formalmente y el beneficio de la responsabilidad limitada ya ha sido adquirido por éstos. En cambio, si la irregularidad es originaria, la ilimitación de la responsabilidad les alcanza a todos.

Para determinar los alcances de la ilimitación de la responsabilidad, sancionada por el artículo citado, resulta pertinente citar el siguiente comentario de León Barandiarán: "Adviértase que el tercero puede accionar contra los socios y no contra la sociedad, y que los socios y no la sociedad pueden accionar contra el tercero. Y es que la sociedad, propiamente hablando, no tiene una verdadera personalidad jurídica; sólo que a los negocios jurídicos celebrados por ella con terceros se les atribuye eficacia para que trasciendan a los socios".⁵³

La sociedad de hecho no tiene una verdadera personalidad jurídica, ni tampoco una falsa. Simplemente no es persona jurídica; es, en cambio, un sujeto de derecho. Por esta razón es que los contratos que celebra con terceros tienen validez. En consecuencia, los terceros pueden demandar a la sociedad para que cumpla con lo contratado, y, a su vez, la sociedad puede demandarlos por la misma razón.

Sin embargo, los terceros pueden demandar tanto a la sociedad como a los socios conjunta o separadamente. Esto por el carácter solidario que tiene la responsabilidad ilimitada, y no porque la sociedad de hecho no sea un sujeto de derecho.

⁵³ LEON BARANDIARAN, José, Ob.cit., pág. 227.

6. CONCLUSIONES

A partir de lo expuesto podemos desprender las siguientes conclusiones:

1.- Según la forma, los actos jurídicos pueden ser solemnes o no solemnes. Serán solemnes cuando la forma es requisito esencial para su validez; su inobservancia acarrea la nulidad del acto jurídico. Los no solemnes pueden tener una forma probatoria. La no adopción de la forma probatoria no afecta la validez del acto, ya que ésta es sólo un medio para probar su existencia.

2.- El contrato social es un acuerdo por el cual los contratantes se comprometen a constituir una sociedad, para lo cual prometen aportar bienes, créditos y servicios que le permitan a ésta realizar el fin económico que se ha propuesto. Técnicamente es un contrato plurilateral con prestaciones autónomas.

3.- El contrato social es de carácter consensual; el solo acuerdo de las partes basta para perfeccionarlo. La forma prescrita por la ley tiene una finalidad probatoria.

4.- Es necesario distinguir el contrato social de la sociedad. Esta última es una persona jurídica dedicada a una actividad económica.

5.- El acto constitutivo de la sociedad, en tanto que persona jurídica, se perfecciona con la inscripción en el registro correspondiente. Por lo tanto, la constitución de la sociedad es el resultado de la realización de un acto jurídico adoptando una forma sancionada como de orden público; es decir, de cumplimiento ineludible.

6.- El contrato social no inscrito genera un sujeto de derecho que la ley denomina sociedad irregular. Cuando la irregularidad de la sociedad es consecuencia de la no inscripción, todos los socios asumen responsabilidad ilimitada por las deudas sociales.