

sometidas a este señorío; se expresó así el maestro italiano en frase que releva de todo comentario: "La propiedad es una simple generalización elaborada por encima de señoríos radicalmente diferenciados por su objeto".⁽¹⁷⁾

Configura también formas diferentes del clásico dominio, la moderna legislación sobre "propiedad horizontal". En ella no puede prescindirse del uso en común de ciertas partes del edificio, derivado del ejercicio conjunto de las facultades dominiales efectuado por los integrantes de la comunidad que constituyen los dueños de un edificio de propiedad horizontal. Trataremos en otra oportunidad los detalles de esta institución.

Como puede verse de lo que llevamos expuesto, el concepto tradicional sobre el derecho de propiedad tiene hoy otras dimensiones; se debilita la figura del dominio exclusivista y autónomo y cobran cada día mayor vigor las formas de su ejercicio colectivo o comunitario.

SOCIEDAD, ASOCIACIÓN Y COOPERATIVA

Dr. FERNANDO MORA
Prof. de Derecho Comercial de la
Universidad de Costa Rica

El hito de partida lógico de un estudio sistemático de la cooperativa, desde el punto de vista jurídico, es la comprobación de la naturaleza de la cooperativa misma. ¿La cooperativa es una sociedad, o una asociación? Problema a resolver, en manera alguna banal, por cuanto la respuesta, en un sentido o en otro, implica la aplicación de principios absolutamente diversos entre los cuales el principal es la realización de la "par condicio creditorum" que a su vez desemboca en la posibilidad de ejercicio de la acción pauliana contra actos que en alguna forma hayan dañado a los acreedores.⁽¹⁾

A primera vista el problema no existe en nuestro derecho, por cuanto el legislador ha denominado la ley que regula la cooperativa, "Ley de Asociaciones Cooperativas".⁽²⁾ Sin embargo, las cooperativas actúan sobre un plano eminentemente empresarial frente a terceros y en un volumen de actividades que alcanzan a veces el carácter de monopolio, lo que hace pensar en la existencia no de una asociación, sino de una verdadera sociedad comercial, sujeta a quiebra en caso de existencia de los presupuestos: objetivo, la suspensión de pagos o la presunción de su existencia (art. 851 C. de c.) y: subjetivo, la calidad de empresario comercial del fallido. Es lógico que se hace indispensable establecer con claridad la naturaleza de la institución, en protección de los acreedores que verán salvaguardados legítimamente sus derechos con la aplicación de la "par condicio creditorum" por medio de la quiebra.

Por otra parte, tendencia bastante extendida en las legislaciones extranjeras es la de considerar la cooperativa como sociedad. Se hace necesario pues comprobar si en efecto, lo que nuestro le-

(1) Piero Verrucoli, *Société et Association*, en "Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales", ed. Giuffrè, Milano, 1968, pág. 224.

(2) Ley N° 4. 179 de 22 de agosto de 1968: esta ley, se refiere constantemente a la cooperativa como asociación.

(17) Res Mancipi e nec Mancipi. Roma 188-89, citado por Fairén Martínez en su trabajo "La propiedad teoría de errores". Revista de Derecho Privado. Tomo XLVII. 1963. Pág. 126.

gislador ha llamado asociación es tal o si más bien es una sociedad: sociedad cooperativa; o si, en cambio, no es ni lo uno ni lo otro.

Previamente al establecimiento de la naturaleza jurídica de la cooperativa (asociación, sociedad, tercer genus) es necesario, en consecuencia, sentar la base de la investigación: conforme a nuestro derecho vigente, ¿cuándo existe una asociación y cuándo una sociedad? O en otros términos: ¿cuál es la naturaleza de una y otra, en qué se diferencian ambos negocios, la asociación y la sociedad? Aclarado lo cual se puede intentar el encuadramiento de la cooperativa —conforme a sus propias características, dadas por el legislador— en la una o en la otra categorías o, de no ser esto posible, delinear un tercer tipo de negocio asociativo, distinguible tanto de la asociación como de la sociedad.

Asociación en sentido amplio y en sentido estricto.—

El artículo 25 de la Constitución Política afirma que “los habitantes de la República tienen derecho de asociarse para fines lícitos”. Esta garantía individual de asociación ha sido particularmente tratada en la Ley de Asociaciones citada, la que establece que “el derecho de asociación puede ejercitarse libremente: conforme a lo que preceptúa esta ley”. En otros términos la Ley de Asociaciones reglamenta —en sentido no técnico— el derecho de asociación garantizado por la constitución y se refiere, en consecuencia, y en su más amplio sentido al grupo formado por dos o más sujetos con una finalidad común. Asociación, conforme a este concepto es tanto la sociedad regulada por el Código Civil, como la considerada en el Código de Comercio, como el sindicato, como la cooperativa, como el club deportivo, o social, etc. En esta acepción genérica de asociación entra el concepto de sociedad como species.

Otra species del genus asociación —en sentido amplio—, viene a ser la “asociación en sentido estricto” a la que la Ley de Asociaciones se refiere diciendo (artículo 1º): “En consecuencia, quedan sometidas al presente texto las asociaciones para fines científicos, artísticos, deportivos, benéficos, de recreo y cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia”. Las asociaciones (en sentido amplio) cuyo “objeto único y

exclusivo sea el “lucro o la ganancia”, no pueden por lo tanto organizarse como asociaciones stricto sensu. Se organizarán como sociedades civiles (arts. 1196 y ss. del C. c.), o como sociedades mercantiles (arts. 17 y ss. del C. de c.), como en efecto reza el artículo 2º de la Ley de Asociaciones: “Las asociaciones que no siendo de las enumeradas en el artículo anterior se propongan un objeto meramente comercial o civil se registrarán por las leyes comerciales o civiles, según el caso”.⁽³⁾

Dentro de este amplio cuadro de la asociación en sentido lato deberemos ubicar el problema de la naturaleza de la cooperativa, como se ha dicho, pero, previamente resultará conveniente hacer otras consideraciones que creo básicas para una mejor comprensión, sea de la importancia del tema, sea de las propias tesis.

Sociedad y asociación en el Derecho comparado.—

La mejor manera de introducir el problema doméstico creo que es el dar una ojeada de síntesis a los derechos de los países occidentales de economía capitalista.⁽⁴⁾

(3) Las species del genus asociación no son solamente la sociedad y la asociación stricto sensu: otras species vienen a ser las enumeradas en el artículo 3º de la Ley de Asociaciones.

(4) Si bien los derechos socialistas han conservado la terminología y aun la estructura de los derechos romanistas, así como una aparente concepción igual de la regla de Derecho, en realidad su contenido es absolutamente diverso (René David, “Les grands systèmes de droit contemporains”, Ed. Dalloz, Paris, 1969, pág. 152). La libertad de asociación existe bajo condiciones absolutamente particulares y propias de los sistemas socialistas (Ver “Le Droit Constitutionnel”, por M.A. Krutogolov y V. Toumanov, ambos profesores en el Instituto del Estado y del Derecho de la Academia de Ciencias de la U.R.S.S., policopiado Faculté Internationale pour l’Enseignement du Droit Comparé, Strasbourg, 1968, pág. 15) que podemos deducir del artículo 87 de la Constitución de la República Popular de Bulgaria; “Los ciudadanos búlgaros tienen el derecho de fundar sociedades, asociaciones y organizaciones a condición que ellas no sean dirigidas contra el orden público y el Estado y que no se encuentren en contradicción con la presente constitución. Son prohibidas y castigadas por la ley la formación y la participación en organizaciones cuyo objeto sea confiscar o dañar los derechos o las libertades del pueblo búlgaro, conquistadas después de la insurrección popular del 9 de setiembre del 1944 y garantizadas por la presente constitución, amenazar la independencia nacional y la soberanía del Estado, o que profesen activa o clandestinamente una ideología fascista o antidemocrática o faciliten la agresión imperialista”. En los demás países socialistas la situación es más o menos igual. Krutogolov y Toumanov (op. cit. pág. 15) comentando los derechos y libertades políticas ejercitables a través de organizaciones sociales y políticas, dicen “ce sont, d’une part les organisations syndicales, de la jeunesse, des femmes, les organisations sportives, les unions cooperatives, les organismes culturels, techniques et scientifiques, etc., et, d’autre part les partis politiques”. En cuanto a los partidos la libertad alcanza a la escogencia o del partido comunista o de un partido obrero ambas estructuras de alta jerarquía y no de iniciativa popular. Asimismo, en cuanto a los otros tipos de organismos, se trata de aquellos creados o controlados por el Estado o por el Partido Comunista. Todo en perfecta lógica con las ideas básicas del sistema como lo dicen Krutogolov y

Una rápida visión de las diversas tendencias o, más bien, posiciones doctrinario-legislativas, sobre el binomio sociedad-asociación se puede realizar a través de tres grandes grupos: uno, el de los países de la common law, otro, el del Derecho francés y sus seguidores y, tercero, el del Derecho alemán y sus seguidores.

Sistema de common law.—

No se puede, en la common law, hablar propiamente de sociedad contrapuesta a asociación, ni de sociedad como species del genus asociación. Creo que no se debe hablar, en la common law,

Toumanov: "En assurant la pleine liberté de création et de fonctionnement des partis et organisations démocratiques et en assurant ainsi la plénitude des droits civiques des travailleurs le droit d'Etat des pays socialistes ne permet pas l'utilisation de ces droits au détriment des intérêts des travailleurs. Il interdit les associations dirigées contre le pouvoir populaire" (op. cit. pág. 15). En cuanto a la actividad empresarial, elementos particulares de los sistemas socialistas harían excesivamente largo este punto introductorio de Derecho comparado. Estos elementos particulares son, por ejemplo: la propiedad del Estado (propiedad social, en Yugoslavia) sobre todos los medios de producción; sujeción de las empresas al "plan económico"; contenido de la actividad empresarial constituido, en gran parte, por los así llamados "contratos económicos" en los que se mezclan, íntimamente, fines económicos y políticos; etc. (B.T. Blagojevic, "Les formes juridiques de la direction de l'économie nationale", policopia della Faculté Internationale pour l'Enseignement du Droit Comparé, Strasbourg, 1968, págs. 2 y ss.). En consecuencia "el interés material de la empresa "tendiente a una su mayor rentabilidad se confunde con intereses extraeconómicos de superestructura, lo que necesariamente lleva a conceptos no especiales acerca del ejercicio colectivo de la actividad empresarial y su naturaleza (Ver Riv. Dir. Comm. Vol. II, 1969, Vol. I, págs. 116 y ss. "Problemi giuridici dell'impresa di stato nei paesi socialisti", esp. intervenciones de Heinz Such, pág. 137 y ss. y de Georg Geibe, pág. 142). De otra parte, en la U.R.S.S., después del Código Civil de 1964, ya no existe, prácticamente, el esquema societario que el Derecho soviético había heredado de la época prerrevolucionaria y de las primeras codificaciones revolucionarias. Actualmente existe (arts. 434-438 Grazdanskij Kodeks, (Código civil) la "actividad combinada", conjunta o colectiva (sovmestnaja dejatel'nost') por medio de la cual las partes se obligan "a actuar conjuntamente a fin de alcanzar una común finalidad", por ejemplo "la construcción, organización o explotación de una hacienda o de un servicio interkolhoziano o estatal-kolhoziano, construcción de obras hídricas, o deportivas, calles, escuelas, casas de maternidad o de habitación". Este contrato puede ser estipulado entre particulares (nunca para empresas de economía mixta) pero con objeto de satisfacer únicamente necesidades personales diarias: construcción de una casa en condominio, por ejemplo: es decir para el manejo de la así llamada "propiedad personal" (y la privada en los casos en que ésta sea permitida). Existen, además, en la U.R.S.S., las sociedades por acciones, que después de la segunda guerra mundial fueron empleadas como formas para el desarrollo de empresas comunes entre los países socialistas. Sin embargo, paulatinamente, este esquema ha ido dejando el lugar a elaboraciones más modernas y aptas para el desarrollo económico comunitario, dentro de concepciones como el COMECON. Sin embargo, empresas de interés federal siguen organizadas según el esquema de la sociedad por acciones, lo mismo que algunas actividades al interno de la Unión Soviética, con participación de diversos órganos del Estado: Inturist, Unestorgvbank (Agencia internacional del turismo, banco para el comercio exterior). (Sobre todos los aspectos anotados, del Derecho soviético, ver "L'impresa nel Diritto Sovietico", Gabriele Crespi Reghizzi, Cedam, Padova, 1969, esp. Cap. III "L'impresa in forma societaria", págs. 207-223). Más o menos el mismo camino han seguido los demás países socialistas, adaptándose al modelo ruso. Por ello, es claro que, en el estado actual de su legislación, es ilógico encontrar, substancialmente, un parangón entre sociedad y asociación capitalistas y sociedad y asociación socialistas.

ni siquiera de sociedad o asociación con respecto al tema que nos interesa, pues técnicamente ninguno de estos términos tiene un sentido jurídico. El "Diccionario de Términos Legales" de Robb,⁽⁵⁾ traduce la palabra sociedad por "society, association, company, corporation, partnership" y asociación por "association, company, union, partnership". Society tiene aquí un sentido sociológico; association el sentido más amplio que se le da en nuestro sistema jurídico, de reunión de individuos para un fin común;⁽⁶⁾ company, no tiene, en la common law, un sentido legal;⁽⁷⁾ corporation es, quizá, un término más cercano al de la civil law, sociedad, como veremos;⁽⁸⁾ partnership "is the relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view of profit" (Partnership Act 1890, s. 1 (1): es muy similar, dice Parker,⁽⁹⁾ a la "French société en nom collectif, however, whereas in French law the société en nom collectif is a société possessing, as I understand it a separate juridical existence, in English law, as I have emphasised, a partnership, being unincorporated has no separate legal existence, but is simply the totality of its members."⁽¹⁰⁾ "In

(5) Louis A. Robb, Ed. Limusa Wiley México, 1967.

(6) E. Album y R. Samuels, "Company Law" (Nutshell Series), Ed. Sweet & Maxwell, London, 1968, pág. 1.

(7) Album y Samuels, op. cit. Pág. 1. El sentido que se quiere dar a tal afirmación, "company no tiene un sentido legal", es el de que no tiene un sentido técnico bien delimitado, en cuanto es una especie de gran caldero en el que caben la corporation y la partnership (unincorporated) por igual (Cain, "Company law", Stevens & Sons London, 1968, p. 1) entrando entre las primeras o sea las "registered companies" o "incorporated companies" la company limited by shares, en la que la responsabilidad del socio en caso de insolvencia de la company se limita al monto que aún adeude a la company por sus acciones, la company limited by guarantee, en la que la responsabilidad abarca la suma que el socio se obligó a cubrir en caso de insolvencia de la company; la unlimited company, en la que la responsabilidad del socio será ilimitada; las dos últimas figuras pueden tener o no un share capital, es decir un capital accionario. En un cierto sentido company equivaldría a nuestro término sociedad; Naturalmente, con reservas pues incluye la partnership, especie de sociedad colectiva sólo que, por definición carece de personalidad jurídica diversa de la de sus miembros.

(8) No siendo hoy en día posible para algunos autores la creación de "unincorporated company", cuando se habla de "Company" se entiende en el sentido de "incorporated company" y por ello Parker, traduce "Société et association" por "Company and association" ("Companies and associations in english law: historical development", en "Evolution et Perspectives du Droit des Sociétés", cit., págs. 121 y ss.); igualmente Album y Samuels, op. cit. págs. 1 a 4. Sin embargo ver nota trasanterior.

(9) Op. cit., pág. 127.

(10) Op. cit., pág. 128. Sin duda, más cercana a la "partnership", está la "società in nome collettivo", en cuanto ésta, siendo "il tipo normale per l'esercizio in comune di una attività commerciale", carece además de la personalidad jurídica.

the French version" —dice siempre Parker⁽¹¹⁾ —"the programme" — se refiere al programa del curso en el que desarrolló su trabajo aquí citado —"contains four main subjects, the first of which is "Société et association; société et entreprise". If one were to translate these titles directly into English, one might say "Company and association, company and business enterprise". But such titles would have very little significance for a domestic English lawyer— by "domestic" I mean an English lawyer who is unfamiliar with this Continental conceptual distinctions".

Y en efecto, la terminología de la common law es absolutamente diversa: en ella se habla, más propiamente, de "incorporated groups and unincorporated groups"⁽¹²⁾ o "corporations and unincorporated groups". Las primeras gozan de personalidad jurídica (claramente establecida como separada de la de sus miembros en la famosa sentencia Salomon v. Salomon & Co., (1897), A.C.22); no así los segundos.⁽¹³⁾ Entre estos, como hemos visto, se encuentra la partnership, cuya definición ya adelantamos y que se asemeja a la "società in nome collettivo."⁽¹⁴⁾ Sin embargo, lo que reviste especial interés para el jurista de la civil law es el hecho que la corporation no necesariamente debe tener como objetivo la realización de utilidades o ganancias.⁽¹⁵⁾

"Société et association" — dice Parker⁽¹⁶⁾ "... if we were to develop the same distinction which these titles suggest to, for exemple, the French and Italian lawyer, we would have to place on the one hand those groups having as their purpose the making of profit or gain i.e. partnerships from among the unincorporated groups, together with those incorporated companies which have such a purpose — these would be the sociétés; while on the other hand, as associations, we would have to place all those groups, incorporated

(11) Op. cit., pág. 124.

(12) Parker, op. cit., pág. 124.

(13) "In English law an unincorporated group can have, as a group no rights and obligations; it cannot own property in its own right with certain exceptions, some of which we shall mention here after, it cannot sue or be sued as a group; it has as a group, no debts or liabilities apart from those of its members" (Parker, op. cit. pág. 125).

(14) Ver nota 10.

(15) Parker, op. cit., pág. 128.

(16) Op. cit., pág. 129.

und unincorporated, which did not have as their purpose the making of profit or gain. But the resultant classification would be a very strange one to the English lawyer, who is accustomed to the basic distinction being drawn between groups which are incorporated, on the one hand, whether for profit-making or not, and on the other hand, unincorporated groups, again whether for profit-making or not, but including all partnerships, which, as we have seen, must have such a purpose".

En definitiva, la diferencia fundamental nace de la tenencia o no tenencia de la "incorporation",⁽¹⁷⁾ es decir la "corporate personality" o "legal personality", vale, personalidad jurídica distinta de la de sus miembros, independientemente de la finalidad o naturaleza de la actividad a desarrollar. Pertenece, pues, el sistema inglés a la corriente de la "estructuración formal" de los grupos sociales, caracterizada por la neutralidad en cuanto al fin perseguido con la forma jurídica de organización social que se escoja o en cuanto a la naturaleza de la actividad que con tal forma se quiera desarrollar. Es, como veremos, la tendencia reflejada por nuestro vigente Código de Comercio (arts. 5 y 17).

Sistema francés.—

La "civil law" podemos subdividirla en dos categorías: el sistema francés y el sistema alemán, cada uno de los cuales tiene su séquito numeroso de prosélitos.

Es en el sistema francés donde la dicotomía sociedad-asociación adquiere sus más marcadas características, desde el punto de vista de fondo. Y aun se podría afirmar que el problema nació, o se generó, con la elaboración doctrinaria de los juristas franceses que orientaron el Código Napoleón. Y donde aquella no tuvo influencia — como en la common law — o donde ha sido superada — como en el Derecho alemán — la dicotomía no ha tenido, o ha per-

(17) La "incorporation" (personalidad jurídica) puede originarse en tres fenómenos diversos:
a) la Charter: personalidad otorgada directamente por la "Crown", especialmente a "charitable or public bodies": por ejemplo, la B.B.C. Estas serán las "chartered companies".
b) la Private Act of Parliament: esta forma se usó en el siglo XIX y autorizó "corporations" con fines de desarrollo y explotación de servicios de utilidad pública (gas, electricidad, agua, etc.) y que actualmente han casi totalmente desaparecido como efecto de la nacionalización. Se trata de las "Statutory companies" que actualmente explotan casi sólo el servicio de agua.
c) la registration: se trata de la registración según las formas de la Companies Act 1948 y de la Companies Act 1967 y es la usada mayormente hoy en día. (Ver Album and Samuels, op. cit., pág. 2.).

didado, respectivamente, un valor substancial, para convertirse en una elección de forma, de estructura, de esquema, realizada según las necesidades prácticas económicas de la actividad a desarrollar.⁽¹⁸⁾

Domat definía la sociedad, "convention entre deux ou plusieurs personnes, par laquelle elles mettent en commun entre elles ou tous leurs biens ou une partie, ou quelque commerce, quelque ouvrage, ou quelque autre affaire pour partager tout ce qu'elles pourront avoir de gain ou souffrir de perte de ce qu'elles auront mis en société".⁽¹⁹⁾ Siguiendo tales conceptos el artículo 1832 del Código Napoleón definía la sociedad como el contrato "par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en resultar". Considerando que tanto como en la sociedad, en la asociación se encontraba una agrupación de sujetos, cada uno de los cuales hacía una aportación, quedaba por establecer en qué consistía la diferencia entre ambos tipos de organización colectiva. Sin duda, el elemento diferenciador pareció a la doctrina ser la persecución del reparto de beneficios. Y, así, en 1898 se establecía que "l'association est une reunion se proposant une fin, materielle ou simplement moral, d'ordre général dépassant l'intérêt de ceux qui la fondent et que l'alimentent de leurs ressources. On dit qu'elle poursuit un but idéal".⁽²⁰⁾ La asociación, se afirmaba,⁽²¹⁾ es creada por sus fundadores a fin de servir los intereses de una categoría social de la que ellos, no necesariamente, forman parte. En cambio la sociedad se propone un fin pecuniario restringido a quienes la forman, y conforme al artículo 1832 del Código Civil, la característica de la sociedad consiste en la persecución de un "bénéfice á partager" entre los miembros: se dice entonces que la sociedad debe tener un fin lucrativo.⁽²²⁾

(18) A la larga, como se afirmará, el sistema francés ha arribado también a un criterio formal que por ahora resuelve sólo el conflicto entre sociedad civil y comercial, pero no entre sociedad y asociación.

(19)

(20) Thaller, "Traité Élémentaire de Droit Commercial", Ed. Rousseau, Paris, 1898, pág. 116. El concepto de asociación no fue sino una elaboración doctrinaria pues, como se ha afirmado, el Código Napoleón "ne connaissait pas l'association" (Jean Bagniet, "Société et Association en Droit Belge", en "Evolution et perspectives..." Op. cit., Vol. I, pág. 33.

(21) Thaller, op. cit., pág. 116.

(22) Thaller, op. cit., pág. 117.

La distinción se afirmará más claramente con la ley de asociaciones de 1º de julio de 1901 conforme a la cual una asociación es toda reunión de dos o más personas formada con cualquier fin menos el de "partager des bénéfices".

Sin embargo, la construcción concebida sobre la base del artículo 1832 del Código Civil y de la ley de 1901 seguía prestando problemas, concretamente en cuanto a la delimitación precisa de los respectivos campos, puesto que el elemento diferenciador, "les bénéfices á partager", creaba serios conflictos de interpretación. Indudablemente era necesario establecer ahora, con claridad, en qué consistían los beneficios cuyo reparto diferenciaba la sociedad de la asociación. ¿Consistía el beneficio en cualquier ventaja patrimonial obtenida por los socios o debía ser, necesariamente una ganancia pecuniaria? Completando la elaboración doctrinaria y legislativa, el conflicto fue resuelto por la célebre sentencia de las Salas Reunidas de la Corte de Casación, de 11 de marzo de 1914 (D. 1914, I, 257) que estableció como "bénéfice": "un gain pecuniaire ou un gain materiel qui ajouterait á la fortune des associes".⁽²³⁾ Es decir, una utilidad neta que, realizada por el ente, aumenta, por sucesivo reparto la fortuna de los miembros de éste. Este concepto de "bénéfice" aceptado por la sentencia citada era, prácticamente, el de mayor prestigio en la doctrina y había sido elaborado, ilustremente, ya en 1872.⁽²⁴⁾

La construcción francesa anterior ha influido en gran parte de las legislaciones occidentales — como, del resto, lo ha hecho toda la elaboración jurídica francesa a partir de la codificación — dando como resultado la aceptación de la tesis teleológico - lucrativa como elemento diferenciador entre sociedad y asociación. Así, en el Derecho argentino "el propósito de obtener ganancias y de aumentar con ellas el patrimonio es de la esencia de la sociedad".⁽²⁵⁾ Y "es sobre esta base que se distingue, tradicionalmente también, entre

(23) "Cette définition, si claire qu'elle soit à première vue, laisse quand même subsister des doutes considérables. Son manque de précision est devenue manifeste lorsque, par exemple, il s'est agit de traiter des sociétés d'indivision et des sociétés de chasse qui ensemble avec une série d'autres groupements on fait naître des questions fameuses de droit et commercial" (O. Sandrock, "Evolution et Perspectives..." cit., pág. 172.

(24) Paul et Pont, "Commentaire-Traité des sociétés civiles et commerciales", Paris, 1872, Vol. VII, N° 69.

(25) Carlos Malagarriga, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", T.E.A., Buenos Aires, 1958, T. 1º, pág. 143.

las sociedades y las asociaciones. Hay sociedad, se dice, cuando los socios se proponen obtener beneficios pecuniarios a distribuir entre sí y hay asociación cuando la finalidad que persiguen es otra cualquiera".⁽²⁶⁾ ⁽²⁷⁾ En el Derecho mexicano, evolucionando a partir de los mismos conceptos, se afirma que la finalidad de la sociedad ha de ser "preponderantemente económica" (concepto más amplio que el de lucro) y que cuando falte tal finalidad estaremos en presencia de una asociación civil".⁽²⁸⁾ En el Derecho francés una utilidad o ganancia puede ser perseguida tanto por una sociedad como por una asociación. Lo que diferencia la una de la otra es que en aquella la utilidad obtenida está destinada a pasar al patrimonio de los socios, sea en numerario sea en cualquier otra forma material, mientras que en ésta ese traspaso no se produce.

El Derecho mexicano, no compartiendo la tesis de la repartición de utilidades como elemento diferenciador, recurre — diríamos necesariamente — al argumento de la finalidad económica "preponderante": todo el problema se resuelve en una cuestión de equilibrio: cuando la balanza se incline hacia la finalidad económica tendremos una sociedad; en el caso contrario, tendremos una "asociación civil". La dificultad nace en el momento en que se quiera establecer ¿cuándo la finalidad económica es "preponderante" y cuándo no: ¿cuál será el criterio? ¿El de la apariencia frente a terceros? ¿El del volumen de actividad económica conforme a los datos contables? ¿El de un cierto giro de negocios en un periodo determinado? ¿El del capital

(26) Malagarriga, op. cit., T. 1º, pág. 144.

(27) Malagarriga, op. cit., T. 1º, pág. 145: "Por nuestra parte entendemos, ahora, que lo fundamental no es el fin perseguido en la agrupación sino el medio elegido para conseguirlo y que si este medio es la formación de una sociedad de alguno de los tipos previstos en la legislación nos hallaremos ante una sociedad y no ante una asociación". . . . Con las afirmaciones anteriores Malagarriga se inclina hacia el criterio formal de caracterización de la sociedad, pero ya no según el esquema, por ejemplo, de la nueva legislación francesa sobre sociedades, sino según un planteamiento diverso. En efecto si bien el nuevo derecho societario francés es "formalista", lo es dentro del campo de las sociedades, en general (civiles o comerciales) y considera comercial toda sociedad estructurada conforme a alguna de las formas consideradas en la ley, independientemente de la naturaleza del objeto de la sociedad misma. Pero, en el nuevo derecho societario francés una sociedad, necesariamente debe ser establecida con el fin de "partager les bénéfices". De lo contrario se tratará de una asociación. Malagarriga, en cambio, parece ignorar este formalismo, que elimina el conflicto de la determinación entre sociedad civil y sociedad mercantil y propugna un formalismo que, más bien, eliminaría el problema de la determinación entre sociedad y asociación, dejando subsistir el conflicto eliminado, por ejemplo, por el Derecho francés. Como veremos, nuestro Derecho vigente ha creado un doble formalismo: frente a la naturaleza de la actividad y en frente a la finalidad.

(28) Roberto Mantilla Molina, "Derecho Mercantil", Porrúa, México, 1953, pág. 158.

movilizado? ¿El del patrimonio social? ¿El del índice del crecimiento económico?⁽²⁹⁾ El Derecho italiano (artículo 2247 del Código Civil) considera que con el contrato de sociedad dos o más personas confieren bienes o servicios para el ejercicio en común de una actividad económica con el fin de dividirse las utilidades. A causa de este fin específico de la repartición del lucro entre los socios las sociedades se distinguen de las asociaciones, reconocidas o no reconocidas, las que persiguen fines ideales.⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾ El Derecho belga, que se mantiene más fiel a la tradición francesa, sigue paso a paso el sistema de la finalidad: "se puede así distinguir dos grandes especies de asociaciones lato sensu: las asociaciones con fin de lucro y las asociaciones sin fin de lucro. Las asociaciones con fin de lucro llevan el nombre de sociedades . . ."⁽³²⁾

(29) El mismo Mantilla Molina, op. cit., pág. 158 cita la siguiente afirmación de Joaquín Rodríguez Rodríguez: "En el Derecho mexicano no puede existir una sociedad mercantil, ni aún civil, sin carácter lucrativo". Como se puede ver según Rodríguez, el Derecho mexicano estaría bastante vecino al sistema francés. En efecto, Rodríguez reduce el "fin común de carácter económico" a una "participación en los beneficios y pérdidas" (Derecho mercantil, Ed. Porrúa, México, 1960, Vol. I, pág. 47.)

(30) Andrea Torrente, "Manuale di Diritto Privato", Giuffrè, Milano, 1968, pág. 661.

(31) Baste por ahora, y a nuestro fin, lo dicho, aunque el problema en Italia ha producido y produce una avalancha constante de literatura que ha querido ver un elemento esencial de la sociedad, no ya en la persecución de utilidades a repartir, sino en la normal variación (entrada y salida) de sus miembros (Ferrara, "Le persone giuridiche", 2ª ed. puesta al día por Ferrara Jr., Torino, 1958, Nº 26, pág. 74 y ss.); o en la finalidad económico-lucrativa de la sociedad frente a los fines no patrimoniales de la asociación (Messineo, "Manuale di Diritto Civile e Commerciale", 9ª edición, Milano, 1957, Vol. I, parº 22, n. I bis, pág. 340 y ss. y en el cortante artículo contra Bigiavi, "Società e scopo di lucro", en "Studi di Diritto delle Società", Giuffrè, Milano, 1958, pág. 3 y ss, que el autor cierra con esta afirmación "El fin de la sociedad — desde la sociedad simple hasta la sociedad por acciones y la sociedad cooperativa— es siempre uno y solamente uno, la producción de las utilidades"... (op. cit., pág. 14); otros han afirmado que basta un fin lucrativo abstracto (Bigiavi, "La professionalità dell'imprenditore", Padova, 1948, pág. 55 y ss.; Graziani, "Diritto delle Società", 5ª ed., Napoli, 1962, pág. 69 y ss.) o que el aspecto diferenciador de la sociedad lo constituye no simplemente la distribución de utilidades sino la distribución en proporciones de antemano establecidas (Rubino, "Le associazioni non riconosciute", 2ª ed., Milano, 1957, pág. 1, y ss.); recientemente Verrucoli y Casanova ("Evolution et perspectives..." cit., Vol. I, págs. 47 y ss y 209 y ss.) abandonando la tendencia a colocar al centro del problema la repartición de utilidades, han impuesto el problema alrededor del concepto de empresa — que como se sabe, reviste primordial importancia en la construcción jurídica italiana— considerando que el ejercicio profesional de una actividad económica organizada para la producción o el cambio de bienes o servicios (noción de empresa), si es colectiva, implica, necesariamente la existencia de una sociedad, cualquiera sea la forma de que se haya revestido el organismo.

La empresa — dice Verrucoli — es sin embargo el verdadero rasgo distintivo entre la sociedad y la asociación y una asociación (formalmente) que aún con carácter secundario realice actividad empresarial debe ser considerada sociedad (op. cit., Vol. I, pág. 226).

(32) J. Bagniet, "Société, association, entreprise en droit belge", en "Evolution et perspectives..." cit., pág. 34.

Sistema alemán.—

El sistema alemán implica un abandono de la tesis finalista, o, más bien, un cambio de ésta por una tesis estructural. Sociedad y asociación se diferencian no ya porque una persiga el reparto de utilidades y la otra no, sino por un diverso elemento organizativo: si la organización es de naturaleza corporativa o colectiva (Körperschaftliche Verfassung) tenemos una asociación; si por el contrario, la organización se sustenta en una base individualista (Verfassung mitgliedschaftlicher Verbundenheit), tenemos una sociedad. Este criterio, como veremos dentro de poco, lleva a una ubicación de las diversas figuras completamente opuesta al del sistema francés.

En la asociación (Verein) la desaparición de los fundadores, y en general el cambio de los sujetos, no implica la desaparición de la persona moral, ni la disolución, y consecuente liquidación, de la misma. En cambio, en las sociedades (Gesellschaft im engeren Sinne: sociedad en estricto sentido) es inactuable la intercambiabilidad de los socios, sin que esto produzca un proceso degenerativo de disolución, liquidación y muerte de la persona moral, pues el socio es aceptado intuitu personae.

En consecuencia, son asociaciones en el sistema alemán la sociedad por acciones, la sociedad en comandita por acciones, la sociedad a responsabilidad limitada, la sociedad cooperativa y la de seguros mutuos. Y son sociedades (im engeren Sinne) la de "derecho común", la sociedad en nombre colectivo, la sociedad en comandita simple y la sociedad en participación.⁽³³⁾

Sociedades formales y tipología.—

Nuestro Código de Comercio no da una definición de sociedad comercial. Se limita a enumerar, en el artículo 17, los cuatro tipos de sociedad que, independientemente de su finalidad, considera mercantiles. Ya en el artículo 5º inciso c) había establecido que son comerciantes, es decir sociedades comerciales, aquellas sociedades que se constituyan de conformidad con las disposiciones del Código, cualquiera que sea el objeto o actividad que desarrollen. O

(33) Sobre la construcción alemana ver, O. Sandrock, "Société, association, entreprise en Droit Allemand", en "Evolution et perspectives..." cit., pág. 169 y ss.

sea que, en síntesis, las sociedades que formalmente sean o en nombre colectivo, o en comandita simple, o a responsabilidad limitada, o, en fin, anónimas serán siempre y necesariamente, sociedades mercantiles, independientemente de la naturaleza de la actividad desarrollada e independientemente de la finalidad perseguida.

En la nueva ley francesa sobre las sociedades comerciales, de 1966⁽³⁴⁾ el carácter comercial de una sociedad está determinado por su forma o por su objeto y son comerciales en razón de su forma y cualquiera sea su objeto, las sociedades en nombre colectivo, las sociedades en comandita simple, las sociedades a responsabilidad limitada y las sociedades por acciones (anónimas y en comandita). El carácter formal, pues, se confronta a la naturaleza de la actividad, es decir, del objeto; no así a la finalidad, por lo que una actividad no lucrativa desarrollada bajo la forma de sociedad comercial (si se arribase a tal fenómeno en el Derecho francés) sigue siendo, substancialmente, una asociación. En cambio, en nuestro sistema, conforme al artículo 5º inciso c) del Código de Comercio, la comercialidad por la forma de las sociedades se confronta al objeto, como en el Derecho francés, pero además y según el artículo 17 del C. de c. la comercialidad por la forma se confronta también a la finalidad perseguida con la sociedad.

* De modo que, si en el Derecho francés la diferencia entre sociedad y asociación se puede hacer siempre sobre la base de la finalidad — división de beneficios en aquella; cualquier fin excepto la división de beneficios en ésta⁽³⁵⁾ — por cuanto la caracterización formal de las sociedades en ese Derecho se confronta únicamente a la naturaleza de la actividad u objeto y no así a la finalidad, en nuestro Derecho esto no es posible: el artículo 5º inciso c) del Código de Comercio postula, como hemos ya visto, el formalismo frente al substancialismo del objeto, pero, además, el artículo 17 del Código de Comercio postula también el formalismo frente a la finalidad. En consecuencia, como hemos dicho, mientras en el De-

(34) Ley Nº 66-537 de 24 de julio de 1966.

(35) Comentando la nueva ley sobre sociedades comerciales afirma Trouillat que la búsqueda de beneficios que permite diferenciar las asociaciones sometidas a la ley de 1º de julio de 1901, de las sociedades, no puede servir útilmente de criterio para la distinción entre las sociedades comerciales y las sociedades civiles que tienen, ambas el mismo fin. Robert Trouillat, "Le Droit Nouveau des Sociétés Commerciales", Entreprise Moderne d'Édition, Paris, 1967, pág. 57.

recho francés la finalidad lucrativa sirve siempre para separar asociación de sociedad, en nuestro Derecho esta posibilidad — si alguna vez existió puesto que, como oportunamente veremos, nuestro mismo concepto de asociación abarca un ámbito aparentemente más amplio que el abarcado por el correspondiente francés — ha desaparecido con el Código de Comercio de 1964: cualquier actividad con independencia de su finalidad puede ser ejercida bajo la forma de sociedad mercantil y toda sociedad en forma mercantil es mercantil con independencia de su finalidad.

En síntesis: toda actividad, independientemente de su naturaleza — civil o comercial — e independientemente de su finalidad — lucrativa o no — siempre que sea ejercida por medio de una de las formas enumeradas en el artículo 17 del Código de Comercio, pierde importancia en la clasificación del ente colectivo que la ejerce, frente a la dicha forma. El criterio formal prevalece, indiscutiblemente, sobre el substancial y el teleológico: una sociedad en nombre colectivo, o una sociedad en comandita simple, con un objeto civil, una sociedad de estudios, por ejemplo, es siempre comercial.⁽³⁶⁾ igualmente serán siempre comerciales una sociedad a responsabilidad limitada que explota una empresa agrícola o una sociedad anónima cuyo objeto sea un club de lectura o un club social, con fines ideales.

✕ Pero el criterio formal no basta a resolver el problema en toda su magnitud. Por una parte, las figuras de sociedad civil y de asociación en cuanto reguladas, la una por el Código Civil y la otra por la ley respectiva ya citada, siguen existiendo. Por otra parte, lo que es aun más importante, la figura de la sociedad comercial no queda agotada con las cuatro formas enumeradas por el artículo 17 citado. De un lado, la ley no dice que el ejercicio colectivo de empresa comercial deba, única y necesariamente, realizarse a través de una de las formas del dicho artículo 17,⁽³⁷⁾ lo que hace pensar en la posibilidad de entes distintos de tales tipos sociales, que

(36) El ejemplo lo he tomado de Jackes Richard, "Le droit des sociétés commerciales", Librairies Techniques, Paris, 1967, pág. 9.

(37) Como si lo dice, por ejemplo el Código Civil italiano, artículo 2249: "Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo". En Francia, las sociedades comerciales, dice Trouillat, (op. cit., pág. 58), deben adoptar alguna de las formas previstas por la ley a tal efecto; bajo pena de nulidad, según Ripert y Roblot ("Les sociétés commerciales", Ed. Durand et Pichon, Paris, 1968, pág. 383, N° 706, del extracto del Traité Elementaire).

podrían —y deberían, sin duda— ser sometidos a quiebra en caso de comparecer los presupuestos de ley. De otro lado no se puede ignorar que el Código de Comercio contempla al menos dos tipos más, además de los del artículo 17 dicho, de sociedad mercantil: la sociedad en participación (artículos 21 y 663 a 666 del C. de c.) y la sociedad de hecho (artículo 23 del C. de c.). En cierta forma, un tercer tipo se podría encontrar en la sociedad irregular, reconocida por los artículos 22 y 27 del Código de Comercio.^{(38) (39)}

⊗ En consecuencia, creo que se puede afirmar con certeza que: a) el criterio formal de los artículos 5° inciso c) y 17 del Código de Comercio no implica que no exista y se pueda establecer, un criterio substancial de sociedad comercial y b) la clasificación del artículo 17 citado, no es taxativa, sino en cuanto a las sociedades que son formalmente comerciales, no así en cuanto a las sociedades que son, o mejor, que pueden ser consideradas comerciales substancialmente.⁽⁴⁰⁾

(38) "Es inexacto afirmar, como suelen hacerlo algunos autores patrios, que toda sociedad lleva consigo la formación de una personalidad jurídica nueva y que las sociedades que no llegan a adquirir ésta por faltarles las condiciones que exige el párrafo 1º del artículo 1669 no tienen validez ni existencia legal. Lejos de esto hay que reconocer, como apunta De Buen que en el Código, al lado de sociedades con personalidad, existen otras desprovistas de ella. El artículo 1669 no dice que las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios no son sociedades; dice que no tienen personalidad jurídica. La prueba es que añade el mismo artículo que esta clase de sociedades se registrá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes." (Comentario de Castán citado por J. Girón Tena, "Los conceptos y tipos de sociedades de los Códigos Civil y de Comercio y sus relaciones", extracto de las publicaciones del Centenario de la Ley de Notariado, Sección tercera, Est. Jurídicos varios, Vol. IV, Madrid, 1963, pág. 35.

(39) Prescindo, ahora, de indagar sobre el tema puesto que obligaría a una argumentación amplia y extensa que considero fuera de nuestro interés directo. Un excelente estudio —suscinto y claro— sobre el problema de la tipología y las sociedades imperfectas, para quien tenga interés, es el citado en la nota anterior, de Girón Tena. Todo sin perjuicio de volver sobre el asunto ya que nuestra doctrina de casación, con una intención práctica tal vez laudable pero alejada de un exacto análisis de las figuras ha llevado a asimilarlas, en cierta forma, o, al menos, a no diferenciarlas claramente, como se puede ver, entre otras, en la sentencia de Montero Gómez vs Nigro Borbón y otra, de 13 hs. del 2 de Dic., 2º Sem., 1949, pág. 939, especialmente el considerando IV de la sentencia. Ver también doctrina de la sentencia Reimers & Co. vs. Sajem Sacre y otra, de 2 p.m., 9 marzo, 1er Sem., 1932, pág. 287.

(40) Estas conclusiones, que hemos conseguido a través de la anterior elaboración son fácilmente alcanzables en el nuevo Derecho francés de sociedades, en cuanto, como se ha visto, el artículo 1º de la ley de 1966 expresamente afirma que el carácter comercial de una sociedad puede determinarse tanto por la forma como por su objeto (actividad), prevaleciendo siempre aquella sobre éste cuando se trate de sociedades colectivas, en comandita simple, a responsabilidad limitada, o por acciones (anónimas o en comandita). A contrario, cuando no se trate de estos tipos enumerados el objeto es esencial a fin de establecer la naturaleza de la sociedad: civil o comercial; así, por ejemplo, con la sociedad en participación (arts. 419 a 422 de la Ley de reforma citada).

Los tipos formales de sociedad comercial no nos interesan en adelante, puesto que, absorbiendo los conceptos de asociación y sociedad civil cierran la puerta a una posterior investigación de la naturaleza de la sociedad frente a la asociación y de la sociedad comercial frente a la civil. Nos interesan más bien los tipos "imperfectos" — como los hemos llamado⁽⁴¹⁾ — puesto que, según el criterio que esté a la base del concepto, podrían no ser tales — tipos imperfectos de sociedad — sino asociaciones o siendo sociedades podrían serlo civiles tanto como comerciales: una sociedad en participación tiene carácter civil o comercial según su objeto;⁽⁴²⁾ una sociedad de hecho puede ser comercial (art. 23 del C. de c.), o civil (art. 1198 del C. c.). Veamos, pues, qué elementos caracterizan la sociedad, como figura general (civil o comercial), caracterización que en definitiva nos dará el concepto substancial (ya no formal) de sociedad confrontable con el de asociación. Oportunamente indagaremos la diversa naturaleza de la sociedad civil y de la comercial. Creo conveniente empezar con las asociaciones.

Elementos de la asociación (en sentido amplio).—

Sociedad y asociación stricto sensu son especies del género asociación en sentido amplio. Este último sentido es el que encontramos, como se ha visto, garantizado por el artículo 25 de la Constitución Política y se reduce al mínimo de elementos: uno subjetivo y otro teleológico. El subjetivo es consecuencia misma de la palabra asociación pues, en efecto, no podríamos imaginar una asociación — al menos en su momento inicial — sino con dos o más personas. El teleológico implica la existencia de una finalidad — lícita — común. Hasta este momento todo lo que tenemos es una "solidaridad de intereses" entre los socios.⁽⁴³⁾

(41) "Sociétés imparfaites" llama en efecto Trouillat (op. cit. pág. 60) a los tipos de sociedad oculta o privada de la personalidad jurídica.

(42) Trouillat, (op. cit., pág. 60.) Opinión contraria expone Girón Tena, op. cit., pág. 72: "Una sociedad interna que no se dedique al tráfico mercantil no puede ser subsumida bajo el concepto de cuenta en participación", con lo que parece afirmar que la cuenta en participación es una figura exclusivamente mercantil.

(43) Girón Tena, (op. cit., pág. 28) considera que "la idea central (en el concepto de sociedad) es la solidaridad de los intereses de los socios en el fin u objeto social lo que, a su vez, implica que todos contribuyan a su obtención, que a todos les afecten los resultados y que de una u otra manera técnica todos puedan exigirse que sea así".

La solidaridad de intereses entre los socios no significa simplemente la existencia de obligaciones de socio a socio sin que intervenga un elemento aglutinante legitimado para exigir, a través de ciertos mecanismos pero independientemente de la voluntad de este o de aquel socio una cierta prestación. Por lo contrario, una entidad exterior a los socios — la asociación misma — puede exigir el cumplimiento de prestaciones pactadas. Por otra parte es difícil pensar en una asociación en que los socios no contribuyan con algo: bienes muebles o inmuebles, trabajo, etc. que permita la realización efectiva del objeto propuesto. De donde el natural requisito de la formación de un patrimonio por medio de los aportes de los socios, como consecuencia de la solidaridad dicha.

La necesidad de formación de un patrimonio y por ende la obligación del aporte a cargo del socio lo presupone nuestra ley cuando en el artículo 7º de la ley de asociaciones citada, entre los aspectos que los estatutos de toda asociación deben expresar enumera: "e) Recursos con que cuenta la asociación y órgano que fija las cuotas de ingreso y periódicas si las hubiere", y en el artículo 11 de la misma ley: "la responsabilidad de los asociados se limitará únicamente al aporte que cada uno haya hecho a la asociación". Debe reconocerse sin embargo, que el patrimonio si bien normalmente es necesario puede no existir aunque prácticamente es muy difícil que se de el caso en la realidad. Por otra parte la esencialidad de un patrimonio en cabeza a la asociación es aun más claro con respecto a la sociedad puesto que el Código Civil (artículo 1196) no solamente considera de esencia de toda sociedad que cada socio ponga en ella alguna parte de capital, ya consista en dinero, créditos o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciables en dinero, sino que hace de cada socio un deudor a la sociedad (y no un deudor a los otros socios) de lo que se ha obligado a aportar a ella (artículo 1220) y regula con bastante detalle las responsabilidades y procedimientos para exigir las, del socio que no cumple. Sostienen, además, los anteriores criterios los artículos 18 inciso 9) y 29 a 32, del Código de Comercio.⁽⁴⁴⁾

En conclusión una asociación (en sentido amplio) es una agrupación de personas que, cooperando cada una con un aporte

(44) Sobre la esencialidad o no esencialidad del patrimonio social ver Girón Tena, op. cit. págs. 28 a 33.

para la formación de un fondo común (aporte que basta que sea estimable en dinero) intentan realizar un fin común.⁽⁴⁵⁾

Los artículos 1 y 2 de la ley de asociaciones.—

“El derecho de asociaciones puede ejercitarse libremente conforme a lo que preceptúa esta ley. En consecuencia, quedan sometidas al presente texto las asociaciones para fines científicos, artísticos, deportivos, benéficos, de recreo y cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia...”.

El anterior es, en lo que nos interesa, el texto del artículo 1º de la Ley de Asociaciones, n. 218 de 8 de agosto de 1939. En primer lugar veamos qué ha querido decir el legislador en este artículo.

El fin perseguido con la asociación puede ser cualquiera que no tenga por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia. ¿Qué sentido tiene aquí la palabra objeto? Sin duda no será el objeto de la obligación (artículo 627, inciso 2 del C. c.) puesto que éste está constituido por el aporte de cada socio, sea el compromiso de cooperar en una cierta manera, de realizar un cierto trabajo, de proporcionar conocimientos, o bienes muebles o inmuebles, etc.⁽⁴⁶⁾ No será tampoco el objeto social, es decir la determinada actividad que la asociación está interesada en desarrollar puesto que carece de sentido decir que un lucro o ganancia sea una actividad. Aquí se trata del objeto de “cualquiera otros (fines) lícitos” por lo que “objeto” no puede significar “actividad desarrollada” puesto que tampoco tiene sentido hablar de una actividad desarrollada por un fin. El fin es un concepto último que a lo sumo podríamos decir que se alcanza mediante una cierta actividad. Me parece que sea claro, casi por exclusión, que objeto en este caso significa “fin”.

Visto lo anterior el artículo habría que leerlo, “quedan sometidas al presente texto las asociaciones para FINES científicos,

(45) Como hemos visto la diversa naturaleza de este fin es lo que ha permitido a la doctrina francesa distinguir entre sociedad y asociación en sentido estricto: si el fin es la división entre los socios, de las utilidades hay sociedad; si el fin es cualesquiera otro menos el de la división de utilidades entre los socios, hay asociación.

(46) Robert Bricbet, “Associations et Syndicats”, Ed. Librairie Techniques, Paris, 1963, pág. 28.

etc. y cualesquiera otros (fines) lícitos que no tengan por único y exclusivo FIN (en vez de objeto) el lucro o la ganancia”. Creo que el ilógico salta a la vista. Se impone, pues, aceptar que tampoco la palabra “fines” fue usada por el legislador en su sentido más inmediato sino con la acepción de “objeto”, como “actividad de una cierta naturaleza” o sea con aquella (acepción) que le damos cuando hablamos del objeto social.

El artículo 1º se debería leer: “El derecho de asociación puede ejercitarse libremente conforme a lo que preceptúa esta ley. En consecuencia, quedan sometidas al presente texto las asociaciones cuyo objeto sea científico, artístico, deportivo, benéfico, de recreo y cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo fin el lucro o la ganancia”. Con esta reestructuración lógica del artículo creo que podemos seguir adelante.

Son asociaciones stricto sensu todas aquellas que se propongan una actividad que no persiga “única y exclusivamente” el lucro: en adelante las llamaremos entonces asociaciones sin fin lucrativo. Además y a mayor razón lo son las que totalmente no persigan lucro. O sea que una asociación sin fin lucrativo debe necesariamente, como mínimo, tener un fin ideal, no lucrativo y además, según el caso, podrá tener un fin lucrativo. No dice la ley si éste debe o no ser instrumental con respecto al primero; al menos no lo dice expresamente. Posteriormente abordaremos este aspecto de la problemática.

Por otra parte queda excluida la posibilidad de considerar como sociedad un ente colectivo con un fin ideal (aún en el caso de fin lucrativo concomitante) por cuanto, salvo el caso de organizarse en alguna de las formas del artículo 17 del C. de c., el artículo 1º de la ley de Asociaciones es imperativo cuando dice: “quedan sometidas al presente texto” las asociaciones que (no) tengan por único y exclusivo fin el lucro o la ganancia. Creo oportuno aquí hacer notar que al admitir el legislador una finalidad lucrativa concomitante con la ideal, en la asociación, revela la razón por la que ha querido someterla a su control y esto es que “el Estado no desconfía de las agrupaciones que se proponen la obtención de beneficios y contribuyen, con su actividad, a la prosperidad general.” Por el contrario, vigila a todas las que se proponen un fin desinteresado, porque pueden invadir las atribuciones del poder público o

contrarrestar su acción",⁽⁴⁷⁾ o inmovilizar el patrimonio, impidiendo el benéfico efecto de su circulación.⁽⁴⁸⁾

El artículo 1º de la Ley de Asociaciones, lo hemos visto, se refiere a un problema de fin. En cambio el artículo 2º de dicha Ley se refiere al menos aparentemente a un problema de actividad, de objeto: las asociaciones que no siendo de las enumeradas en el artículo anterior (es decir con fin ideal o mixto) se propongan un objeto meramente (vale única y exclusivamente) comercial o civil, se regirán por las leyes comerciales o civiles, según el caso: "He dicho que aparentemente el artículo 2º regula un problema de objeto no porque no sea así sino porque, un análisis a fondo de la disposición demostrará un algo más que el objeto en esa disposición, como en efecto pasamos a ver.

Me parece claro que la redacción del artículo 1º indica que el legislador tuvo en mente eliminar la posibilidad del uso de la figura que creaba, por parte de agrupaciones cuyo fin fuera única y exclusivamente el lucro o la ganancia, pues intentaba controlar precisamente actividades idealistas, siempre sospechosas de subversión o de invasión de zonas en que el Estado considera necesario mantener el monopolio o, en fin, para evitar la inmovilización de "manos muertas" del patrimonio.⁽⁴⁹⁾ Sin embargo, la forma empleada para expresar tal idea deja muchísimo que desear en cuanto a claridad como intentaré de inmediato demostrar.

Al artículo 2º dicho reza: "Las asociaciones que no siendo de las enumeradas en el artículo anterior se propongan un objeto meramente comercial o civil se regirán por las leyes comerciales o civiles, según el caso".

A contrario, las asociaciones que SIENDO de las enumeradas en el artículo 1º se propongan un objeto MERAMENTE comercial o civil NO se regirán por las leyes mercantiles o civiles, según el caso.

(47) Georges Ripert, "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Vol. II, TEA, Buenos Aires, 1954, pág. 12.

(48) Dice Castán "Pero todo ello no obsta a que muchas asociaciones puedan ser consideradas como contratos similares o afines al de sociedad y se rijan analógicamente por sus normas, ya que la Ley de Asociaciones sólo se preocupa de regular su aspecto político o de relación con el Estado (esto es el de licitud o capacidad), no su aspecto civil y de desenvolvimiento interno" (el subrayado es mío); citado por Girón Tena, op. cit., pág. 27.

(49) Ver nota 47 y Roger Houin, "Société, association et entreprise en droit français", en "Evolution... etc." cit., Vol. I, págs. 95 y 96.

Se regirán, por fuerza, por la ley de asociaciones. Es indiscutible que una asociación de las enumeradas en el artículo 1º no puede tener un objeto meramente comercial o civil en el sentido que el legislador le ha dado, que sin duda es el de actividad con fin lucrativo, puesto que, en esta coyuntura entraría en los casos excluidos por el mismo artículo 1º; actividades con fin exclusivamente lucrativo. Y afirmo que el legislador ha supuesto en la actividad comercial o civil el fin lucrativo puesto que, de lo contrario, caeríamos en otro contrasentido ya que, si el legislador no presupuso el fin lucrativo de la actividad mercantil y civil, deberíamos preguntarnos forzosamente por qué no prescindió del artículo 2º, puesto que actividad mercantil o civil sin ánimo de lucro cabría perfectamente dentro de "cualesquiera otros (objetos) lícitos que no tengan por único y exclusivo fin (objeto dice el original) el lucro o la ganancia".⁽⁵⁰⁾

En definitiva, creo que para aclarar los contrasentidos contenidos en los dos primeros artículos de la Ley de Asociaciones es necesario establecer estos principios:

I.—Por razones histórico-político-económicas bien conocidas el legislador prohibió el asociarse. Posteriormente comprendió que el asociarse con fines lucrativos no representaba un peligro para el Estado y sí un beneficio económico. Así, permitió la libre organización de asociaciones con fines lucrativos. Y en cambio, si bien cedió ante la presión de ciertas doctrinas políticas, permitiendo la creación de asociaciones con fines no lucrativos no renunció a ejercer un control discrecional sobre la creación y supervivencia de las mismas no permitiéndoles escapar de tal control ni siquiera cuando tienen, además del fin ideal, un fin lucrativo: una asociación que si bien tiene finalidades lucrativas, también las tiene ideales representando por ello un peligro de subversión o una invasión de funciones del Estado o, en fin, una probable inmovilización de riqueza, se consi-

(50) Por otra parte, al considerar el legislador la actividad comercial o civil ejercida colectivamente, como lucrativa era congruente con la doctrina del Código Civil, artículo 1205 inciso 1º, que precisamente postula esa tesis. Era congruente también el legislador con la doctrina aplicable entonces al Derecho mercantil en sentido objetivo (como derecho de los actos objetivos de comercio), corriente a la que pertenece (no sin ciertos titubeos) nuestro Código de Comercio de 1853 y en tal sentido ver Rocco, "Principii di Diritto Commerciale", UTET, Torino, 1928, pág. 260; Ascarelli, "Appunti di Diritto Commerciale", Ed. "Foro Italiano", Roma, 1933, pág. 40; Louis Fredericq, "Principes de Droit Commercial Belge", Ed. Van Rysselberghe & Rombaut, Gand, 1928, pág. 26; Lyon-Caen y Renault, "Traité de Droit Commercial", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1921. T. 1º, págs. 239 y 240.

dera que debe mantenerse bajo control: es más importante el interés general que el económico particular y no se puede permitir una supremacía del estatuto privado (Código de Comercio, Código Civil).

II.—Quedan, necesariamente, sometidas a la Ley de Asociaciones todas aquellas cuya finalidad no sea única y exclusivamente lucrativa, aunque formalmente se organicen como asociaciones de otro tipo (con respecto a los tipos sociales enumerados por el artículo 17 del Código de Comercio, este principio ha perdido aplicación por razones que ya expusimos en otro lugar de este trabajo, salvo excepciones ex legem).

III.—La actividad mercantil o civil, si ejecutada por medio de un negocio asociativo, se presupone lucrativa pues, como hemos visto, de no ser así, sobraría el artículo 2º de la Ley de Asociaciones ya que una actividad asociativa, mercantil o civil no lucrativa, entra en el supuesto "cualesquiera otros lícitos" del artículo 1º de la misma Ley. Con este artículo 2º el legislador ha querido, a criterio mío, recalcar el hecho de que una actividad mercantil o civil la considera necesariamente lucrativa y que en consecuencia carece de interés hacerla pasar por las horcas caudinas de la Ley de Asociaciones. Por otra parte, carecería de sentido ejercer una tal actividad, sin finalidad alguna: algún fin se debe perseguir, lucrativo (en cuyo caso no se aplica la Ley de Asociaciones) o, en caso negativo, no lucrativo y entra en vigencia entonces, de pleno derecho, la Ley de Asociaciones.⁽⁵¹⁾

IV.—Cualquier asociación que se proponga un objeto meramente mercantil o civil no debe ser considerada como asociación en sentido estricto.

Subordinación del fin lucrativo al ideal.—

Sin duda el hecho que del texto del artículo 1º de la Ley de Asociaciones se deduzca que una asociación stricto sensu puede tener, además de un fin ideal uno lucrativo, nos plantea otro problema que aunque sea solo rápidamente, creo se deba afrontar. Esto es, si en la asociación mixta (fin ideal y fin lucrativo) ambos

(51) En este último caso si queremos ser congruentes con lo dicho en la nota anterior, es necesario reconocer que "no lucrativo" se refiere no a la actividad misma sino al destino que se dará al producto de tal actividad la que, como vimos, es siempre abstractamente lucrativa. Ver Ascarelli, op. y loc. cit.

finas puedan existir independientemente, sin que medie ninguna conexión o subordinación entre ellos o si el uso deba estar subordinado al otro, conectados ambos en un orden de medio a fin.

No parece difícil comprender que el fin ideal tiene el carácter de esencial pues como se ha visto es la asociación con fin ideal la que el legislador ha querido someter, por razones que ya anotamos, a un cierto control de nacimiento y desarrollo.

En cuanto al fin lucrativo me parece ilógico afirmar que el Estado haya pensado en permitir que actividades asociativas lucrativas pudieran escapar a la normativa que, en protección de terceros y de sus propios intereses fiscales, ha establecido; y ello por el hecho solo de realizarse contemporáneamente con un fin ideal y en cabeza de un mismo sujeto jurídico. Por fuerza de razón la actividad lucrativa de una asociación sin finalidad lucrativa es accesoria al fin ideal y funciona como medio para sostener económicamente la existencia y realización del fin ideal.

En efecto, este es el criterio de la doctrina más extendida en los países en que se atribuye a la asociación sin fin lucrativo la posibilidad de realizar actividades lucrativas, particularmente Francia y Bélgica.⁽⁵²⁾

El fin lucrativo.—

¿Cuál es el fin lucrativo que la asociación no debe tener? Porque una asociación con fin mixto, sin duda alguna tiene un fin lucrativo, solo que instrumentalizado como medio de financiamiento de un fin ideal. En consecuencia no es este último el fin lucrativo que la asociación no debe tener.

(52) "Se notará que la búsqueda de beneficios no es por sí misma un elemento de criterio: es necesario que una asociación cuente con recursos que le permitan realizar su objeto y puede intentar procurárselos gracias a la obtención de beneficios. Asimismo, el objeto de la actividad de la asociación o de la sociedad, no es suficiente para distinguir estos grupos: una asociación puede perfectamente tener una actividad de carácter económico, por ejemplo la gestión de clínicas médicas, pensiones, restaurantes, etc.", R. Houin, op. cit., págs. 99 y 100; ver también René Chauveau, "Constitution et fonctionnement des Associations & Syndacats", Ed. J. Delmas et Cie, Paris, 1965, págs. 4 y ss.; para el Derecho belga ver A. Buisseret, "Associations sans but lucratif", Librairie Universitaire, Louvain, 1967, págs. 18 y ss. y Jacques't Kint, "Les association sans but lucratif", Maison Ferd. Larcier S.A., Bruxelles, 1961, págs. 54 y ss. Como ya lo hice notar en otra parte de este trabajo, la más moderna posición de la doctrina italiana al respecto, ha sido expuesta por Verrucoli en "Société et Association" ("Evolution... etc." cit., págs. 223 y ss.) quien, viendo en una actividad lucrativa accesoria una actividad empresarial, en protección de terceros acreedores, afirma la necesidad de aceptar que tal asociación, en cuanto es un empresario comercial, —aunque accesoriamente— puede ser sometida a quiebra.

No parece difícil encontrar la respuesta correcta. En efecto hemos admitido que el aspecto esencial en la actividad de una asociación sin fin lucrativo, es la finalidad ideal que con ella se persigue y que una actividad lucrativa, por aquella realizada, tiene como fin a su vez proporcionar medios económicos para hacer posible la realización del fin ideal.

Es un hecho que si las utilidades obtenidas con la actividad lucrativa de la asociación terminaran por "aumentar el patrimonio" de los asociados, se habría con ello desnaturalizado el fin último de la actividad lucrativa, esto es financiar la realización del fin ideal, y no estaríamos ya en presencia de una asociación sin fin lucrativo.

Concluyendo. El concepto de asociación sin fin lucrativo (o sea la regulada por la Ley de Asociaciones citada) en nuestro Derecho se puede concebir en estos términos: "Convención por la que una pluralidad de personas (ver artículos 10 inciso 1º y 13 inciso a) de la Ley de Asociaciones) aportando cada una de ellas cualesquiera bienes estimables en dinero, pretenden realizar cualquier fin lícito y común excepto el de dividirse beneficios".⁽⁵³⁾ Y no tendría sentido pensar que el fin lícito y común sea realizar una actividad lucrativa, exclusivamente, sólo para atesorar utilidades irrepartibles.

Concepto substancial de sociedad.—

Establecido el anterior concepto substancial de asociación sin fin lucrativo veamos de hacer otro tanto con la sociedad: indagar su naturaleza substancial.

Como se vio, asociación en sentido amplio es una agrupación de personas que normalmente cooperando cada una con un aporte para la formación de un fondo común (aporte que basta que sea

(53) Este principio de la no persecución de beneficios por parte de los asociados, esencial en la Ley Francesa, está garantizado en ella por el artículo 15 del decreto de 1901, (de 16 de agosto, que reglamenta la aplicación de la Ley de Asociaciones de 1º de julio de 1901), que prohíbe a la Asamblea General, en caso de disolución, otorgar a los asociados bienes más allá del monto del aporte de cada uno. Es claro que se quiere evitar una división de beneficios final. Nuestra Ley, en cambio, aparentemente prohija solución contraria en el artículo 14. Creo sin embargo que es una "apariciencia". Y que una continuación del análisis aquí ya hecho nos llevaría, necesariamente, a admitir que los bienes a repartir entre los asociados a que se refiere el artículo 14, son solo y únicamente los por ellos mismos aportados, o su valor: admitir la tesis contraria significaría admitir, visto que el artículo 1º permite realizar actividades lucrativas, que en definitiva ninguna diferencia existe entre asociación y sociedad en cuanto a la finalidad. Tesis en muchos sentidos sugestiva pero que no creo práctico abordar aquí.

estimable en dinero) intentan realizar un fin común. Por otra parte la asociación sin fin lucrativo es la convención por la que una agrupación de personas, aportando cada una de ellas un bien o bienes estimables en dinero, intentan realizar cualquier fin lícito y común excepto el de dividirse beneficios. Y cuando la finalidad sea la reparación a los socios de los beneficios obtenidos por el ente, por exclusión nos encontraremos necesariamente frente a una sociedad.⁽⁵⁴⁾ O al menos así parece. Sin embargo, falta comprobarlo en los textos legales. Máxime si, como dije, nuestro legislador "omitió" una definición de sociedad.

Que la sociedad es una agrupación de personas que cooperan a la formación de un capital social (el legislador ha empleado en el artículo 1196 del Código Civil el término capital en un sentido muy amplio) con miras a la realización de un fin común lícito, ya lo demostré al elaborar el concepto amplio de asociación.

Se trata ahora de ver en qué consiste el fin común en una sociedad.

En efecto. De los elementos que la sociedad en cuanto negocio asociativo puede tener (pluralidad de sujetos, formación de un fondo único y persecución de un fin común) solamente el fin común permite una probable argumentación que nos pueda llevar a la di-

(54) Romano Pavoni, "Teoria delle Società", Giuffrè, Milano, 1953, pág. 168, lo dice para el Derecho italiano: "... el ejercicio de una actividad económica con el fin de dividirse las utilidades es suficiente a excluir la existencia de una asociación, mientras la ausencia de tal elemento excluye la existencia de la sociedad, a menos que el respectivo negocio constituido sea indirectamente usado". Para la doctrina francesa afirma Houin, "Evolution et perspective, ... cit., T. I, pág. 95, que la sociedad y la asociación constituyen en el Derecho francés moderno, las dos grandes categorías de agrupaciones reguladas por el Derecho privado siendo la summa divisio puesto que no existe una tercer categoría. Sin embargo, no han faltado ni faltan en la doctrina voces de autorizados juristas que consideran la cooperativa como una tercer categoría, pudiéndose citar entre ellos, Bolaffi, "La Società Semplice" Giuffrè, Milano, 1947, pág. 169, nota 38, Brunetti, "Trattato del Diritto delle Società", Giuffrè, Milano, 1950, T. III, págs. 333 a 335, Berto, "Studi preliminari sulla trasformazione delle società", Ed. Libreria Scientifica Giappichelli, Torino, 1945, págs. 95 y 96 y especialmente el 97, así como 99 y ss. y nota 1 de la 99. En Italia la misma explicación de motivos al Código de 1942, nn. 217 y 218, establecía que "las sociedades cooperativas han sido netamente diferenciadas de las otras empresas sociales o sociedades propiamente dichas... ellas forman una categoría en sí misma, subdividida a su vez en diversos tipos...". En todo caso, la doctrina italiana prevalentemente, ha hecho de sociedades ordinarias y cooperativas una sola categoría, fundamentalmente por razones de seguridad jurídica. No se puede ignorar, sin embargo, como antes creo haber dicho, que la tipicidad de los negocios asociativos es siempre un problema de cada sistema jurídico particular. A lo sumo, a la base de cada sistema positivo hay una corriente doctrinaria y es ésta la que necesariamente se debe buscar en las disposiciones de la ley, a fin de explicar con claridad el sistema mismo y no al contrario.

ferencia de sociedad y asociación sin fin lucrativo desde un punto de vista substancial como paso a demostrar. Tanto la una como la otra —la sociedad y la asociación— son agrupaciones de personas y si la última, conforme a la ley, debe necesariamente ser plurilateral (arts. 10 inciso 1º, y 13 de la Ley de Asociaciones) mientras la sociedad basta que sea bilateral (al menos al momento de su creación puesto que para la sociedad anónima ya en pleno desarrollo, aún la bilateralidad deja de ser necesaria, arts. 104 inciso a, 202, C. de c.), ello no obsta para que los socios convengan en la plurilateralidad, sin la cual se produzca la disolución (arts. 18 incisos 15 y 18, 201 inciso d, C. de c.). Queda demostrado que la bilateralidad o plurilateralidad no son criterio útil de diferenciación. Otro tanto se puede decir en cuanto al aporte: si bien no es elemento esencial (aunque sí normal) sino accidental en la asociación sin fin lucrativo, mientras sí lo es en la sociedad (arts. 1196 del C. de c. y 29 y ss. del C. de c.), nada impide, que los asociados convengan en crear como requisito indispensable de ingreso un aporte (entre otros, art. 7º inciso e, Ley de Asociaciones). Nos queda por analizar el fin común.

Hemos visto que la asociación sin fin lucrativo no puede tener como finalidad una repartición de los beneficios obtenidos, entre sus asociados (retro, págs. 14 y 17). También vimos que, aparte los tipos del artículo 17 del Código de Comercio, no puede considerarse como sociedad un ente asociativo privado con un fin ideal puesto que automáticamente, por el carácter imperativo del artículo 1º de la Ley de Asociaciones, viene a ser considerado como asociación sin fin lucrativo, al menos en cuanto a tal finalidad se refiere (retro, pág. 14). Resta sólo comprobar si efectivamente la sociedad deba tener como finalidad la repartición directa o indirecta, mediata o inmediata, a los socios, de los beneficios que en sus operaciones obtenga.

A fin de organizar correctamente el planteamiento del asunto debemos establecer qué tipo de negocio jurídico es la sociedad en nuestro Derecho.

En primer término se debe tener claro que la sociedad en nuestro sistema legal es concebida como un contrato (convención, convenio y otras denominaciones equivalentes se le suelen dar). A tal contrato se refieren los artículos 1199, 1200, 1204, 1208, 1209

y otros, del Código Civil y 18 inciso 1, 23, 27, 117 y otros del Código de Comercio.⁽⁵⁵⁾

La mayor parte de la doctrina considera la sociedad como un contrato y en algunos casos como un contrato sinalagmático.⁽⁵⁶⁾ Veamos si el contrato de sociedad es sinalagmático y de serlo, en qué sentido.

Como sabemos el negocio jurídico es una manifestación de voluntad dirigida a un fin práctico y que consiste en la creación, modificación o extinción de una situación de relevancia jurídica. El negocio jurídico puede ser unilateral si la manifestación de voluntad proviene de un solo centro de interés, normalmente llamado parte (la parte puede estar constituida de uno, dos o varios sujetos) y son considerados unilaterales la aceptación de la herencia, el testamento, la ratificación, la procura. También puede al negocio jurídico ser bilateral o plurilateral, —si se trata de manifestaciones de voluntad (dos o más) de diversos centros de interés o partes (dos o más). Son negocios bilaterales casi todos los contratos (compraventa, mandato, etc.) y plurilaterales por ejemplo la constitución de dote por un tercero, pues intervienen el marido, la esposa y quien constituye la dote.

Los negocios bilaterales (o plurilaterales) con contenido patrimonial se denominan "contratos" (por ello, el matrimonio, por ejemplo, no es un contrato, como no lo son tantos otros negocios jurídicos del derecho de familia).

(55) Niegan que la sociedad sea un contrato, entre otros, Roberto Mantilla Molina, op. cit., págs. 195 a 197; Rocco, op. cit., pág. 368; al menos para aquellas con personalidad jurídica; Kuntze y Gierke citados por Mantilla Molina, loc. cit.; Messineo, "Studi di Diritto delle Società", Giuffrè, Milano, 1949, n. 15, aunque en la voz "contratto plurilaterale" en la "Enciclopedia del Diritto", Giuffrè, Milano, 1962, Vol. X, pág. 161 nº 19, pareciera reducir su tesis de que la sociedad no es un contrato (sino un acto colectivo) a un problema teórico, al margen del derecho positivo italiano y en efecto dice el autor: "El caso de la sociedad, aparte la duda expuesta en otra ocasión por mí, de si la sociedad sea en realidad un acto colectivo (duda que, prescindiendo de la obligada solución conforme al Derecho positivo italiano, resta legítima)" con lo cual reconoce que, conforme al Derecho italiano, la sociedad es un contrato.

(56) Juglart e Ippolito, "Cours de Droit Commercial", Montchrestien, Paris, 1967, pág. 39; en cierto modo Branca, "Istituzioni di Diritto Privato", Zanichelli, Bologna, 1961, pág. 81, que tratando los contratos onerosos argumenta sobre el sinalagma y dice poseerlo, entre otros, el contrato de sociedad; De Casso y Cervera, "Diccionario de Derecho Privado", Labor, Barcelona, 1960, pág. 3637. Niegan que la sociedad sea un contrato sinalagmático, entre otros Garrigues, op. cit., pág. 275, Wieland, seguido y citado por el primero, loc. cit.

Los contratos a su vez, pueden ser unilaterales o bilaterales (y plurilaterales)⁽⁵⁷⁾ según, no ya el número de partes, de centros de interés que intervienen en su formación, sino la comparecencia o menos de obligaciones recíprocas (y, lógicamente, derechos que surjan de él).

Es unilateral el préstamo civil, (que según el C. c. es siempre gratuito, art. 1334) puesto que surgen obligaciones sólo para el prestatario (mutuario o comodatario). Es bilateral el contrato de compraventa puesto que de él nacen obligaciones para ambas partes: el vendedor está obligado, esencialmente, a entregar la cosa y el comprador a pagar el precio. Como se puede ver, tanto el préstamo civil, contrato unilateral, como la compraventa, contrato bilateral, son negocios bilaterales en cuanto para su formación se requieren las manifestaciones de voluntad de dos diversos centros de interés. (Es plurilateral el contrato de constitución de dote por parte de un tercero, como vimos).

En los contratos bilaterales (o plurilaterales)⁽⁵⁸⁾ se crea un ligamen entre las prestaciones recíprocas de las partes que corresponde al sinalagma por lo que los contratos bilaterales son llamados sinalagmáticos.

El sinalagma es genético y funcional. El sinalagma genético se refiere a la recíproca interdependencia causal entre las prestaciones de las partes, o sea que se refiere a la causa del contrato (cur contractum est?) El sinalagma funcional hace relación con la supervivencia de las recíprocas obligaciones generadas por el contrato, durante todo el tiempo en que se deben desarrollar los efectos del mismo (cur debetur?).

(57) "Con el término "bilateral" — dice Ascarelli, "Saggi Giuridici", Giuffrè, Milano, 1949, nota 27, pág. 272 — "(en contraposición a "unilateral"), aplicado a los contratos, se hace referencia al hecho que, del contrato, surgen obligaciones correspectivas para todas las (dos) partes. El término "plurilateral" puede aplicarse al contrato del que se habla, en sentido análogo... considerándose así el contrato plurilateral como variedad (sottospecie) del bilateral y puede aplicarse además para indicar (lo que en cambio corresponde al significado del término bilateral en relación con el negocio jurídico) la participación de más de dos partes a su formación".

(58) Ver sobre el contrato plurilateral, Cariota Ferrara, op. cit., págs. 163 y ss. en especial acerca de la diferenciación entre contrato plurilateral y negocio plurilateral; Messineo, "Studi di Diritto delle Società", Giuffrè, Milano, 1949, págs. 15 y ss. y en especial la nota 59 en la pág. 55; comentario de Girón Tena a op. cit. de Messineo, "Derecho de Sociedades Anónimas", Publicaciones del Seminario de la Fac. de Derecho, Valladolid, 1952, págs. 86 a 87.

La reciprocidad e interdependencia de las prestaciones de las partes trae como consecuencia algunos particulares aspectos del contrato sinalagmático entre los que se puede enumerar: la exceptio non adimpleti contractus, defensa de la parte que cumple o demuestra estar en condiciones y dispuesta a cumplir, contra la acción del contratante que no ofrece garantía (en sentido no técnico) de ejecutar sus propias obligaciones; la condición resolutoria tácita que permite solicitar al Tribunal la resolución del contrato en caso de incumplimiento de la otra parte; la posibilidad de solicitar el cumplimiento forzoso de la parte morosa (todos los casos anteriores están regulados por el artículo 692 del C. c. y considerados también en el C. de c. artículos 425, 463, 467); la imposibilidad de cumplimiento en una parte, que desliga la otra (ver artículos 830, 831, 834 todos del C. c.)). Tales consecuencias del contrato sinalagmático no se cumplen como pasamos a ver, con el contrato de sociedad.

En primer lugar, no puede un socio negarse al cumplimiento de su obligación excepcionándose con base en el incumplimiento de otro socio pues la ley, antes que aceptarle tal conducta, lo somete a severas medidas, y dotando al respecto a la sociedad de acciones efectivas: cobro por la vía ejecutiva de la parte insoluble de la cuota en la sociedad a responsabilidad limitada (artículo 80 C. de c.) y lo mismo para la sociedad anónima (artículos 102, 112, 125 C. de c.) con respecto a la acción no pagada. Tampoco tiene aplicación la condición resolutoria tácita pues en la sociedad está ventajosamente sustituida con otros procedimientos como la exclusión, que permite eliminar el fruto dañado sin perjudicar toda la planta: exclusión del socio, en caso de aporte con créditos o valores que luego no son cubiertos por el deudor, si aquél no paga en efectivo el valor de su aporte (artículo 32 C. de c.); sustitución de la cosa aportada en usufructo y que se pierde, con otra que dé el mismo servicio a la sociedad, estando los demás socios obligados a aceptarla salvo que aquella fuera el objeto exclusivo que la sociedad se proponía explotar (artículo 31 C. de c.).

Esta sustitución de consecuencias ha sido producida por razones prácticas,⁽⁵⁹⁾ de certeza y seguridad jurídicas, especialmente considerando ciertos tipos de sociedades que dan lugar a la entrada de miles de partes contratantes a través, no de un examen detenido

(59) "...obvias exigencias prácticas" como ha dicho Ascarelli, "Saggi Giuridici", Giuffrè, Milano, 1949, pág. 260.

de todos los elementos subjetivos y objetivos que intervienen en el contrato, sino por la simple adquisición de un título que, bajo ciertas circunstancias, circula como circula un billete de banca. En la sociedad, sin duda, no estamos frente a un contrato de cambio (necesariamente bilateral), en que las partes acomodan sus intereses opuestos mediante recíprocas prestaciones, más o menos equivalentes desde el punto de vista económico, en una forma amplia. En la sociedad, en muchísimos casos, lo segundo es imposible, por el número de partes, desde un punto de vista material y lo primero irrelevante pues el interés económico de una parte que aporta por ejemplo ciento no será satisfecho con ciento que aportarán cada una de las demás partes y que no engrosarán su patrimonio sino con un probable beneficio que obtendrá la sociedad, trasladándosele en proporción a ciento. Quede claro también que, a diferencia de lo que sucede en los contratos de cambio, en la sociedad el aporte de los demás socios no viene a acrecentar el patrimonio particular de un socio como dije y creo oportuno recalcar, sino que todas las partes constituyen la base patrimonial de la nueva estructura creada, sea la sociedad.

En fin, que en la sociedad no aparece clara la reciprocidad de prestaciones ni su equivalencia: no existe acreedor ni deudor directo propiamente, entre las partes, por lo que se ha pensado que no es un contrato.⁽⁶⁰⁾

Algunos autores, reconociendo en la sociedad un contrato le niegan sin embargo el carácter de sinalagmático.⁽⁶¹⁾ En todo caso, como vimos,⁽⁶²⁾ no falta doctrina que se incline hacia la sinalagmaticidad del contrato de sociedad insistiendo, en el caso de un conocido jurista⁽⁶³⁾ en el carácter contractual de la sociedad y precisamente como contrato sinalagmático, en cuanto cada socio se obliga a una prestación sobre la base de que los demás se obliguen también a efectuar las suyas, si bien las prestaciones no son recibidas por los otros socios, sino que entran a estructurar el patrimonio social y a través de éste se traducen en una ventaja para quien la ha realizado (la prestación) y para sus cocontratantes.

(60) Mantilla Molina, op. cit., pág. 195, y ver nota (55).

(61) Ver nota (56).

(62) Ver nota (56).

(63) Langle, "Manual de Derecho Mercantil Español", Bosch, Barcelona, T. I, págs. 395 y ss.

Con la tesis última (que supone una reciprocidad indirecta, a través del ente creado y pone en luz la importancia de la función económica con reflejos colectivos, de la prestación) nos encontramos prácticamente en la vía hacia la concepción acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad hoy mayormente compartida y producto de una laboriosa construcción del fenómeno, realizada principalmente por la doctrina alemana e italiana y en sus últimas implicaciones — las más "penetrantes", como se ha dicho⁽⁶⁴⁾ — patrimonio de esta última y que sigue los siguientes pasos esenciales (cuyos elementos básicos, más o menos expresamente, hemos ya apuntado).

En primer lugar la sociedad no es un contrato plurilateral desde el punto de vista esencial puesto que puede ser bilateral.⁽⁶⁵⁾ En segundo término la sociedad es un contrato (bilateral o plurilateral) en el que las prestaciones de las partes se orientan hacia la realización de un fin común, como se vio,⁽⁶⁶⁾ lo que no niega la contraposición de intereses, inherente a la naturaleza del contrato, que existe siempre en las fases de formación y ejecución de éste.⁽⁶⁷⁾ En tercer lugar, se puede en consecuencia afirmar que la sociedad es un contrato con comunión de fin, es decir con finalidad común, que se opone a los contratos de cambio. En cuarto lugar, no siendo un contrato de cambio no existe interdependencia y correlación directa entre las prestaciones de las partes por lo que en este sentido y sólo en este sentido, se puede afirmar que no existe sinalagma (y por ello no se producen las consecuencias de un tal sinalagma) y

(64) Girón Tena, op. cit., pág. 86.

(65) Sobre la sociedad como contrato plurilateral, esencialmente, Ascarelli, "Saggi Giuridici", Giuffré, 1949, págs. 259 y ss. y en especial nota 24 bis; Messineo, que la critica, "Studi di Diritto delle Società", Giuffré 1949, págs. 43 y ss. El mismo Ascarelli considera el contrato plurilateral no como una categoría independiente sino como una variedad del contrato bilateral. Por ello es más conveniente la denominación contrato asociativo, que hemos venido dando al fenómeno, o *contrato con fin común* como en adelante lo llamaremos; Ascarelli opone a esta última denominación el hecho de que lesiona su buen gusto léxico, argumento, a mi flaco entender, poco jurídico (op. cit., nota 24, pág. 271): si expresa claramente el fenómeno, no veo por qué se deban hacer intervenir problemas estilísticos o léxicos.

(66) Ver pág. 2.

(67) En efecto, no se puede sostener como lo ha hecho parte de la doctrina, que en la sociedad exista una coincidencia de intereses de los socios: y en el proceso de formación cada socio pretende, con el mínimo de aporte obtener el máximo de utilidades; y a través de la ejecución del contrato los tenedores de títulos de distinta naturaleza permanecen contrapuestos: acciones ordinarias, privilegiadas, de goce. (Véase Rodríguez Rodríguez, "Tratado" cit. Vol. I, pág. 18). Como se ha dicho, si es cierto que todos los que concurren a la formación del negocio de sociedad adquieren el estado de socio, esto no quiere decir que todos adquieran el mismo estado (Graziani, op. cit., pág. 27).

que el contrato no es sinalagmático.⁽⁶⁸⁾ Y finalmente, si bien no existe sinalagma en el sentido dicho, si existe en cuanto se crea una interdependencia y correlación entre la prestación de cada contratante y su participación en los perseguidos beneficios, como finalidad común.⁽⁶⁹⁾ Tanto es así que, en cuanto el vínculo de algún socio o la prestación de alguna parte vengan a menos, la ley ha previsto la posibilidad de disolución del contrato, si aquéllos eran esenciales para la realización del fin inmediato (medio-fin) representado por la actividad propia de la sociedad, u objeto social, vehículo necesario para alcanzar el fin mediato, el beneficio a repartir entre los socios (artículos 1237 y ss. C. c. y 31 y 21 ss. C. de c.), dejando a los socios la facultad de decidir cuándo el vínculo decaído o la prestación incumplida, sean o no esenciales a la realización del fin perseguido (puesto que entra en juego incluso un elemento de oportunidad).⁽⁷⁰⁾

Visto que el sinalagma en la sociedad se crea entre la prestación y el fin común y recordando que el sinalagma se refiere a la causa del contrato (como de la obligación) se puede afirmar que el fin común perseguido viene a ser la causa jurídica del contrato de sociedad y de las obligaciones que de él surgen para las partes contratantes.

Hablando de las asociaciones sin fin lucrativo decíamos que pueden perseguir todo fin menos el reparto a los asociados de las eventuales utilidades que llegaren a obtener, quedando este reparto, por exclusión, como fin particular de la sociedad.

(68) Lo que no implica que todas partes no adquieran derechos y contraigan obligaciones frente a las demás como lo reconoce Ascarelli (op. cit. pág. 276). "Cada una de las partes se obliga en efecto, hacia todas las demás y frente a todas las demás adquiere derechos; es por ello natural la coordinación hacia un fin común". Sólo que estas recíprocas relaciones no se realizan directamente (de ahí también la no aplicación de la exceptio inadimplti contractus y de la condición resolutoria tácita) sino indirectamente, pasando a través, de la finalidad común que, constituido el ente, deviene tarea de éste concretar (de ahí el ejercicio diverso de derechos y obligaciones a través del ente, mediante acción ejecutiva o exclusión del socio). Por ello bien se afirma (Rodríguez Rodríguez, op. cit., T. I, pág. 22) que el sinalagma se crea entre la conducta objeto de la prestación a que el socio está obligado y el derecho a participar en los beneficios probables y de ahí que tales beneficios sean percibidos conforme a lo pactado pero proporcionalmente a la medida en la cual el socio haya satisfecho su aporte (art. 142 C. de c.). No otra cosa en el fondo afirma Ascarelli (op. cit., pág. 276) cuando dice que el fin perseguido "constituye el elemento común, unificador de las varias adhesiones y que coopera en la determinación de los límites de los derechos y de los deberes de las partes".

(69) Ver Rodríguez R., "Tratado" cit., T. I, pág. 22: "La relación sinalagmática se establece entre cada parte y el nuevo sujeto jurídico", pág. 23.

(70) Romano Pavoni, op. cit., pág. 64.

Comprobado que el fin común último perseguido por los socios y que se traslada al negocio jurídico sociedad, es la causa del respectivo contrato, y aceptado en principio que la obtención de utilidades a repartir entre los socios es el fin común propio perseguido con y por la sociedad, es de rigor afirmar que la causa del contrato de sociedad es la obtención de beneficios a repartir entre los socios.

Considerando que la obtención de utilidades a repartir entre los socios no es, naturalmente, un elemento general abstracto del contrato, sino más bien un concepto práctico, y más propiamente un motivo, e insistiendo, parte de la doctrina en que la causa del contrato de sociedad no debe buscarse en tal fin lucrativo que no es sino un motivo, es necesario hacer una rápida observación de la causa en nuestro Derecho.

La teoría clásica de la causa, a la que, al menos, básicamente, se adhiere la doctrina citada (que niega en el fin lucrativo la causa del contrato de sociedad), considera la causa como típica según la clase de contrato de que se trate y así, en el contrato bilateral la causa de la obligación de una parte es la obligación contraída por la otra y viceversa (en la compraventa la causa de la obligación de entregar la cosa radica en la obligación de la otra parte de pagar el precio y viceversa), necesaria e ineluctablemente. Por tanto jamás un contrato típico podrá tener una causa injusta. A lo sumo el contrato podría atacarse, entre otros casos, por falta de objeto, u objeto imposible, física o legalmente, etc. o por vicio de consentimiento o falta de capacidad.

Al hablar nuestra ley de "causa justa" (artículo 627 inciso 3º C. c.) no se está refiriendo al concepto clásico de causa pues en él la causa nunca puede ser injusta, o no justa (en los contratos típicos.) Si es la ley la que taxativamente dice por ejemplo: en el contrato sinalagmático la causa de la obligación de una parte está en la obligación contraída por la otra, realizada una compraventa automáticamente nace la causa: una causa de ley que no podría ser injusta.

Creo que nuestra ley se refiere a un concepto de causa del contrato identificable con el de "motivo determinante" que, como lógico es, sí puede ser justo o injusto (una causa justa es aquella que es legal, conforme a las buenas costumbres y al orden público).

El texto mismo de la ley ha creado esa identificación, por ejemplo en el artículo 580 del Código Civil (motivo o causa de la liberalidad testamentaria). Por ello también el motivo contra legem anula la liberalidad, pues carece de causa justa (artículo 581 C. c.). Véase bien que se trata de motivo determinante de la vinculación y no de cualquier motivo secundario o remoto: en fin, del motivo sin cuya existencia la parte no se habría manifestado en la forma en que lo hizo.⁽⁷¹⁾

No existe entonces en nuestro sistema jurídico ningún obstáculo para admitir que la causa del contrato de sociedad es la realización de beneficios a repartir entre los socios. Al fin y al cabo el problema de la causa, como cualquiera otro relativo a la construcción dogmática de un instituto existente en un cierto ordenamiento jurídico, es en realidad un problema de derecho positivo.⁽⁷²⁾ Y es indudable que la obtención de beneficios a repartir entre los socios es, aun si no se le reconociese el carácter de causa, esencial en el contrato de sociedad y así lo conceptúa la doctrina dominante.⁽⁷³⁾

La esencialidad del fin de reparto de utilidades a los socios es reconocida por las diversas legislaciones sancionando el pacto leonino, esto es la exclusión de algún socio de las utilidades o la atribución de todas las utilidades a un solo socio (ver nota anterior). Nuestra ley no es una excepción y el Código Civil considera inexistente un pacto de tal naturaleza (artículo 1205 inciso 1º). El Código de Comercio (artículos 25 y 122) contempla expresamente el caso de exclusión de un socio de las utilidades.⁽⁷⁴⁾

(71) Sobre causa de la obligación y causa del contrato ver de Henri, León y Jean Mazeaud "Lecciones de Derecho Civil", EJEA, Buenos Aires, 1960, Parte Segunda, volumen 1, págs. 287 y ss. Además, sobre el desarrollo de la teoría de la causa en el Derecho francés, ver Julien Bonnetese, "Tratado de Derecho Civil Francés", Ed. Cajica, Puebla, 1945.

(72) Ascarelli, op. cit., págs. 294-95: "Esta relación (el sinalagma) en los contratos plurilaterales, en vez de ser directa e inmediata, como en los contratos de cambio, adquiere un carácter indirecto y mediato: la invalidez o el incumplimiento de las obligaciones de una parte no excluye, de por sí, la subsistencia del contrato entre los otros, si no cuando sea imposible alcanzar el fin".

(73) Graziani, op. cit., págs. 70 y 71 (tener en consideración, para lo que interese, que el autor divide las sociedades en lucrativas y mutualísticas); De Gregorio, "Corso di Diritto Commerciale", Ed. Dante Alighieri, Città di Castello, 1967, pág. 164; Ripert y Roblot, "Traité" cit. n. 780; Juglart e Ippolito, "Cours" cit., Vol. II, pág. 40; Rodríguez R., "Tratado" cit., págs. 50 y 53 y más preciso aún en "Curso de Derecho Mercantil", Porrúa, México, 1960, pág. 47.

(74) Se considera que la exclusión de un socio de las pérdidas constituya también un pacto leonino: porque es contrario a la naturaleza de la sociedad que un asociado pueda participar

Concepto de sociedad desde el punto de vista substancial.—

En conclusión, la sociedad es un contrato por el que dos o más personas se obligan a aportar cada una de ellas bienes (basta que sean estimables en dinero) para la formación de un fondo común con la finalidad de realizar beneficios a repartir entre ellos. Si falta este último elemento el ente sería inexistente como sociedad. Este ha sido el concepto de sociedad enunciado por la Sala de Casación en la sentencia Montero Gómez vs. Nigro Borbón y otra de 13 hs. del 2 de diciembre, publicada en "Sentencias", 1949, 2º sem., págs. 939 y ss., particularmente en pág. 962 donde se lee: "... elementos esenciales del contrato de sociedad: agrupación de dos o más personas, aportación de cada uno de los socios, intención de realizar un beneficio común y de repartirlo, y participación de cada uno en los beneficios y pérdidas".

Naturaleza jurídica de la cooperativa.—

Normalmente, en la explicación de un instituto jurídico, juegan papel primordial las fuentes materiales del mismo, si bien éstas, cuanto más se alejan en el tiempo más se debilitan, dejando lugar a nuevas fuentes materiales las que a veces invierten totalmente el sentido original que se le había dado a la figura jurídica. Lo vemos con el "trust" del sistema de la "common law", empleado originalmente como subterfugio para escapar a ciertas prohibiciones de ejercicio del comercio y a las leyes de "manos muertas" y convertido hoy en la clave del sistema jurídico angloamericano, con una importancia inmensamente mayor que la figura del contrato, y del que se ha dicho que en sede de aplicación no conoce más límites que la imaginación de los abogados. Lo vemos con la sociedad por acciones, originalmente nacida con finalidades políticas y administrativas⁽⁷⁵⁾ y paulatinamente convertida en el más formidable instrumento jurídico de especulación comercial, clave del sistema capitalista como es clásico hoy afirmar.

en los beneficios sin arriesgar nada, dice la doctrina francesa (Ripert y Roblot, op. cit., n. 781); no porque menoscabe la esencia misma del contrato de sociedad, como la exclusión de las utilidades, sino en cuanto pacto usurario, y a fin de proteger la parte económicamente más débil, afirma la doctrina italiana (Graziani, op. cit. pág. 70).

(75) Sobre el punto, con profusa bibliografía al respecto, véase, Verrucoli, "Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali, nella common law e nella civil law", Giuffrè, Milano, 1964, págs. 21 y 22, nota 18 en la última, para Inglaterra y págs. 34 y 35 para los Estados Unidos de Norte América.

En cuanto a las cooperativas, creo que no escapan al fenómeno y si bien originalmente nacidas como medio de fortalecimiento de las economías débiles, y de equilibrio en el mercado especialmente de campesinos y obreros, en un periodo⁽⁷⁶⁾ particularmente difícil para ellos, hoy en los países fuertemente industrializados de Europa, si bien desarrollan siempre una función de equilibrio del mercado no se puede decir que mantengan además y únicamente la de fortalecimiento de las economías débiles: han ido más allá.⁽⁷⁷⁾ Y sin embargo, creo que en nuestro país la cooperativa, por el estado mismo de la economía y del proceso de industrialización, sigue siendo una institución de "clase" (a pesar del avance hacia con-

(76) Verrucoli, "La società coop." cit., págs. 75, 82 y 85 a 86 para el Derecho italiano.

(77) "Es éste el aspecto que mejor contribuye a aclarar el carácter y la estructuración de la cooperación italiana, que está todavía frenada en su desarrollo por aquella visión "clasista" que, si bien refleja la situación típica del surgir del movimiento, no se adecúa ya a la realidad de hoy en día, que impone sólidas organizaciones de empresa a niveles más elevados, en el cuadro de la evolución general — en el plano organizativo y tecnológico — de las estructuras económicas operativas" (Verrucoli, "L'istituto cooperativo nell'evoluzione delle strutture economiche e sociali", esquema de la relación del autor en el "Convegno di Studi sui Problemi della Legislazione sugli Organismi Cooperativi e della Relativa Riforma", Perugia, 19, 20 y 21 de mayo de 1969). Vincenzo Buonocore (esquema de la relación al mismo Congreso de Perugia citado antes) en "Problemi Attuali della Disciplina degli Organismi Cooperativi", considera, para Italia, que es necesario dar a la organización cooperativa una mejor eficiencia en el plano externo, es decir, en el plano empresarial, productivo y económico, en modo tal que consenta una mayor competitividad no solamente frente a las empresas competidoras, sino también en relación con empresas similares que funcionen en el Mercado Común Europeo; mayor eficiencia que, por otra parte, no se ha alcanzado a causa de la concepción misma de la cooperación, al menos desde el punto de vista histórico, como instrumento organizativo de categorías económicamente débiles, que ven en la unión su fuerza para contener la competencia de los otros empresarios y para eliminar la intermediación.

Una idea clara de como el cooperativismo, surgido como instrumento para fortalecer la débil economía de las clases más necesitadas del grupo social, se ha convertido además en un instrumento más de la economía general de una zona, lo vemos en las siguientes estadísticas de Dinamarca, uno de los países más "cooperativizados" del mundo (tomado de "El movimiento Cooperativo en Dinamarca", Ed. "Rivista della Cooperazione", Roma, 1961, escrito por Henning Ravnholt, págs. 144 y ss.).

En 1958 las plantas cooperativas procesadoras de la leche (queserías), procesaron el 90% de la producción de leche entregada a las procesadoras; el 64.7% de la exportación de mantequilla pasó por las cooperativas de exportación; las cooperativas para fabricación de embutidos exportaron el 87.6% del total de cerdos sacrificados para la exportación; las cooperativas exportaron el 40.6% del total de huevos exportados; de la exportación total de carne y de ganado en pie, el 39% pasó a través de las cooperativas; las cooperativas cubrieron el 58% del consumo total de alimentos para animales y el 40% del consumo total de fertilizantes. En 1961 se calculaba que el 45% de la población total de Dinamarca formaba parte del movimiento cooperativo. Por otra parte (datos tomados siempre para 1958, de Botteri "Economía Cooperativa", Ed. por "Fed. Nazionale della Coop. Agricola", Roma, 1969, pág. 93) veamos los siguientes porcentajes del comercio cooperativo en relación con el comercio total de los siguientes países: Inglaterra, 10-12%; Finlandia, 33%; Suecia, 14%; Noruega, 8%; Dinamarca, 10%. Las anteriores estadísticas, si bien no al día, dejan ver claramente como el movimiento cooperativo en Inglaterra y el norte de Europa, ha dejado de ser sólo un instrumento para fortalecer las economías débiles y se ha convertido además en instrumento general del desarrollo de la economía de esos países.

cepción diversa que se ve, tanto en la ley, que permite (artículo 89 Ley de Asociaciones Coop.) aportes ilimitados, como en el desarrollo pujante en algunos campos de la cooperación⁽⁷⁸⁾ y en esa dimensión debe ser entendido el desarrollo que sigue.

El movimiento cooperativo contemporáneo nace en Inglaterra⁽⁷⁹⁾ como reacción a los horrores del industrialismo y fundamentalmente surge a fin de contrarrestar la pavorosa situación económica en que el círculo vicioso maquinismo —desocupación— oferta excesiva de mano de obra —salario vil— precio de costo al consumidor absolutamente artificial, había puesto tanto a obreros como a campesinos (fenómeno, por otra parte endémico aún hoy en los sistemas capitalistas pero de alcances menores en cuanto la automatización se presenta paulatinamente y permite una relativa absorción, y en cuanto los problemas socio-económicos de las clases menos favorecidas vienen aunque sea solo en parte, resueltos a nivel gubernamental).

El alto nivel de desocupación, el bajo precio del trabajo y la fijación artificial del precio de los productos generaron una aun más acentuada mala distribución de la riqueza contra la que se reaccionó, en cuanto al movimiento cooperativo se refiere, no destruyendo la empresa sino buscando la forma de eliminar la especulación intermediaria⁽⁸⁰⁾ (cuyo afán de utilidad ilimitada lesiona notablemente las clases bajas), mediante la asunción, en propio, de la función misma de empresario. Los cooperadores toman la iniciativa y asumen la función empresarial, organizando los factores de la producción con miras a producir un determinado servicio a su propio favor, beneficiándose en sus propias economías particulares con las utilidades que de otra manera habrían pasado a engrosar las ganancias del empresario no cooperativista. Junto a esta función de servicio económico, los cooperadores pretenden prestar servicios, a ellos mismos y a la colectividad, en otros campos como la educación, la formación cívica, el espíritu de solidaridad, etc.,⁽⁸¹⁾ fun-

(78) Producción de leche, azúcar, café, huevos y otros (en el primer caso el movimiento cooperativo trabaja prácticamente en condiciones de monopolio).

(79) Para la historia del movimiento cooperativo, ver Verrucoli, "La Società Cooperativa", cit.; Botteri, op. cit.; Lambert, op. cit.; Coutant, "L'Evolution du Droit Cooperatif" Ed. Matot-Braine, Reims, 1950.

(80) Verrucoli, "La Società Cooperativa", cit., págs. 61 y 149.

(81) Acerca de lo que el movimiento cooperativo ha contribuido a la formación del espíritu profundamente democrático del pueblo danés, véase Ravnholt, op. cit., págs. 11 y ss.

ón típicamente idealista y que acerca notablemente la cooperativa a la asociación sin fin lucrativo, según quedó conceptualizada antes (retro págs. 14 y ss.).⁽⁸²⁾

En definitiva la función práctica que históricamente corresponde a la cooperativa es la de eliminar el intermediario y la especulación que frente a terceros representa. Esta función práctica se resuelve en una función de servicio: los cooperadores fundan y hacen funcionar la cooperativa encargándola —y permítaseme este término poco técnico— de prestarles un servicio, de contenido diverso según el tipo de prestación de que se trate: proveerles bienes de consumo, de capital, o dinero, o proporcionarles oportunidades de trabajo, etc., todo en ciertas condiciones superiores a la oferta dada por el mercado externo a la cooperativa. Y —he aquí un aspecto diferencial importante— si bien la cooperativa goza de personería jurídica distinta de la de sus asociados, lo es en un sentido menos amplio, en duda, que en otros casos de colectividades personificadas (sociedad, asociación, etc.) por lo que cuando aquella presta un servicio

) En efecto, los estatutos de la sociedad de los "Equitables Pionniers", de Rochdale, de 1844, punto tradicionalmente escogido como el inicio de la cooperación contemporánea, rezaba en su texto original: "La sociedad tiene como objetivos y planes tomar medidas para el mejoramiento pecuniario, y de las condiciones sociales y familiares, de sus miembros, mediante la reunión de una suma suficiente de capital dividido en partes de una libra cada una, a fin de poner en práctica los siguientes proyectos:

"Establecimiento de un almacén para la venta de víveres, de vestidos, etc.

"Construir, comprar o edificar un número de casas destinadas a los miembros que desean ayudarse mutuamente para mejorar su condición doméstica y social.

"Iniciar la manufactura de los productos que la sociedad considera convenientes para el empleo de los miembros que se encuentren sin trabajo o que deban sufrir repetidas reducciones de sus salarios.

"Para procurar a los miembros de esta sociedad un margen de ventaja y seguridad, la sociedad comprará o alquilará uno o varios terrenos que serán cultivados por los miembros que se encuentren sin trabajo o el cuyo sea mal remunerado.

"Cuando ello sea posible, esta sociedad emprenderá en la organización de las fuerzas de la producción, de la distribución, de la educación y de gobierno o, en otros términos, el establecimiento de una colonia autosuficiente y en la que los intereses estarán unidos, o bien acudirá en ayuda de otras sociedades con el fin de establecer tales colonias.

"A fin de desarrollar la sobriedad un Salón de Temperancia se abrirá, tan pronto como convenga, en uno de los establecimientos de la sociedad".

Esta idea la explicaba Verrucoli ("La Società Cooperativa", cit., pág. 62) en los siguientes términos: "Pero en tanto en cuanto la gestión cooperativa de empresa responde a los fines para los que ha sido creada, se explica cómo a través de ella los asociados miran a realizar, además de la ventaja económica directa, personal y limitada, otras ventajas de naturaleza no económica indirectas y no personales, y como tales bien distintas de la utilidad ilimitada buscada en las empresas especulativas: en esta dirección adquieren también un claro significado por un lado la "devolución desinteresada" de parte de las utilidades (o del patrimonio, en sede de liquidación) para fines no propios de los asociados, sino de interés general, o de "categoría" o de "grupo" (educativos, asistenciales, etc.), y por otro el sello político-sindical o confesional que a menudo caracterizan la asociación cooperativa".

al asociado y precisamente el servicio cuya obtención el mismo asociado le encargó de prestarle, es ilógico pensar que éste sea un tercero con respecto a la cooperativa.⁽⁸³⁾

Cosa absolutamente diversa sucede en el caso de la sociedad que ha sido creada a fin de que especulando en el mercado, obtenga una utilidad a repartir entre sus socios. Como se ve, la sociedad se funda con el fin preciso de la especulación: se funda para que produzca utilidades precisamente desarrollando la función típica de intermediación entre mercado de oferta y mercado de demanda, de bienes o servicios y es indiferente si tales utilidades las realiza con socios o con no socios, pues en este caso todos son terceros,⁽⁸⁴⁾ todos pueden formar parte del mercado de oferta o de demanda.

Es neta la diferencia funcional de cooperativa y sociedad; más bien: la función de la una y de la otra son absolutamente opuestas: la sociedad es creada para que especule en favor de los socios en el mercado de bienes o servicios; la cooperativa es creada para eliminar, en favor de los socios, la especulación del tercer empresario: a la sociedad se encarga de realizar la función de intermediación en el mercado y con respecto a terceros, entre los que quedan incluidos los socios; a la cooperativa se encarga de realizar la función de intermediario en el mercado con respecto a sus propios asociados que, como vimos, no pueden, en ciertos aspectos propiamente considerarse terceros frente a aquella. En consecuencia,

(83) Por otra parte, se acentuará mayormente el carácter de "no tercero" del cooperador respecto a la cooperativa cuando se comprenda que ésta se crea con fines mutualísticos (de mutuum cambio) es decir con fines de reciprocidad de prestaciones (referido este significado al contrato con fin común —en este caso de la cooperativa será también plurilateral, conforme al artículo 48 inciso d, Ley de Asociaciones Cooperativas— y no al contrato bilateral), mutualidad que en la actualidad, en los países de mayor desarrollo cooperativo parece tender a un grado de exacerbación, con la adopción de un "principe nouveau": *principio de la doble calidad*: el cooperador no tiene simplemente el derecho de hacer uso de los servicios de la cooperativa, sino la obligación de usarlos (Sobre este "nuevo principio" ver "Les principes coopératifs hier, aujourd'hui, demain", relación de síntesis de la "Organisations Cooperatives Françaises" al coloquio organizado por el "Institute des études coopératives", Cooperatives Françaises de París, bajo el patronato del Conseil Scientifique de la Cooperation Belge y del Centre International de Recherches et d'Information sur l'Economie Collective", Liège, 1966, págs. 18 y 19) y asimismo la cooperativa debe operar solamente con sus miembros (mutualidad) evitando al máximo el hacerlo con terceros. De lo dicho se desprende que el cooperador no puede ser considerado como tercero y será menos tercero en relación directa a la intensidad con que se aplique el "nouveau principe".

(84) Tómese en cuenta que la función típica de intermediación, correspondiente a la sociedad puede ser simplemente especulativa, como cuando se compra al productor para vender al consumidor, o industrio-especulativa, como cuando se compra materia prima —semiprocesada o no— y se vende materia prima procesada o producto final.

la sociedad debe perseguir el plus-valor que nace de la especulación en el mercado; la cooperativa, en cambio, pretende eliminar ese plus-valor en favor de sus miembros, personificando el intermediario que es quien normalmente lo percibe. Por ello se afirma que en el cooperativismo los cooperadores son sus propios empresarios.

La eliminación del plus-valor se obtiene mediante una "gestión de servicio" (y no "de rendimientos", como en la sociedad)⁽⁸⁵⁾ de la empresa cooperativa, lo que significa que la gestión debe ser meramente erogativa o sea que se debe tratar de igualar entradas y salidas: este sistema ha sido llamado también de la autocobertura de costos.⁽⁸⁶⁾ Y cada vez que el ingreso sea superior al egreso la parte en exceso de aquél, el "trop-perçu", que provenga de un "precio"⁽⁸⁷⁾ pagado por el cooperador y superior al costo deberá ser devuelto a éste proporcionalmente a las "ocasiones de incremento"⁽⁸⁸⁾ es decir al giro de negocios del cooperador con la cooperativa, durante el respectivo periodo. En el fondo, entre cooperador y cooperativa lo que se produce es una regulación de cuentas: la cooperativa desconoce el costo futuro del bien o del servicio y por ello fija uno, tentativamente. Al final del periodo, si el costo prefijado resulta superior al real devolverá al cooperador el exceso pagado y si resulta inferior la diferencia la cargará a la reserva legal y en el exceso no cubierto por ésta formará un pasivo del balance si se trata de un periodo intermedio o se cargará a los aportes, si se trata del periodo final: en ambos casos proporcionalmente al giro de negocios que durante el periodo respectivo el cooperador haya realizado con la cooperativa (art. 3º inciso c Ley de Asoc. Coop.).⁽⁸⁹⁾ Y cuando "la buena marcha de la cooperativa aconseja la extensión de sus servicios a no asociados" (lo que sólo puede hacerse previa autorización del Departamento de Cooperativas, art. 8º Ley de Asoc. Coop.) actuando la cooperativa en este caso en calidad de interme-

(85) Como ha sido hecho notar por Fauquet, citado por Lambert, op. cit., pág. 108. Ver Verrucoli, "La Società Cooperativa", cit., pág. 57.

(86) Botteri, op. cit., pág. 401.

(87) Sobre la impropiedad del término "precio" aplicado a un sistema de autocobertura de costos, ver Botteri, op. cit., págs. 410 y ss.

(88) Verrucoli, "La Soc. Coop." cit., pág. 63 y 64, usa tal expresión para referirse al volumen de operaciones que el cooperador realiza en un cierto periodo con la cooperativa.

(89) Ver Botteri, op. cit., págs. 425 y 410 y ss. que sintetiza la tesis expuesta, según el desarrollo de Don, "Economic Analysis of Agricultural Cooperation", publicado en el Year Book of Agricultural Cooperation, 1960.

diario especulador⁽⁹⁰⁾ exactamente igual a la calidad de intermedio especulador, por ejemplo, de una sociedad, es la ley misma que previene la desnaturalización del fin no lucrativo, anticapitalista, que debe animar a los cooperadores de modo principal, impidiendo la repartición a estos de los "excedentes" que tales operaciones, extrañas a la verdadera función de la cooperativa, puedan producir (artículo 8º párrafo final, artículo 3º inciso i). La misma finalidad persiguen el artículo 4º, párrafo primero, que prohíbe absolutamente a la cooperativa realizar cualquier actividad que no se concrete al fomento de sus intereses económicos, sociales y culturales, el 11 inciso e, que no permite a la cooperativa hacer inversiones con fines de especulación o usura.

De lo dicho hasta aquí parece deducirse una neta separación entre sociedad y cooperativa. Sin embargo creo conveniente proseguir el análisis de algunas otras disposiciones de la Ley de Asoc. Coop. que podrían llevarnos a afirmaciones diversas de las hechas hasta ahora.

Conforme al inciso d, del artículo 3º de la Ley de Asoc. Coop., que como es patente entraña una disposición imperativa, todas las cooperativas deben ajustarse estrictamente al principio del "pago de un interés limitado a los aportes hechos al capital social". Por tanto, bien se puede sostener que, contrariamente al principio funcional de la cooperativa consistente en la no especulación con el capital (en la sociedad el fenómeno es el opuesto: el capital se invierte con una intención especulativa) la disposición referida pareciera indicar un intento especulativo del cooperador: doy un aporte de capital a la cooperativa y ésta, de la eventual utilidad que obtenga en sus operaciones, me hará una transmisión proporcional a mi inversión de capital (exactamente como en una sociedad). No varía en nada la naturaleza del fenómeno el hecho de que la transmisión sea parcial.⁽⁹¹⁾

(90) Como se vio, intermediario entre el mercado de la oferta y el mercado de la demanda, única intermediación verdaderamente especulativa y que puede dar lugar a "ganancias". Ver Botteri, op. cit., pág. 414.

(91) Messineo, "Studi di Diritto delle Società", Giuffrè, Milano, 1958, págs. 10-11-12: "La diferencia entre sociedad ordinaria y sociedad cooperativa, se reduce —en relación a las utilidades— a una cuestión de cantidad, puesto que, como en otra ocasión hice notar, en el caso de la sociedad así llamada ordinaria, la distribuibilidad entre los socios es (en cuanto principio jurídico) ilimitada, mientras, en el caso de la cooperativa, es limitada por ley...".

En el supuesto anterior se podría argumentar que no se trata propiamente de una inversión con ánimo especulativo, sino un simple financiamiento (en cuanto el capital, en la cooperativa, tiene función meramente instrumental, es un medio que los cooperadores dan a la cooperativa con el fin de que ésta les proporcione ciertos bienes o servicios⁽⁹²⁾) y que el interés a que se refiere el artículo 3º inciso d, citado, es nada más que el precio a tal financiamiento (una operación similar al caso en que un cooperador arrienda, por un cierto precio, un local a la cooperativa a fin de que en él la cooperativa desarrolle sus actividades). Si la operación fuera así —un arrendamiento de dinero a una tasa de interés estatuida por ley— la cooperativa estaría obligada al precio del dinero tanto “en las verdes como en las maduras”, al igual que el precio del local que ha alquilado debe pagarlo obtenga o no “excedentes” en sus operaciones. Sin embargo, el artículo 91 de la Ley de Asociaciones Cooperativas establece que el tal interés “sólo podrá cubrirse con cargo a los excedentes obtenidos por la cooperativa”. Es claro que si no llega a haber excedentes en un determinado periodo los cooperadores no recibirán el interés, exactamente como en una sociedad los socios no perciben dividendos cuando aquella no llega a obtener utilidades, riesgo inherente a toda empresa especulativa. De aquí que en la especie se vislumbre (no digo que se ve claramente puesto que no falta crítica como se explicará) en los cooperadores una intención especulativa (realizable por medio de la cooperativa) que en este caso, como es lógico, acerca la cooperativa a la sociedad.⁽⁹³⁾

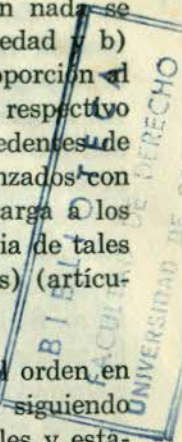
Como adelanté hace un momento, a la conclusión anterior se puede objetar que no siendo la actividad de la cooperativa realizada con terceros, sino con los mismos cooperadores, el interés que estos perciben sobre su aporte, en el fondo es una devolución (con nombre diverso) que forma parte del “ajuste de cuentas” al que antes me referí cuando hablé de la devolución de excedentes. Sin embargo, esta objeción se diluye y desaparece en los dos argumentos siguientes: a) conforme al artículo 8º citado la cooperativa

(92) D'Angelo, "L'impresa cooperativa nel diritto italiano", Ed. Rivista della Cooperazione, Roma, 1959, págs. 34 y ss.
(93) Entreveía el sabor capitalista del interés al capital, aunque fijo y a título provisorio, Owen, cuando a propósito de sus "villages de cooperation", aspiraba a la desaparición de tal interés; Lambert, op. cit., pág. 32.

puede llegar a realizar operaciones con terceros, que en nada se diferencian de las operaciones especulativas de una sociedad y b) a diferencia del caso de devolución de excedentes en proporción al giro de negocios que cada cooperador realice en el periodo respectivo con la cooperativa, que sólo puede comprender los excedentes de las operaciones con los mismos socios y no aquellos alcanzados con terceros (artículo 3º inciso i), el pago de intereses se carga a los excedentes sin hacer distinción en cuanto a la proveniencia de tales excedentes (de operaciones con cooperadores o con terceros) (artículo 94 Ley de Asoc. Coop.).

En efecto el artículo 94 establece taxativamente el orden en el que los excedentes deben distribuirse, más o menos siguiendo el criterio que se seguiría en una sociedad: reservas legales y estatutarias, pago de obligaciones provenientes de las cuotas de inversión (al igual que en la sociedad vendrían pagados los intereses a los obligacionistas,⁽⁹⁴⁾) pago a los cooperadores del interés de sus certificados de aportación; pago al Departamento de Cooperativas del porcentaje a que se refiere el inciso g del artículo 14 y, finalmente, distribución del saldo entre los cooperadores conforme al artículo 3º incisos c e i. Ninguna disposición de la Ley de Asociaciones Cooperativas permite pensar diversamente y sí en cambio se refuerza mi argumento con el párrafo final del artículo 5 de esa Ley, que permite al cooperador pagar, durante diez años, sólo el 50% del impuesto sobre la renta, “sobre los ingresos que provengan de la actividad cooperativa o del interés invertido en ellas, ya sea en certificados de aportación o en cuotas de inversión”.⁽⁹⁵⁾

(94) Sin que esta comparación se deba tomar como prejudicial en cuanto a una probable similitud entre obligaciones de sociedades y cuotas de inversión de las cooperativas; además el criterio técnico contable que parece insinuar la norma, es dudoso en cuanto las obligaciones provenientes de cuotas de inversión deben considerarse un costo: costo del capital y que se debe pagar haya o no excedentes y con prioridad inclusive a las reservas: sin duda, en este aspecto que comentamos, el artículo 94 contiene un error y, además, una contradicción, en cuanto el artículo 83 establece que el interés por las cuotas de inversión se abonará con preferencia a cualquier otro pago que deban realizar las cooperativas'.
(95) Esta sola disposición probablemente bastaría inclusive para hacer pensar en la existencia de un fin lucrativo aún en el caso de la devolución de excedentes, tesis a la que no me adhiero pensando que, siendo los excedentes obtenidos con terceros irrepartibles por ley a los cooperadores y no existiendo en la actividad con los cooperadores, de parte de la cooperativa, una verdadera intermediación entre mercado de la oferta y mercado de la demanda, no se puede verdaderamente afirmar en la especie la existencia de una actividad especulativa. Sin embargo, resta abierto el argumento en cuanto difícilmente se comprende la imposición (sea en un 50% o en 100%) si el ingreso no es considerado, en algún modo, un producto de una cierta actividad especulativa.



En definitiva la investigación nos ha llevado ahora a la necesidad de afirmar que la cooperativa en cuanto obligatoriamente debe pagar a los cooperadores un interés (limitado por ley) sobre sus aportes, con cargo a los excedentes, los que eventualmente pueden provenir de operaciones con terceros (y que en la práctica generalmente provienen de operaciones con terceros: piénsese en nuestras más fuertes cooperativas) no puede, en tal coyuntura ser considerada como asociación sin fin lucrativo en cuanto ésta excluye la posibilidad de que los asociados obtengan a través de ella un lucro. Si bien la función históricamente atribuida a la cooperativa la podría acercar al concepto de asociación, el hecho de que los cooperadores puedan eventualmente percibir utilidades provenientes de una actividad especulativa, más bien la separa de tal concepto. Y no es sólo este argumento, junto con el de la imposición tributaria que hemos visto, el que aleja la cooperativa de la asociación, como paso a exponer.

Como ya se dijo, nuestro legislador no parece haber considerado la mutualidad pura como esencial al concepto de cooperativa (sí la consideró tal en el Código de Trabajo), permitiendo —si bien sólo en caso de que la buena marcha de la cooperativa así lo aconseje— la realización de operaciones con terceros, las que naturalmente podrán producir “excedentes” (arts. 92, 93 Ley de Asoc. Coop.). Estos excedentes —ya lo vimos también— conforme al artículo 94 de la misma Ley serán destinados a cubrir, en un cierto orden, determinadas obligaciones, la primera de las cuales es (según el artículo 94, que como vimos, es contradictorio con el artículo 83, párrafo 6º) la formación, con un 10% del total de los excedentes de cada periodo, de una reserva legal. Como es lógico pensar, en el caso de mutualidad impura, es decir en el caso de operaciones con terceros, sin una devolución proporcional a estos del excedente correspondiente, parte de la reserva legal será formada con excedentes que provendrán de tales operaciones con terceros. Ahora bien. Según el párrafo tercero del artículo 94 dicho, la función primordial de la reserva legal es cubrir pérdidas (como lo establece ya el inciso c párrafo segundo del artículo 3º), que sólo en caso de agotamiento de la reserva serán cubiertas con los aportes de los cooperadores (misma cita del artículo 3º). Es claro que, aunque en un sentido negativo, indirecto (en cuanto salva el capital aportado) una utilidad especulativa beneficia patrimonialmente a

los cooperadores. E igual argumentación se deduce del artículo 86: “Si el patrimonio social de la cooperativa disminuyere por pérdida en el ejercicio de las operaciones sociales, podrá ser repuesto con fondos pertenecientes a la reserva legal según lo dispongan los estatutos o lo acuerde la Asamblea”.

La Ley de Asociaciones Cooperativas nos proporciona otro ejemplo (si bien en parte contradictorio, como se verá) de la finalidad lucrativa de los cooperadores en cuanto tales. Como se ha visto, la reserva legal puede formarse con excedentes sea de las operaciones con los cooperadores sea de las operaciones con terceros. El párrafo segundo, in fine, del artículo 94 citado establece que cuando el fondo de reserva legal (léase reserva legal simplemente) equivalga a un tercio del capital suscrito actual, los incrementos posteriores (se entiende, de la reserva) serán representados en nuevos certificados de aportación, que se distribuirán (no dice que se “venderán a” o que se “colocarán entre o con”) entre los asociados. La conclusión natural es que en tal caso los cooperadores han obtenido una utilidad producida con actividad especulativa, en el tanto —al menos— en el que la reserva convertida en aportaciones (y pasada a capital, aunque la ley no lo diga, como operación contable: ver artículo 83 inciso e) se haya constituido con excedentes provenientes de operaciones con terceros (art. 102 inc. c). Decía que el párrafo segundo in fine del artículo 94 es contradictorio y en efecto parece serlo frente al párrafo tercero del mismo artículo que prohíbe, terminantemente, distribuir la reserva legal entre los cooperadores, ni siquiera en sede de disolución de la cooperativa. Como vimos, las sumas que se acreditan, como aporte a los cooperadores, son conforme al párrafo segundo del artículo 94 “incrementos de la reserva legal en cuanto ésta ha alcanzado un tercio del capital suscrito actual”; es decir, tales sumas son reserva legal que, conforme al párrafo tercero del mismo artículo no pueden ser distribuidas entre los cooperadores. Se impone pues coordinar ambos párrafos del artículo 94, lo que creo se deba hacer con una interpretación restrictiva del párrafo tercero, entendiendo como reserva legal de que el mismo habla (bajo ningún concepto distribuable) el monto máximo equivalente a un tercio del capital suscrito actual. Y en consecuencia, una vez constituida la reserva legal en el sentido restrictivo anotado, el 10% sobre excedentes, destinado a formar aquella por disposición

de la ley, se repartirá en adelante, como certificados de aportación entre los cooperadores, visto que la reserva legal *stricto sensu* ha sido ya constituida.

La argumentación hasta aquí desarrollada nos permite establecer cuál sea la naturaleza jurídica de la cooperativa, como negocio asociativo, en nuestro sistema.

En primer lugar es clarísimo que los cooperadores al fundar la cooperativa lo hacen movidos por motivos idealistas, altruistas, en cuanto usan una estructura jurídica que históricamente sólo se explica en tal sentido y organizada en modo tal que no prevalezcan los fines especulativos y de ganancia ilimitada que caracterizan las estructuras tradicionales de ejercicio colectivo de empresa, capitalistas. Se persigue con la cooperativa la formación integral del individuo, en sus aspectos económicos, sociales, culturales, morales (Artículo 1º de la Ley de Asociaciones Cooperativas) frente a las estructuras capitalistas dichas que desconocen tal finalidad de formación integral. Por tanto, el sujeto que admite participar en una cooperativa, admite también, si no abrazar semejante idealismo con profunda convicción, al menos sujetar su conducta como cooperador a los principios del cooperativismo enunciados en la Ley, entre los cuales puede ser considerada "la solvencia moral, la buena conducta y cualesquiera otros similares que conduzcan a una mejor realización de los fines que persigue la doctrina cooperativa" (art. 77 Ley de Asoc. Coop.) y cuyo incumplimiento permitiría a la Cooperativa el excluir, digámoslo así, al moroso. Por otra parte esta especie de credo cooperativo al que se deben uniformar la conducta y las aspiraciones del cooperador, puede resultar excesivo para la "fe cooperativista" de un determinado sujeto y de ahí que la ley le permita en cualquier momento (se entiende, sujeto a respetar ciertos términos que evitan poner a la Cooperativa en situaciones económicas críticas o ponerla bajo el mínimo legal de cooperadores (arts. 9º y 77 Ley de Asoc. Coop.) retirarse de la cooperativa con derecho a percibir aporte y excedentes proporcionales (art. 79 Ley de Asoc. Coop.). Todas estas características separan netamente la cooperativa de la sociedad.

Sin embargo, como se vio, el hecho que el cooperador reciba también el incentivo de la utilidad (aunque limitada a la tasa de interés establecida por el Banco Central para los bonos bancarios,

art. 91 Ley Asoc. Coop.) sobre su inversión de capital, que le viene pagado siempre y cuando haya excedentes en el respectivo período (art. 91 cit.) excedentes que eventualmente se constituirán también con el producto de las operaciones especulativas con terceros (y en la mayoría de nuestras cooperativas importantes es así) todo lo cual hace de tal interés una utilidad capitalista, al menos en el porcentaje en que corresponda a las operaciones con terceros, nos aleja absolutamente de la figura de la asociación en la que, como se vio, cuando concorra una actividad lucrativa debe serlo como medio de financiamiento del fin ideal y jamás como medio de producir utilidades repartibles, ni en la más pequeña medida, entre los asociados.

No se puede, en criterio mío, encuadrar la cooperativa como negocio asociativo, ni entre las sociedades ni entre las asociaciones sin fin lucrativo. Es cierto que como en estas, los participantes persiguen fines ideales, pero además pretenden una utilidad (razonable, es cierto, pero utilidad al fin y al cabo) como en una sociedad. Se podría admitir que aún estamos en el campo de las asociaciones sin fin lucrativo: al menos en el campo de aquellos egoístico-altruistas, en cuanto en estas el asociado persigue un cierto beneficio económico del que goza en proporción al uso que haga de los servicios que el ente le puede proporcionar. Salvo que —y aquí salimos decididamente del campo de las últimas para entrar en el de las sociedades— posteriormente a su producción, la utilidad será repartida entre los cooperadores, **proporcionalmente a sus aportes de capital** (si bien, como se vio, el reparto tendrá un límite máximo, lo que crea, entre cooperativa y sociedad, en este aspecto, una diferencia cuantitativa pero no cualitativa y por tanto irrelevante desde el punto de vista jurídico) como en el régimen capitalista de las sociedades. Régimen del que se separa la cooperativa, sea por la dicha imitación del reparto de las utilidades que como dije, no tiene ninguna influencia, sea —he aquí la diferencia mayor, como se verá de inmediato— por el fin idealista que como oportunamente vimos excede la finalidad de tal sociedad capitalista. Y en el caso de la cooperativa no solamente el fin idealista la separa de la sociedad en cuanto esta se caracteriza propiamente por perseguir un fin completamente contrario al idealista, sino también en cuanto la cooperativa está sujeta a un control público por la índole de sus funciones, conforme al artículo 26 de la Ley de Asociaciones Coope-

rativas;⁽⁹⁶⁾ al igual que a control público (menos acentuado, es cierto) están sujetas las asociaciones sin fin lucrativo por razones oportunamente vistas (invasión de las funciones propias del Estado, principalmente).⁽⁹⁷⁾ En síntesis, la cooperativa participa tanto del carácter de la sociedad como de la asociación.⁽⁹⁸⁾ En tal sentido diría que comparecen a formar la "causa" en la cooperativa elementos causales de dos diversos negocios jurídicos: sociedad y asociación.

Por otra parte la cooperativa es un negocio típico y nominado. En cuanto negocio nominado la función económico-individual que las partes intentan darle, está reglamentada por la ley misma. En consecuencia, siendo nominado el negocio es, necesariamente típico, en cuanto la ley reconoce como digno de tutela jurídica el interés de las partes puesto en la función económico-individual que aquellos persiguen con el negocio y lo regula, dicho interés, expresamente.

(96) Salvo, en principio, el caso de constitución conforme al artículo 17 del Código de Comercio y 5º inciso c del mismo.

(97) Ascarelli: "Riflessioni in tema di consorzi, mutue, associazioni e società", en Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ. 1953, pág. 336.

(98) "De modo que —afirma Verrucoli, "La Soc. Coop." cit., pág. 144— en conclusión, puede decirse que la sociedad cooperativa se presenta como un instituto de doble cara, como sociedad y como asociación".

"De estos dos aspectos, el primero se dirige, prevalentemente al externo, pero no deja de influir —en la relación entre sociedad y empresa en lo que se refiere a las relaciones entre los socios, y en consecuencia a la organización de la sociedad— también al interno; el segundo, sobre todo se encuentra al interno, pero no deja de proyectarse hacia afuera, por el hecho de la puerta abierta a la admisión de nuevos socios provenientes de la misma categoría o grupo del que la sociedad es una emanación". Sin embargo para Verrucoli la cooperativa es siempre sociedad como pasamos a ver:

"Precisamente de esta última conclusión se puede partir hacia una precisión y un desarrollo posterior: el hecho de haber indicado dos aspectos de la sociedad cooperativa, aquél más marcadamente asociativo y aquél decididamente societario, no debe hacer pensar en una solución de compromiso. La cooperativa es siempre sociedad, por lo ya dicho, aún si a veces revela una separación menos acentuada de la base genérica asociativa sobre la que surgen y se articulan los diversos tipos de sociedad".

A pesar de lo dicho, Verrucoli insiste (op. cit., págs. 144-145) en la fuerte naturaleza de asociación, stricto, sensu, de la cooperativa. Sin embargo, para el autor es posible alejar la cooperativa de la asociación s.s., en cuanto —como se vio— aquella, como la sociedad, es ejercicio de empresa económica organizada, mientras que la asociación, substancialmente, no puede serlo. Precisamente, Verrucoli hace girar la distinción entre sociedad y asociación en el Derecho italiano sobre el concepto de empresa: la sociedad ejercita una empresa, la asociación no. ("La Soc. Coop.", cit., pág. 143; "Evolution et Perspectives", cit., T. I, págs. 225 y 226). Y cuando una asociación, en sentido formal, ejercita una empresa, se debe decir que se está en presencia de una sociedad, en sentido substancial y se deberá aplicar el régimen de la sociedad. Como lo reconoce el autor, hace girar la noción de sociedad sobre la de empresa, ha facilitado la solución del problema. Pero es claro que en nuestro sistema de derecho positivo vigente, en el que la empresa no juega el papel preponderante que reviste en el Derecho italiano, y en el que más bien, pudiendo la asociación desarrollar una actividad empresarial, con ánimo lucrativo, siempre que no sea ese su único y exclusivo fin, es el aspecto teleológico el que la separa de la sociedad, una solución similar a la del sistema italiano, no es posible.

Sólo que la "causa cooperandi" no es una causa simple sino "mixta": coordina causas de otros negocios típicos o si se prefiere (siguiendo orientamientos diversos) coordina prestaciones típicas de varios negocios, prestaciones diversas. Fenómeno por otra parte característico de los contratos con fin común (sociedad, asociación no lucrativa, etc.) entre los que se clasifica, naturalmente, la cooperativa.

El problema esencial a resolver, vistas así las cosas, es, a mi criterio, decidir si a este negocio típico, nominado, con causa mixta, se le deben aplicar única y exclusivamente las disposiciones que para él, como contrato nominado típico, ha dictado el legislador o si también es dable aplicarle las disposiciones, no contradictorias con su normativa particular especial y pertenecientes en cambio a la normativa de los negocios típicos cuya causa incluye en la suya propia.

Antes de responder al interrogante planteado debo decir que considero que en el caso de la cooperativa no se puede hablar ni remotamente de absorción de una presunta causa secundaria, por la principal. En la cooperativa la mezcla causal nace, entre otras, de la disposición del artículo 3º de la Ley de Asociaciones Cooperativas, norma imperativa, cogente, que no permite aceptar unos elementos y dejar otros o decir que aquellos absorben estos. No hay en la cooperativa una causa principal y una secundaria sino una causa mixta y formada de la compenetración del elemento causal de otros y diversos contratos típicos.

Al interrogante planteado contesto ahora diciendo que no veo cómo la respuesta pueda ser negativa. Se debe necesariamente admitir la aplicación de normas extrañas a la Ley de Asociaciones Cooperativas, pues en esta última el legislador ha querido plasmar los principios generales del cooperativismo que acepta y aquellos aspectos que siendo institucionalmente comunes —o generalmente comunes— en todo negocio asociativo, deben recibir una organización diversa a la que poseen en los demás negocios asociativos, precisamente en cuanto los principios de base en la cooperativa son substancialmente diversos a los de, por ejemplo, la sociedad y la asociación: como muestra baste el hecho mismo de la existencia de una causa mixta que reúne elementos causales tradicionalmente considerados, si no antagónicos al menos irreducibles entre ellos. Además, vista la situación desde el ángulo práctico, no podría el legislador dictar un régimen pormenorizado para la cooperativa,

especialmente en aspectos que ya están regulados en otros cuerpos de ley. Habría sido una duplicación innecesaria cuanto peligrosa puesto que pueden surgir problemas de coordinación que se convierten en verdaderos rompecabezas para el jurista.⁽⁹⁹⁾ Por otra parte la cooperativa es una especie de recipiente cuyo empleo está sujeto al respeto de ciertos principios que no chocan con contenidos diversos. Así, la cooperativa ejerce siempre una empresa económica organizada para la producción o el cambio de bienes o servicios, de modo habitual, es decir profesional —como el sentido que adelante veremos— pudiendo esta empresa ser agrícola, civil o comercial. Resulta patente que, existiendo diversas ramas del Derecho vigente que abarcan ampliamente tales actividades, bastaba al legislador establecer las normas generales básicas o particulares propias del nuevo instituto, quedando el resto cubierto por el Derecho existente.

Por ello el legislador optó por el criterio de las fuentes supletivas del artículo 111 de la Ley de Asociaciones Cooperativas, autorizando para los casos no previstos por la Ley misma, la escritura social o los estatutos; la aplicación de los principios de Derecho cooperativo, Derecho laboral, Derecho comercial y Derecho civil, que por su naturaleza o similitud, puedan ser aplicables a esas asociaciones (sic) siempre que no contravengan los principios, la doctrina y la filosofía cooperativas.⁽¹⁰⁰⁾

(99) Pienso, por ejemplo en el problema surgido en el Derecho italiano entre el artículo 2083 del Código Civil, el artículo 1º de la Ley de Quiebras y la Ley del Artesanado, n. 860 de 25 de julio de 1956, en cuanto a la figura del "pequeño empresario". Al respecto ver: sobre el problema y las diversas teorías antes de la Ley del Artesanado, Casanova, "Le Imprese Commerciali", UTET, Torino, 1955; después de la Ley del Artesanado, Graziani, "L'impresa e l'imprenditore", Morano, Napoli, s.f.p. pero probablemente 1959.

(100) Se podría resolver el caso con la aplicación de la doctrina del contrato mixto que se caracteriza por la existencia de una causa mixta nacida de la compenetración de causas de diversos contratos típicos, o atípicos, o de unos y otros. (Ver Cariota Ferrara, "Il negozio giuridico nel diritto privato italiano", Morano, Napoli, s.f.p.; De Gennaro, "I contratti misti", Cedam, Padova, 1934; Ascarelli, "Contratto misto, negozio indiretto "negotium mixtum cum donatione", Riv. dir. comm., 1930, Vol. II, págs. 462 y ss.; Karl Larenz, "Derecho de las obligaciones", Rev. de Dcho. P.do, Madrid, 1958, Vol. II, págs. 7 y ss.; Hedemann, "Tratado de Derecho Civil", Rev. de Dcho. P.do., Madrid, 1958, Vol. III, págs. 234 y ss.; Ferri (Giovanni), "Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico", Giuffré, Milano, 1966, págs. 402 y ss. y págs. 223 y ss.). En la teoría del contrato mixto se afirma precisamente la aplicabilidad de la normativa particular de los contratos de los que el mixto ha tomado el factor causal, alternativamente según se trate de resolver problemas referentes a uno u otro tipo de contrato. Así por ejemplo, es un contrato mixto el que celebramos en nuestras llamadas "pensiones", en donde nos alquilan habitación, nos prestan el servicio de lavado de ropa y nos proporcionan alimentación. En el primer caso el empresario es *arrendador*, en el segundo se obliga con las caracte-

De modo que, por ejemplo, una cooperativa la naturaleza de cuya actividad es agrícola o civil, no podrá ser sujeta a quiebra en cuanto éste es un procedimiento aplicable sólo al empresario comercial, mientras que será sometida a quiebra la cooperativa en la que concurren los presupuestos objetivo y subjetivo de aquella: haber suspendido el empresario comercial los pagos (artículos 851-852-853 C. de c.).

ísticas de un contrato de servicios, y en el tercero es un *vendedor*. Y sin embargo, como lo hace notar Larenz, op. cit., Vol. II, pág. 8, es un contrato absolutamente típico (típico en el sentido de usual, corriente, de la práctica de todos los días). El empresario, en su calidad de arrendador está obligado conforme al contrato de inquilinato y con respecto al suministro de los alimentos se le aplicarán las normas del contrato de compra-venta. "Como ya pone de relieve este ejemplo —dice Larenz— no han de aplicarse, por consiguiente ni los preceptos de uno u otro tipo contractual ni simplemente todos los preceptos de ambos tipos conjuntamente, sino que, según las características de la relación contractual ha de examinarse qué preceptos son aplicables según su naturaleza".

Quizá el único obstáculo para aplicar a la cooperativa la doctrina del contrato mixto estriba en el hecho que en éste se suele ver un contrato "innominado o atípico" (en efecto, es así en la doctrina italiana en cuanto ésta no suele diferenciar entre contratos nominados o innominados y contratos típicos o atípicos, como se puede ver en Cariota Ferrara, op. cit., pág. 218; Torrente, Giuffré, Milano, 1960, "Manuale di Diritto Civile", 312 n.º 117-287; Trabucchi, "Istituzioni di Diritto Civile", Cedam, Padova, 1960, págs. 167, 621; Barbero, "Sistema del Diritto Privato Italiano", UTET, Torino, 1962, Vol. I, pág. 336; Branca, "Istituzioni di diritto privato", Zanichelli, Bologna, 1961, págs. 79 y 80; un inicio de reconocimiento de la utilidad y prácticamente necesidad de separar la tipicidad de la "nominación" se ve en la obra de Giovanni Ferri, cit.) mientras que la cooperativa es un contrato nominado y por ello típico (así en cuanto en nuestro Derecho se suele diferenciar entre la tipicidad, y la nominación). "Sin embargo —dice De Gennaro, op. cit., pág. 117— considero mejor examinar... algunos casos que, si bien presentando una unión de prestaciones típicas, lo que pareciera realizar aquella fusión de causas que constituye la esencia de los contratos mixtos, no pueden considerarse contratos mixtos. Me refiero a aquellos contratos en los que es la misma ley la que, describiendo el tipo, prevee la presencia de las distintas prestaciones; es más, las solicita como esenciales a la estructura y a la concreta determinación del tipo legal mismo". Más o menos igual criterio sostiene entre otros Cariota Ferrara, op. cit., pág. 218: "a nuestro parecer los contratos mixtos entran en la segunda" categoría: la de innominados o atípicos. Sin embargo, en parte de la doctrina alemana sobre el tema existe la tesis contraria. Es decir, aceptar dentro de la figura del contrato mixto casos de contrato nominado y típico: precisamente los contratos plurilaterales. Así, por ejemplo, Hoeniger, "Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge", Freiburg, 1906, (citado por De Gennaro, op. cit., págs. 119-120), construye con ellos una especial categoría de negocio mixto y otro tanto hace Schreiber que crea con ellos una tercera categoría de negocio mixto, los "organischgemischten Verträge" (contratos mixtos orgánicos — o de organización). En verdad que sólo, admitiendo el carácter mixto de la cooperativa se podría explicar cómo el legislador ha podido establecer como fuentes supletivas de la Ley respectiva, ramas del Derecho tan poco semejantes como la laboral, la civil, la comercial.

En definitiva, considerando la cooperativa como negocio mixto, tesis que parece la más aceptable y que se sustenta en el criterio de eminentes juristas, llegaríamos a iguales conclusiones que las alcanzadas ya sobre la aplicabilidad de las normas sobre la quiebra, por ejemplo a una cooperativa que reuniera los presupuestos de ley para ello: suspensión de pagos y carácter de empresario mercantil.