

La promesa de contrato social. Hacia un nuevo paradigma en la relación entre los socios

*Luis Alberto Miguel*⁵³

Abstract

El desarrollo y demostración de la naturaleza plurilateral, con intereses paralelos y no contrapuestos de los socios para con la sociedad, lo encontramos regulado en la resolución parcial o en el régimen de nulidad donde la sociedad puede continuar su actividad con los restantes socios, pese a los vicios en la voluntad, a la muerte, a la exclusión o al receso que pudiera afectar a alguno de sus socios.

Ahora bien, la expresa regulación contenida en el Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁴ acerca de las tratativas contractuales⁵⁵, las cartas de intención⁵⁶, los contratos preliminares⁵⁷ y la promesa de contrato⁵⁸ nos conduce

⁵³ Luisalbertomiguel1@gmail.com

⁵⁴ Ley N° 26.994.

⁵⁵ Sección 3ª Artículo 990: Libertad de negociación. Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento.

⁵⁶ Artículo 993. Cartas de intención. Los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos.

⁵⁷ Artículo 994. Disposiciones generales. Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo. El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

⁵⁸ Artículo 995. Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.

a sistematizar algunas disposiciones de La Ley General de Sociedades para estudiar en aquellas lo concerniente a las relaciones entre los socios.

Así pues, cabe preguntarnos si habrá llegado el momento de encontrarnos con un nuevo paradigma en materia de las distintas vinculaciones que pueden establecer los socios entre sí.

En la hipótesis de que podemos estar frente a un nuevo paradigma en lo que atañe a la naturaleza jurídica de las relaciones de los socios entre sí, nuestra propuesta habrá de orientarse a agrupar algunas tratativas contractuales de carácter previas, cartas de intención o promesas de los socios de celebrar un contrato social o bien para integrar una sociedad ya constituida.

I. Introducción

Desde nuestras aulas venimos estudiando y enseñando la idea de que el contrato constitutivo de sociedad conformaba, en su naturaleza jurídica, un vínculo plurilateral de organización donde los socios no asumían el rol de partes⁵⁹ contrapuestas que se ponían de acuerdo en un punto en común, sino que la expresión de su voluntad o consentimiento se encontraba dirigida a obligarse con sus aportes y ceder sus prerrogativas individuales en aras de conformar la procreación del nuevo sujeto de derecho (sociedad) al que habrán dotado de los elementos que permitirían encontrarse con el reconocimiento de la personalidad jurídica.

El desarrollo y demostración de la naturaleza plurilateral, con intereses paralelos y no contrapuestos de los socios para con la sociedad, lo encontramos regulado en la resolución parcial o en el régimen de nulidad donde la sociedad puede continuar su actividad con los restantes socios, pese a los vicios en la voluntad, a la muerte, a la exclusión o al receso que pudiera afectar a alguno de sus socios.

Ahora bien, la expresa regulación contenida en el Código Civil y Comercial de la Nación⁶⁰ acerca de las tratativas contractuales⁶¹, las cartas de

⁵⁹ Partes en el sentido de centros de intereses contrapuestos. El Código Civil y Comercial de la Nación en su Artículo 957 define al contrato como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

⁶⁰ Ley N° 26.994.

⁶¹ Sección 3ª Artículo 990: Libertad de negociación. Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento.

intención⁶², los contratos preliminares⁶³ y la promesa de contrato⁶⁴ nos conduce a sistematizar algunas disposiciones de La Ley General de Sociedades para estudiar en aquellas lo concerniente a las relaciones entre los socios.

Así pues, cabe preguntarnos si habrá llegado el momento de encontrarnos con un nuevo paradigma en materia de las distintas vinculaciones que pueden establecer los socios entre sí.

II. Las tratativas contractuales y los contratos preliminares

Entre las innovaciones que introdujo el nuevo Derecho contractual del Código Civil y Comercial de la Nación, se encuentran las tratativas contractuales y los contratos preliminares.

El tratamiento de esta temática, conforme ha sido reconocido por sus fundamentos, se ha sustentado a partir de una adecuada ponderación de la libertad de negociación y de la buena fe, encontrándose allí las soluciones para la responsabilidad, en los casos típicos de negociaciones entre iguales⁶⁵.

Si bien su análisis resulta centrado por la doctrina en lo inherente a la formación del consentimiento y al régimen en materia de responsabilidad civil, las tratativas contractuales y los contratos preliminares resultan, por naturaleza, mercantiles.

Su importancia se encuentra instalada en el devenir de una transacción mercantil, ya que regula la dinámica de su etapa preliminar o precontractual, abarcando todo el proceso de negociaciones informales e iniciales, hasta su finalización, ya sea en la formación del consentimiento, o bien, su abandono, ruptura o terminación anormal, según el caso.

⁶² Artículo 993. Cartas de intención. Los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos.

⁶³ Artículo 994. Disposiciones generales. Los contratos preliminares deben contener el acuerdo sobre los elementos esenciales particulares que identifiquen el contrato futuro definitivo. El plazo de vigencia de las promesas previstas en esta Sección es de un año, o el menor que convengan las partes, quienes pueden renovarlo a su vencimiento.

⁶⁴ Artículo 995. Promesa de celebrar un contrato. Las partes pueden pactar la obligación de celebrar un contrato futuro. El futuro contrato no puede ser de aquellos para los cuales se exige una forma bajo sanción de nulidad. Es aplicable el régimen de las obligaciones de hacer.

⁶⁵ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Presentado por la Comisión Redactora (Decreto 191/2011). Punto 3.3. p. 124.

Específicamente, en el campo del Derecho Societario encontramos el compromiso previo de fusión⁶⁶ otorgado por los representantes de las sociedades que contiene exposición de motivos y finalidades, balances especiales y el proyecto del contrato o estatuto, según el caso.

III. Las relaciones entre los socios en el régimen de la LGS

La Ley General de Sociedades contiene numerosas disposiciones atinentes a las relaciones de los socios entre sí: la sociedad entre cónyuges⁶⁷, socios herederos menores, incapaces o con capacidad restringida⁶⁸, la sociedad socia⁶⁹, las participaciones en otra sociedad, el socio aparente, oculto y el socio del socio⁷⁰, la impugnación de la valuación de aportes en especie efectuada por los socios⁷¹, la acción individual de exclusión de socios⁷², entre otras disposiciones.

En la hipótesis de que podemos estar frente a un nuevo paradigma en lo que atañe a la naturaleza jurídica de las relaciones de los socios entre sí, nuestra propuesta habrá de orientarse a agrupar algunas tratativas contractuales de carácter previas, cartas de intención o promesas de los socios de celebrar un contrato social o bien para integrar una sociedad ya constituida.

Habremos de mencionar pues, algunos casos que nos presenta el derecho societario y concursal, a saber:

IV. La propuesta de acuerdo preventivo y la integración de la sociedad entre deudor y acreedores

La Ley de Concursos y Quiebras⁷³ estatuye que una de las propuestas puede consistir, entre otras, en la constitución de una sociedad con los acreedores quirografarios, en la que estos tengan calidad de socios.

Aun cuando resulte necesaria la homologación judicial para que tal propuesta aceptada produzca efectos en el proceso concursal, la misma constitu-

⁶⁶ Art. 83 de La Ley General de Sociedades.

⁶⁷ Art. 27 LGS.

⁶⁸ Art. 28 LGS.

⁶⁹ Art. 30 LGS.

⁷⁰ Arts. 34 y 35 LGS.

⁷¹ Art. 52 LGS.

⁷² Art. 91 LGS.

⁷³ Art. 43 de La Ley N° 24.522 con sus modificaciones.

ye –en sí misma- una obligación de hacer enmarcada en las previsiones de la promesa de celebrar un contrato⁷⁴; de suerte tal que su incumplimiento, a más de producir la quiebra indirecta del deudor, podría dar derecho a los acreedores a reclamar los daños y perjuicios⁷⁵.

V. Sociedad con herederos menores

El artículo 28º de la LGS invita a los representantes de los herederos menores de edad, incapaces o con capacidad restringida que resulten sucesores, en una sociedad constituida con bienes sometidos a indivisión forzosa hereditaria, a constituir o integrar una sociedad donde estos tengan responsabilidad limitada.

Más allá del imperativo legal, entendemos que el precepto contiene una obligación de hacer que habría de instrumentarse en un preliminar de contrato de sociedad que, a posteriori, debería ser sometida a la aprobación u homologación del Juez del Sucesorio.

VI. Debentures convertibles en acciones

Los *debentures* convertibles en acciones⁷⁶ contienen, en sí mismos, un contrato de opción (previsto en el artículo 996 del Código Civil y Comercial de la Nación) conferida en favor de los acreedores o debenturistas y, a su vez, contienen un pacto de preferencia en favor de los accionistas⁷⁷.

V. El *due diligence* y las cartas de intención

El *due diligence* (diligencia debida) es un proceso exhaustivo de investigación que realizan sobre una empresa las personas que aspiran adquirir una participación social o paquete accionario.

El término *due diligence* ha sido desarrollado y definido por la práctica financiera y judicial, aunque utilizado en el derecho mercantil y –específicamente- societario, se refiere a la investigación que se lleva adelante a los fines de identificar los principales riesgos derivados de la organización y fun-

⁷⁴ Art. 995 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

⁷⁵ Art. 777 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

⁷⁶ Art. 334 de la LGS.

⁷⁷ Artículos 997 del Código Civil y Comercial de la Nación y artículo 334 inc. 1) de la LGS.

cionamiento de la futura sociedad a integrar. Además, constituye una defensa idónea de los adquirentes frente a eventuales reclamos de los cedentes o acreedores del sujeto de derecho.

Entendemos que el *due diligence* desemboca en una tratativa contractual, instrumentada mediante la carta intención normada por el Artículo 993 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Independientemente del carácter no vinculante que reviste la carta de intención, bajo el formato precontractual reconocido de manera autónoma por la nueva Codificación unificada, sostenemos que su celebración y ejecución genera para sus partes una serie de compromisos jurídicamente vinculantes, que puntualizamos a continuación.

Es indudable, en primer lugar, que genera la obligación de negociar al amparo del principio de la buena fe.

Como lo ha señalado la doctrina, la directriz de la “buena fe” constituye una regla de conducta cuyo desconocimiento puede derivar en un “incumplimiento contractual”, y se erige en un parámetro de conducta que tiene carácter recíproco, señalando los confines exactos de cuanto resulta exigible a cada una de las partes en las fases formativa y ejecutiva del convenio concertado. Concluyendo en afirmar que la buena fe es un arquetipo o modelo de conducta social, que se proyecta al ámbito contractual, imponiendo lealtad en los tratos y proceder honesto, esmerado y diligente, fidelidad a la palabra dada, y respeto a la confianza suscitada entre contratantes honestos y probos.

Asimismo, y atendiendo a que, como lo ha señalado la doctrina, en el nuevo Código el legislador se ha pronunciado inequívocamente acerca de las funciones del derecho de daños, y ha establecido que ellas son, exclusivamente, la prevención y la reparación, las partes negociantes o precontractantes que hubieran celebrado este formato de documento, deberán adecuar su obrar al deber general de no dañar; como también, adoptar de buena y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; o bien, no agravar el daño, si ya se hubiera producido.

En el contexto que analizamos, las partes precontractantes que protagonizan un proceso de negociaciones precontractuales al amparo de las previsiones de una carta de intención, deberían obrar en forma diligente y de buena fe a los fines de prevenir o evitar cualquier tipo de daño patrimonial que podría ser causado como resultado de un abandono, ruptura o terminación anormal de tales tratativas.

Otra obligación a ser observada por las partes de una carta de intención, consistiría en no abandonar o salir de las negociaciones o tratativas que se hubieran entablado como resultado de su instrumentación, en los casos en que tal ruptura o abandono no hubiera sido respaldada por una justa causa, y

siendo debidamente comunicada a la contraparte con una razonable antelación, haber conducido a frustrar la razonable expectativa o creencia sobre la otra parte en concluir el contrato definitivo, ocasionándole con ello un daño susceptible de ser resarcido, en la medida que se reúnan los presupuestos de atribución de responsabilidad civil.

VI. Conclusión

Más allá de la plurilateralidad y organización, que constituyen ejes y pilares de la naturaleza jurídica del contrato constitutivo de sociedad, existe una considerable variedad de relaciones entre los socios que los coloca, previo a la constitución de la sociedad y merced a las tratativas contractuales o contratos preliminares, en posición de partes con intereses contrapuestos en lo que hemos denominado un “nuevo paradigma”.