

TIPICIDAD Y LA REFORMA. LA SOCIEDAD SIMPLE Y LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

EFRAÍN HUGO RICHARD

SÍNTESIS

Es alabable en la reforma propuesta la regulación de la personalidad jurídica y la ampliación de tipos de sociedades para la autonomía de la voluntad en las relaciones de organización.

Es criticable el riesgo que un contrato asociativo no típico, que no es "persona jurídica", pueda ser calificado como tal por la apreciación de un Juez, a través de la discutible regulación de la "sociedad simple" como figura residual aplicable a relaciones de hecho.

1. INTRODUCCIÓN

En cuanto a sociedades la reforma incorpora un nuevo tipo: la sociedad simple lo que consideramos positivo para la organización de las relaciones en común.

Correlativamente no consideramos positivo que esa sociedad sea entendida como residual para aplicar a supuestos de hecho, o a abarcar relaciones asociativas contractuales, en afectación a la seguri-

dad jurídica y alterando –al personificar una relación– los derechos de terceros, al preterir a los acreedores individuales de los supuestos socios a los acreedores “sociales”.

Nuevamente se usa la técnica de personificar como “sociedad” para sancionar apariencias, cuando la técnica debería ser la de responsabilidad al que actúa como si fuera dueño o socio de un negocio.

2. EFECTOS DE LA CONCEPCION DE SOCIEDAD. AMPLIACIÓN DE TIPOS

Las reformas intentadas al sistema societario (directa o indirectamente) vienen en ratificar la concepción de la amplia autonomía de voluntad para perfilar contratos asociativos.

Ello ratifica el criterio del Codificador. En épocas en que el análisis de un sistema de los contratos asociativos no se había iniciado, ni se había ahondado en el concepto amplio o estricto de “sociedad”, Vélez Sársfield fue contundente en no limitar la autonomía de la voluntad en la formalización de formas atípicas de relaciones asociativas, de colaboración o participativas.

Pero para evitar que esos contratos no sean desnaturalizados por una apreciación judicial, frente a la acción de un tercero o de un partícipe, considerándolos sociedad, es importante estar al concepto de sociedad.

La concepción que se formalice sobre sociedad (sentido amplio o estricto) delimita efectos legales concretos:

- a) el alcance de los límites de las participaciones en otras sociedades (límite cuantitativo del agrupamiento de segundo grado),
- b) el alcance del art. 30 LS. que fija límites cualitativos a las participaciones, prohibiendo que las sociedades por acciones pueden participar en otras sociedades que no sean por acciones. Concretamente si las sociedades por acciones pueden participar en negocios en participación.
- c) La coherencia es también fundamental para interpretar la responsabilidad del socio oculto. En la sociedad accidental en nada modifica la responsabilidad del socio partícipe la prueba de su existencia.
- d) el riesgo de atribuir la calidad de sociedad de hecho (o simple en la reforma del 98 a un mero contrato asociativo, con la modificación de efectos consiguientes.

3. LA PRESUNCION DE EXISTENCIA DE SOCIEDAD.

Vélez y Acevedo en el art. 401 expresaban "Se presume que existe o ha existido sociedad siempre que alguien ejercite actos propios de sociedad, y que regularmente no hay costumbre de practicar, sin que la sociedad exista", enumeran una serie de actos que hacen suponer la negociación promiscua o a nombre colectivo. Imponen la responsabilidad del socio oculto, que ya hemos visto que se excluye en la asociación en participación. Aquellas presunciones fueron luego recogidas por el ex art. 298 del Código de Comercio.

O sea que ninguna de las reglas de la sociedad son aplicables a la asociación en participación.

No obstante cabe apuntar que el tema se corresponde a la terminología usada en los diversos regímenes normativos, de cada país. Así el Código de Comercio Francés, después de la ley del 24 de junio de 1921 utiliza la expresión "association en participation", pero la ley del año 1966 (art. 419 y ss.) y el Código Civil después de la reforma del año 1978 (art. 1871 y ss.) la refieren como "sociedad",¹ pero la misma doctrina² destaca la diferencia de terminología al determinar que eventualmente la sociedad en participación no tiene personalidad moral.

Es que el tema tiene otro aspecto en ciertas legislaciones: la sociedad no siempre es persona jurídica, y así en Francia ni la sociedad de hecho ni la sociedad en participación son personas morales. La legislación francesa, a partir de la ley del 4 de enero de 1978, siguiendo a la jurisprudencia, ha consagrado la aplicabilidad a las sociedades creadas de hecho las disposiciones de las sociedades en participación (art. 1873 nuevo del C.Civil).³

No altera esa apreciación, si bien la sociedad de hecho no tiene personalidad moral, es aceptable que los "socios" se presenten unificadamente en el procedimiento de "redressement judiciaire".⁴ La situación no implica otorgarles personalidad, sino en forma similar a lo dispuesto por nuestra ley de concursos n° 24.522 que en sus arts. 65

¹ Michel Germain, tomo I 15° Edición del "Traité de Droit Commercial" Georges Ripert - René Roblot, LGDJ, París 1993 pág. 555.

² GERMAIN ob. cit. pág. 560 tomo I, n° 680.

³ GERMAIN ob. y tomo cit. pág. 593 n° 725.

⁴ GERMAIN ob. cit. Tomo II pág. 862 n° 2858.

para los agrupamientos y art. 68 para vínculos de garantías, autorizan la presentación en un único proceso. La razón no es la unidad del sujeto sino la unidad de la situación jurídico-económica, y el bien jurídico que intenta tutelar el sistema concursal.⁵

En conclusión: la regulación de una sociedad simple es coherente con el principio de autonomía de la voluntad, otorgando mayores posibilidades de elección de tipos, con libre configuración interna.

Lo que no parece adecuado es persistir en la limitación de la autonomía contractual, permitiendo que relaciones asociativas puedan ser consideradas societarias y personificadas, con alteración profunda de las relaciones entre acreedores individuales y sociales, además de las relaciones internas de los partícipes, sin entrar a referir los efectos sobre trámites de liquidación.

Frente a terceros la cuestión debe dilucidarse a través de la responsabilidad por la participación o apariencia, sin ingresar en la responsabilidad solidaria o mancomunda de "socios". E internamente debe estarse a lo que las partes hayan pactado, salvo los clásicos remedios a favor debilis, que no necesitan pasar por la personificación de la relación.

4. LOS PROYECTOS DE UNIFICACION ⁶

La autonomía de la voluntad se encuentra ratificada en los Proyectos, y el del año 1998 expresa en el art. 1337 bajo el título LIBERTAD DE CONTENIDOS "Además de poder optar por los tipos que se regulan en las secciones siguientes, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos.

Desde el proyecto Federal de Unificación, se intentó sistematizar los contratos de colaboración empresaria, siguiendo el proyecto de ley de sociedades del 91 (en este único aspecto, pues éste profundizaba la cuestión). El nuevo proyecto (1998), en el Título III, Capítulo XV sobre contratos asociativos, en la Sección Primera art. 1333 regula el "contrato... con comunidad de fines, que no sea sociedad", enfatiza que "No son sujetos de derecho ni se les aplican las normas sobre la

⁵ nto. "El bien jurídico tutelado por la legislación concursal" en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba., año 1979/80 pág. 261.

⁶ Cfr. Nto. "Negocio en común en la Unificación del Derecho Privado: los Contratos de Participación y las Sociedades" en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, n° 1 Vol. I año 1993, nueva serie, pág. 47 y ss..

sociedad”, lo que parece una redundancia, pero no lo es ante el conceptualismo advertido en torno a la “sociedad en participación” y los contratos de colaboración empresaria.

Conforme el principio del art. 1197 del C.Civil “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, y para eliminar el riesgo que un “joint venture” contractual pueda ser considerado “sociedad”, el Proyecto enfatiza en el art. 1335 bajo el título “Exclusión de calificación como sociedad” “La existencia de un contrato asociativo excluye la invocación de sociedad entre sus contratantes”. Continuando con un párrafo cuestionado por la Academia Nacional de Buenos Aires “También la excluye respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual”.

La exclusión de la calificación como sociedad es consecuencia de la asistemática del proyecto que insiste en la creación supletoria de una “sociedad simple”,⁷ inmatriculada, en la que se subsume relaciones de hecho que puedan ser calificadas como sociedad (de hecho civil o comercial), personificándolas. Este sistema de personificar relaciones de hecho que jurisprudencialmente puedan ser calificadas como sociedades, implica una inseguridad jurídica, pues la misma relación puede tener dos calificaciones por parte de la jurisprudencia. Esas relaciones de hecho deberían tener, como en el sistema francés, el tratamiento del negocio en participación, sin perjuicio de poder autorizar una presentación concursal conjunta.

Siguiendo la estructura sistemática que venimos preconizando, el Proyecto incorpora como secciones siguientes, al negocio en participación, las agrupaciones de colaboración y la unión transitoria, como los contratos asociativos no inscriptos. La Sección segunda referida al “Negocio en participación” o sea la sociedad accidental o en participación hoy regulada por el art. 361 y ss. de la ley de sociedades. El proyecto elimina la referencia que contiene hoy la ley de sociedades en su art. 366 sobre normas supletorias, con remisión a las de la “sociedad colectiva”.

Es un buen regreso a Vélez Sársfield, que sin perjuicio del desliz (aceptable en esa época) de nominar como sociedad al negocio en participación, sobre que pesa la crítica de Segovia.⁸ El Proyecto en el

⁷ Ver nto. “Organización asociativa”, Ed. Zavalía, Buenos Aires 1996, cap. VI, pag- 265 y ss..y pág. 155.

⁸ Sobre el punto puede verse nto. *Los contratos de colaboración en los tiempos de Vélez*

art. 1341 readquiere la estructura del art. 452 del Código de Comercio de Vélez y Acevedo, que es abandonada en la ley de sociedades de 1972 que, aumentando la confusión genera la remisión a las normas supletorias indicadas.

Subrayamos que las normas sobre socio oculto, no son aplicables en ningún supuesto al partícipe de la mal llamada sociedad accidental o en participación. Vélez y Acevedo en el art. 402 determinaron la responsabilidad del socio que no siéndolo presta su nombre, y regularon la responsabilidad de los socios ocultos en el art. 401 donde se determina las presunciones de la existencia de una sociedad (de hecho) que importan sin duda la apreciación de sociedad en sentido estricto. El sistema se mantuvo en el art. 298 del Código de Comercio en la reforma del año 1891, y fue alterado por el art. 34 de la ley de sociedades que ya no se vincula a aquellas presunciones derogadas. La responsabilidad del socio oculto sólo es entendible en las sociedades irregulares o de hecho, o en las sociedades personalistas, pero nunca en una sociedad de capital, salvo que esa responsabilidad se genere por otro factor de atribución: el control abusivo.

La delimitación de lo que es sociedad o mero contrato asociativo, participativo, de coordinación, y/o de colaboración, es útil en nuestro derecho para facilitar la hoy restringida acción de las llamadas relaciones de "join venture contractual". Lamentablemente de un pre-concepto sobre la participación de la sociedad de capital en una sociedad de persona (art. 30 LS), se amplió la supuesta incapacidad (prohibición) a la sociedad accidental o en participación, al no distinguir la diferencia entre el concepto amplio y estricto de sociedad, que es el aceptado por nuestra legislación (arts. 1º, 2º y concordantes LS y arts. 33, 1648 Código Civil). No ingresamos a la descalificación de aquella prohibición contenida en el art. 30 LS,⁹ bastándonos determinar el carácter restrictivo con el que debe interpretarse toda prohibición o incapacidad, que —como se ha señalado— "created many unnecessary difficulties to all business activities".¹⁰

Sársfield en tomo IV pág. 115 y ss. del Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2000.

⁹ Giovanni E. Colombo "La partecipazione di società di capitali ad una società di persone" en *Rivista dele Società*, año 43, 1998 pág. 1513 y ss.

¹⁰ Daniel G. Castro Viera "Business Association in Argentina. A critique of de Status Quo and Prospects for the future" pág. 189 y ss., en particular p. 190 en "Report of the 1995 COLLOQUIUM de la International Association Of. Legal Science, publicación de la Universidad Argentina de la Empresa, Buenos Aires 1999.

Una necesaria "economía del derecho" aconseja sistematizar mejor las normas, enfatizando la autonomía de la voluntad y limitando sólo aquello que afecte el orden público interno. No hemos avanzado mucho en ese aspecto desde la concepción de Vélez Sársfield y, en muchos casos, hemos generado normas que no han contribuido al desarrollo ni se justifican en ninguna concepción del orden público.

5. EN CONCLUSIÓN

Alabable la ampliación de tipos para la autonomía de la voluntad en las relaciones de organización.

Criticable el riesgo en el nuevo Proyecto que algo que no es "persona jurídica" pueda ser calificado como tal por la apreciación de un Juez, a través de la discutible regulación de la "sociedad simple".

El punto central de la autonomía de la voluntad es no afectar a terceros, y ello es adecuadamente cubierto por la responsabilidad por apariencia, no siendo necesaria la personificación de la relación. Y justamente el elemento responsabilidad, que hoy es solidario en esos supuestos por la teoría de la sociedad de hecho, se desdibuja a través de la responsabilidad mancomunada prevista para los socios de la sociedad residual.

La cuestión debió ser resuelta en el ámbito de la responsabilidad frente a terceros, limitando el reconocimiento de personalidad a supuestos indubitables por registración, publicación o manifestación en instrumentos públicos.