

EL NUEVO REGIMEN SOCIETARIO ARGENTINO DEBE PERMITIR LA LIBERTAD ASOCIATIVA RESPETANDO LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Walter Rubén Ton

Sumario

Nuestro régimen societario debe permitir la libertad asociativa y respetar la autonomía de la voluntad en la contratación que se efectúe. Si los partícipes han querido hacer un contrato asociativo para determinados fines, no podemos calificarlo de sociedad y menos aun de sociedad de hecho por las responsabilidades que en dicha contratación las partes asumirían.

El proyecto de reforma de la ley de sociedades del año 2005, basado en el anteproyecto del año 2.003 introducía importantes reformas en referencia a la tipicidad societaria y en especial con la reforma al art. 384 LS.

Posteriormente la aparición de la ley 26.005 creadora de los consorcios de cooperación sigue avanzando en el nuevo paradigma de la libre asociación empresarial.

El régimen legal debe permitir a las empresas realizar contratos asociativos libremente y sin la dura sanción de la responsabilidad solidaria, ilimitada y sin beneficio de excusión.

Por todo ello debe permitirse un régimen de libre contratación para la cooperación horizontal de las empresas sin los riesgos que implica ello en el régimen jurídico argentino actual al poder ser considerada una sociedad de hecho y responder como tal.

Los contratos asociativos

Nuestro régimen societario del año 1972 no preveía la contratación entre empresas para lograr la cooperación horizontal.

El fenómeno de la globalización hizo que los paradigmas fueran cambiando. Las empresas comenzaron a crecer y, no sólo ello, sino a caminar por el orbe, en su expansión debieron recurrir muchas veces a la cooperación vertical a través de los contratos de distribución y a la cooperación horizontal con los contratos asociativos.

Con respecto a los primeros de ellos, si bien no están legislados, en nuestro país en la actualidad fueron desarrollándose con total normalidad.

El problema en este crecimiento comenzó a manifestarse en los contratos de colaboración.

Los empresarios del mundo no podían concurrir a la Argentina a realizar un *joint venture*, porque de este contrato podía surgir la responsabilidad solidaria, ilimitada y no subsidiaria.

Pero el crecimiento de nuestro país requería la realización de contratos de colaboración, por ello en la reforma a la ley de sociedades operada por la ley 22.903 se incorporó un capítulo referido a los contratos de colaboración empresarial y una sección que se refería a las sociedades accidentales o en participación.

¿Cuál era la característica común de estas incorporaciones?

No eran sujetos de derecho, por tanto se evitaría la maldición de la momia, parafraseando al maestro Maffia, que implica la responsabilidad solidaria e ilimitada.

Posteriormente se sancionó la ley 26.005 que creo también un consorcio que expresamente indicó que no era sujeto de derecho.

Nuestro régimen jurídico debe avanzar más aún y permitir la libre contratación no sólo entre empresas, sino también entre individuos, en base a la autonomía de la voluntad. Después ellos decidirán inscribir con las formalidades que se exijan esta asociación o que funcione libremente como un contrato asociativo.

La personalidad de las sociedades irregulares o de hecho

¿Habrá sido un profundo error el que hemos incurrido en darles personalidad jurídica a las sociedades irregulares o de hecho?

Si bien hemos sostenido en otras oportunidades la defensa de la personalidad jurídica de estas sociedades, pero criticado su régimen

de responsabilidad ⁽¹⁾, posteriores reflexiones nos han hecho dudar de tal fenómeno.

Hace poco tiempo en una charla dada por el profesor Hugo Efraín Richard en la Universidad Nacional de Cuyo, mencionó tal hipótesis, y debemos destacar que no ha dejado de seducirnos.

Todos estos inventos sobre los que trabajamos en el afán de eliminar la responsabilidad solidaria de las empresas, quedaría desvirtuada en forma automáticamente si adoptáramos esta tesis.

De todas formas sólo dejemos esta idea como una hipótesis de reflexión, porque en realidad como dijo Junyent Bas en el congreso de sociedades de Tucumán ⁽²⁾ "... la sociedad comercial goza de personalidad por ser un medio técnico concebido por el derecho como una categoría jurídica que la dota de capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones"... "En una palabra, las formas societarias, incluida la inscripción registral, son meramente integratorias o regularizatorias, pero su incumplimiento no impide el nacimiento del ente social, pese el régimen sancionatorio al que se somete su incumplimiento..."

La tipicidad societaria

Nuestro actual régimen societario tiene una muy dura sanción cuando la sociedad no se adapta al tipo es nula, dice su artículo 17.

El proyecto de reforma suavizaba en algo esa sanción. Si no se observaban los tipos societarios sería considerada irregular, pero a los fines comerciales si bien es mejor ser una sociedad irregular que una sociedad nula.

Lo que tenemos que lograr es distinguir claramente cuando se está en presencia de una sociedad en la que hay que guardar todos

(1) Ton, Walter Rubén, Jornadas de Institutos de Derecho Comercial de la República Argentina. Organizado por Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas. Ponencia "Responsabilidad de los socios en la sociedad de hecho" San Rafael 15 y 16 de septiembre de 2005.

(2) Junyent Bas, Francisco IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I San Miguel de Tucumán 22 al 25 de septiembre de 2004, p. 336.

los recaudos, de cuando nos encontramos frente a un contrato de colaboración.

El tema de la responsabilidad es realmente el meollo de la cuestión, que hace que confundamos los conceptos.

Las formas de la contratación empresarial

En el mundo, las empresas que desean realizar un contrato de colaboración con otra, para aportar por ej. Capitales, tecnología o sistemas de comercialización y recibir de la otra parte su radicación en el lugar y conocimiento del mercado local realizan un *joint venture*, que conforme nuestra legislación vigente debiera ser realizado con absoluta libertad contractual conforme los artículo 1.137, 1.197, 1.143 y conc, del Código Civil, pero en nuestro país hay que recurrir a las figuras tipificadas por la ley de sociedades como las ACE, UTE o Consorcios de cooperación, para evitar se considerado una sociedad de hecho.

Creemos que esto es un gran error, que el régimen jurídico debiera admitir la libre contratación, con lo frenos lógicos que indica el plexo legislativo general de nuestro país, pero no sancionando a los contratantes con una responsabilidad adicional que implica la responsabilidad solidaria.

Los emprendimientos comerciales se realizan en muchas oportunidades basados en la confianza, con la agilidad que exige el negocio, en forma transitoria y como participes en muchas oportunidades las PYMES. Estas contrataciones no son compatibles con los altos costos y tiempos que requieren las formalidades de las contrataciones agregadas por nuestra ley a la ley de sociedades, pero muchas veces no hay otra solución para evitar las responsabilidades de los inversores frente a terceros. .

Es un problema grave la aplicación supletoria de las normas societarias a estos contratos.

Los contratos asociativos ¿son una sociedad o un contrato?

Es importante esta discusión sobre el régimen aplicable a estas contrataciones, pero creemos que en este momento no hay dudas de que se trata de un contrato. .

Si los emprendimientos son duraderos en el tiempo y de altas inversiones es lógico que se adopten formas societarias para regular la relación entre los partícipes, pero si se trata de inversiones pasajeras y sin radicaciones definitivas debiera utilizarse el régimen contractual. Las inversiones de capital pueden ser probablemente de la misma cuantía pero generalmente los términos son mucho más breves.

Como dijo Gigena Sasia ⁽³⁾ en el anterior congreso societario, se debe respetar la libertad de iniciativa. El principio de la libertad individual tiene raigambre constitucional (art. 19) y el Código Civil Argentino consagra el principio de la autonomía de la voluntad, sólo la deben limitar los intereses de orden público.

La necesidad de la inscripción en los registros

Situación muy interesante ha creado la ley 26.005 que indica en su artículo segundo que los consorcios de cooperación debidamente inscriptos no son personas jurídicas, ni sociedades, ni sujetos de derecho. Tienen naturaleza contractual, pero sanciona expresamente a aquellos que no han logrado su inscripción en el artículo sexto con los efectos de una sociedad de hecho.

¿Qué ocurrirá -nos preguntamos- con la responsabilidad en el iter constitutivo? Son en origen una persona jurídica, que deja de ser persona jurídica cuando se inscribe en los registros respectivos.

Ninguna referencia al tema tienen la legislación referida a las ACE y UTE, pero también nos preguntamos sin inscripción ¿son sociedades irregulares?, con la responsabilidad de las mismas y por tanto sujetos de derecho y una vez inscripta dejan de ser sujeto de derecho.

Si hubiéramos llamado a las cosas por su nombre y viéramos que todos estos contratos, son contratos y no sociedades, muchas de estas dudas se despejarían.

(3) Gigena Sasia, Carlos H., IX Congreso Argentino de Derecho Societario, V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo I San Miguel de Tucumán 22 al 25 de septiembre de 2004, p. 280.

Conclusión

Nuestro régimen legislativo con referencia a los contratos asociativos debe ser modificado de manera de lograr agilidad para inversiones que así lo requieran y que son tan necesarias en este momento histórico que estamos viviendo.

La seguridad jurídica es indispensable para las inversiones y las inversiones traen desarrollo del país y trabajo para sus hombres, por eso no podemos someter al inversor a la inseguridad y a responsabilidades que no son las que ha querido asumir.

Hay que respetar la autonomía de la voluntad cuando las partes deciden contratar, no hay que considerarlo a la fuerza una sociedad sino respetar que se está realizando un contrato.

Nuestro régimen societario debe permitir la libertad asociativa y respetar la autonomía de la voluntad en la contratación que se efectúe. Si los partícipes han querido hacer un contrato asociativo para determinados fines, no podemos calificarlo de sociedad y menos aun de sociedad de hecho por las responsabilidades que en dicha contratación las partes asumirían.