

NEGOCIOS ASOCIATIVOS Y SU CALIFICACION COMO SOCIEDAD

Javier Ignacio Fernández, Fernando Bordenave y Diego Miguel Bono

Sumario

El principio liminar de nuestro Código Civil de autonomía de la voluntad para la gestación de negocios asociativos atípicos, se ve minado por el peligro de su calificación como sociedad por la doctrina y jurisprudencia. La exorbitación de un negocio asociativo típico, la falta de inscripción, o la gestación de una figura atípica, es señalada por los autores como zonas de riesgo, para la eventual aplicación del régimen de la sociedad irregular o de hecho. Ello implica una estocada al corazón del principio liminar, vigente en materia contractual de la autonomía de la voluntad, como así también al valor seguridad jurídica al que todo ordenamiento jurídico debe aspirar. Nuestro esfuerzo es señalar la improcedencia de la aplicación de dicho régimen a los negocios asociativos, y los elementos dirimientes para que exista sociedad de hecho.

Introducción

El mundo moderno se caracteriza, entre tantas cosas, por el fenómeno de la globalización. Este fenómeno, económico y sociológico, ha empujado a las empresas a buscar las más variadas formas de perfeccionar su competitividad en el mercado, y aprovechar al máximo sus ventajas comparativas, constituyendo ésta la única forma de sobrevivir a dicho fenómeno. Ante esta realidad el moderno derecho comercial debe brindar a los empresarios figuras contractuales abiertas y flexibles que le permitan integrar sus capacidades con otras empresas, para potenciar sus ventajas comparativas, con el objetivo de aunar esfuerzos que le permitan competir de la manera más eficaz.

Somos conscientes de que tales figuras contractuales abiertas y flexibles no existen actualmente en nuestro país, y que la doctrina

cauteladamente ha señalado, en reiteradas oportunidades, el peligro de encarar negocios asociativos atípicos, puesto que existiría el riesgo de ser calificada una determinada relación contractual como sociedad de hecho, con las graves consecuencias jurídicas que ello implicaría.

Esto se viene señalando desde hace más de dos décadas por distinguidísimos autores ⁽¹⁾, quienes han influido con su pensamiento en el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial, que contempla, finalmente, la regulación normativa de los contratos asociativos.

Ahora bien, lo real y cierto es que más de dos décadas han transcurrido y ninguna reforma legislativa se ha plasmado, y los empresarios, que constituyen el verdadero motor de la riqueza de un país, se ven privados de herramientas jurídicas que favorezcan su desarrollo, y que le brinden seguridad jurídica, sustrato necesario para que cualquier inversión pueda ser realizada.

En consecuencia, ante la orfandad de normas, entendemos que la doctrina, en vez de desalentar este tipo de negocios, debe doblegar los esfuerzos en construir parámetros claros y precisos para determinar cuando, excepcionalmente, podría calificarse una relación contractual como sociedad de hecho.

Es así que, en nuestro humilde esfuerzo, procuraremos deslindar ambas figuras, no con el objetivo de esconder realidades, sino de ahuyentar fantasmas, puesto que creemos que tal peligro de calificar a una determinada relación como societaria no existe.

Comenzaremos por señalar que entiende la doctrina especializada en general por contratos asociativos, para señalar luego rasgos característicos de la sociedad de hecho, y formular finalmente conclusiones en relación al tema.

El negocio asociativo y los contratos de colaboración

En primer término, es preciso delimitar la figura a la cual nos referimos. Ello atento que algunos autores dan a la noción de negocios o contratos asociativos una noción más amplia que otros.

(1) Le Pera, Sergio, *Joint venture y sociedad*, Astrea, Bs. As..

Los negocios asociativos son habitualmente caracterizados por la doctrina oponiéndolos a los contratos de cambio. Constituyen una figura contractual que fue estudiada más fondo en el Derecho moderno, con el desarrollo de la sociedad comercial. Así lo señala el Dr. Etcheverry ⁽²⁾ en un trabajo brillante cuya lectura sirvió de disparador a la presente, quien agrega que cuando Vélez escribe los Códigos, la forma asociativa era sinónimo de sociedad, y con ello, todo esfuerzo conjunto destinado a dividir ganancias, era, en esa época, sociedad. Sostiene que dicha postura llega a nuestros días, en los cuales el término sociedad es entendido, como todo negocio conjunto que tenga los caracteres del art. 1° de la Ley de Sociedades Comerciales o los amplios elementos del art. 1648 del Código Civil. Contrariamente, sostiene el autor, que la figura asociativa es mucho mayor, y abarca tanto al contrato de sociedad, como a los negocios parciarios, los de colaboración, las formaciones de grupos y las variantes no onerosas de la organización asociativa. El contrato asociativo resulta un acuerdo de tipo contractual, colectivo y de organización, que da nacimiento a las figuras que se crean a partir de él, integrándolas como el primer paso necesario para darles vida jurídica; pero las estructuras creadas no son abiertas o innominadas, y reciben un fuerte apoyo legal que las coloca en precisa ubicación legal. Nos inclinamos por una noción amplia de negocio asociativo, que recoge, por un lado, los contratos que tienen como resultado la generación de un nuevo sujeto de derecho; como por ejemplo las asociaciones, mutuales, sociedades, cooperativas; y también, incluyendo los llamados contratos de colaboración empresaria, que aunque no generan un sujeto personificante, existe la generación de una organización interna, la creación de un patrimonio, con mayor o menor grado de autonomía destinado a satisfacer el fin de los contratantes.

No obstante ello, no podemos dejar de mencionar, por su trascendencia, la opinión de otros distinguidos autores ⁽³⁾, quienes reservan la expresión de contratos asociativos sólo para aquellos que

(2) Etcheverry, Raúl Aníbal, "Negocios, contratos asociativos y Mercosur", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003-2, p. 370.

(3) Richard, Efraín Hugo, *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Cba., 2000, p. 90.

tiene como efecto la génesis de un nuevo sujeto de derecho. La precisión y la profundidad con la que el autor abordó el tema es notable. Señala que en los contratos de colaboración, como género, por oposición a los de cambio, las partes asumen una función de cooperación para alcanzar el fin que han determinado en el advenimiento del contrato, cuyo fin puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener, una utilidad a conseguir y partir. Dentro de este género de contratos de colaboración, advierte la existencia de contratos sin finalidad común (mandato, agencia concesión); y con finalidad común o autónoma (negocio en participación, colaboración plurilateral o de participación, plurilateral funcional, etc.). A su vez, profundiza el análisis, señalando que estos últimos contratos de colaboración con finalidad común, pueden tener organización (agrupamiento de colaboración, con nombre común, domicilio común, patrimonio en mano común), o no contar con dicha organización (por ej., Negocios en participación). Finalmente, éstos últimos contratos, de colaboración, con finalidad común, con organización, pueden no tener personalidad jurídica (tales como la A.C.E., o la U.T.E.), o, con personalidad determinada por la ley (asociaciones, sociedades, cooperativas). A éstos últimos, Richard les reserva el nombre de contratos asociativos para evitar confusiones por la vinculación, en nuestro derecho, de la personalidad a las relaciones asociativas reconocidas. Son negocios unilaterales, bilaterales, o plurilaterales, que general personalidad, permitiendo una actividad autogestante del nuevo ente (organizada), para desarrollar el objeto (objeto que aparece como la finalidad común en el caso de existir un contrato).

Como dijimos en el comienzo, nos inclinamos por una noción amplia de negocio asociativo, y dentro de esta última clasificación realizada por el Dr. Richard, nos estamos refiriendo a los contratos de colaboración, con finalidad común, con organización, que no generan un nuevo sujeto de derecho. Ello también, por cuanto respecto de aquellos que generan un sujeto de derecho no existe duda alguna, rige el principio de tipicidad, y debe adoptarse uno de los tipos previstos por la ley.

La situación controvertida se genera respecto de contratos de colaboración, donde existe una finalidad común a alcanzar entre los partícipes del negocio, y una organización, donde los contratantes han previsto una forma de expresión de la voluntad colectiva, y subyace también una organización económica, o un patrimonio afectado a la obtención del fin.

En estos contratos que tienen tipicidad legal, como las U.T.E., las A.C.E., y los modernos Consorcios de Exportación, el legislador estableció correctamente que no generan un nuevo sujeto de derechos. La hipótesis de conflicto se plantea cuando el contrato se exorbita, cuando las partes no cumplen con el requisito de inscripción en el Registro Público de Comercio, o se incurre en atipicidad. No creemos que necesariamente deba aplicarse en estos casos el régimen sancionatorio de la sociedad de hecho. El tema guarda íntima relación con los sistemas para conceder personalidad jurídica, y con el concepto actual de sociedad en nuestro ordenamiento.

Llegamos así al que creemos es uno de los puntos centrales de la cuestión: determinar cuando existe sociedad de hecho, porque de otra manera, no debería aplicarse a una relación de tipo contractual, las normas societarias.

La sociedad de hecho

Nuestro objetivo aquí es señalar cuáles son los elementos que deben existir para considerar si ante determinada hipótesis fáctica, existe o no sociedad de hecho. En un reciente trabajo ⁽⁴⁾, el Dr. Efraín Hugo Richard ha señalado los elementos caracterizantes de la sociedad de hecho, describiendo los siguientes:

Actividad u origen negocial común: los contratantes (socios) actúan solidarizados, colegiadamente, donde los intereses personales se unen generando la noción funcional de interés o actividad común. Los intereses de los socios pueden ser diversos, en cuanto reflejo de sus fines individuales, pero coinciden, en el sentido que la satisfacción de uno deriva de verificarse de hecho que es el presupuesto de la satisfacción de los otros intereses. Existe solidaridad de intereses de los socios durante la ejecución del contrato, aunque en el momento inicial de celebración del contrato, o en el final de reparto de beneficios se manifiesten antitéticos. Dicho interés común se ve reflejado en los aportes individuales de los socios para la realización del objeto social,

(4) Richard, Efraín Hugo, *Sociedad de hecho o accidental. El concepto de sociedad*, publicado en: <http://www.acader.unc.edu.ar>.

el cual ciñe la actividad a desarrollar en común, para la ulterior realización del fin común.

Durabilidad de la actividad: Dicha actividad debe tener cierta vocación de permanencia en el tiempo, como regla general, y no tender a ser efímera o transitoria.

Actuación o gestión colectiva: Es decir, la deliberada actuación negocial unitaria en interés de una pluralidad de sujetos, donde existe pérdida de autonomía del socio individual en el ámbito de los asuntos de carácter común. Es decir actuación a nombre colectivo, o sea imputable a un sujeto distinto de las personas que lo integran.

Manifestación externa de dicha actividad: Deben aportarse elementos de persuasión que evidencien la exteriorización, a través de hechos concretos de la investidura con que el ente ha sido dotado, es decir, debe dicha entidad encontrar respaldo en el mundo de los hechos y que no permita generar en el intérprete duda alguna acerca de su existencia como tal. Ejemplificando el poseer número de CUIT, o bien la negociación externa a nombre colectivo, como el uso de un nombre de fantasía seguido del aditamento y cía. En definitiva, que se ejerciten actos propios de un ente personificante.

Fin económico común: El fin de los contratantes, que además de común debe ser económico, es decir, la intención externamente reconocible, evidenciada en dicha contratación, de acoger como propio, en su totalidad, el objetivo fijado por la voluntad acorde de todos sus contratantes. Dicho objetivo o finalidad puede subdividirse en dos aspectos o facetas a alcanzar, uno estructural, es decir la intención de organizarse en un ente personificado para la organización de su empresa común; y el otro funcional, el cual es el objeto que ciñe la actividad a desarrollar en común. Asimismo, dicho fin debe tender a la obtención de ganancias y soportación de pérdidas, mediante la producción e intercambio de bienes y servicios, es decir poseer carácter netamente económico y no fines meramente altruistas o de beneficencia, etc..

Organización o forma organizada: Es decir la creación de una estructura, aunque sea mínima, a través de la cual se coordinan los intereses de los contratantes partícipes, configurándose en ciertos supuestos como un centro de producción e imputación jurídicos. Aquel contrato en virtud del cual las partes estipulan un acuerdo, ya sea para imponer aportes para cumplir funcionalmente con el fin común, la organización económica como empresa de esa actividad funcional,

o la adopción de una organización legal que genere una imputación unificada de derechos y obligaciones.

Patrimonio común o autónomo: Es decir, la generación de un patrimonio social distinto del patrimonio individual de cada contratante, por medio de las aportaciones individuales de los socios, ya sea en cosas, dinero o actividad personal, que se concentran o fusionan y asumen un significado económico unitario, como nuevo centro imputativo.

Reconocimiento legal de personalidad: Como consecuencia de lo anterior debe existir un expreso reconocimiento legal de personalidad otorgada por el derecho vigente, que permita a su vez considerarla como centro imputativo de derechos y deberes distinto de las personas que la integran y pasible por de dar origen a las responsabilidades consiguientes.

Conclusiones

En primer lugar, queremos destacar el carácter excepcional de la calificación como sociedad de hecho de un determinado negocio asociativo.

En efecto, sólo debería considerarse como tal, aquella relación que reúna *en forma acumulativa* la totalidad de los caracteres enunciados *supra*, a los que hace referencia con meridiana claridad el Dr. Richard.

A su vez, creemos que del género a la especie (negocios asociativos a sociedad), el elemento central, o el plus, para detectar la existencia de sociedad es la forma de actuación de los socios. El rasgo societario aparece en la actuación de los socios a nombre colectivo, existe una exteriorización de la actividad en nombre del sujeto sociedad. Tal como dice Richard: "*Es la actuación o gestión colectiva, en interés común y a nombre colectivo*"⁽⁵⁾.

Esa exteriorización debe ser indubitable y empíricamente comprobable, como por ejemplo la obtención del CUIT, el uso de un nombre de fantasía.

(5) Richard, Efraín Hugo, *Sociedad de hecho o accidental...* cit..

Esa exteriorización se manifiesta también en la forma de vinculación frente a terceros. Habiendo adoptado los partícipes del negocio una representación convencional, mediante la cual, las consecuencias jurídicas de los actos celebrados por el representante se imputan directamente a su patrimonio, es improcedente, so pretexto de una responsabilidad solidaria, pretender la imputación de esas relaciones jurídicas a un sujeto distinto, sociedad, deviniendo los partícipes en socios solidaria, directa, e ilimitadamente responsable por el pasivo social.

Por ende, habrá de estarse a los términos de dicha representación convencional, para determinar si su responsabilidad será simplemente mancomunada o solidaria, respetando tales circunstancias, fijadas de común acuerdo por las partes del negocio en cuestión.

Asimismo, esa actividad debe ser reveladora de la intención de los sujetos de dar nacimiento a un sujeto distinto, debe existir en los partícipes la voluntad de escoger este medio especializado "sociedad" para alcanzar el fin común propuesto.

El mismo razonamiento cabe efectuar para descartar, ante la presencia de un contrato de U.T.E., en el cual los socios, pasando por alto el carácter de transitoriedad, decidan emprender un nuevo negocio sin renovar el contrato. La reiteración del negocio, no puede llevarnos a la conclusión de que entre los partícipes existe una relación societaria.

La obligatoriedad de inscripción en el Registro Público de Comercio de los contratos de A.C.E. y U.T.E. ha llevado a sostener a un autor ⁽⁶⁾, que se aplica subsidiariamente el régimen societario, y en consecuencia al contrato de colaboración no inscripto se le aplica el régimen de las sociedades irregulares o de hecho. A tenor de lo expresado, tal proposición no es procedente. Primero, porque tal régimen de irregularidad ha sido previsto para sociedades, no para contratos. El principio de tipicidad funciona para las sociedades, ha sido previsto en el art. 1° de la ley 19.550. Dicho principio no puede ser extendido a los contratos porque es contrario al principio de libertad contractual. Eventualmente, las consecuencias serán que las cláusulas del contrato,

(6) Otaegui, J.C., De los contratos..., p. 200, citado por Zaldívar, Enrique; Manóvil, Rafael y Ragazzi, Guillermo, en *Contratos de colaboración empresarial*, Abeledo-Perrot, Bs. As., p. 187.

serán inoponibles a terceros contratantes, cayendo en responsabilidad solidaria, pero el contrato mantiene vigencia entre las partes, y no pierde vigencia la subsidiariedad a favor de los partícipes.

Siguiendo este razonamiento, resulta criticable la sanción por la falta de inscripción del contrato de Consorcio de Cooperación. En el art. 2º de la ley 26.005 se establece claramente que dicha figura tiene una naturaleza “contractual”, pero luego, en el art. 6º la norma establece: “Si los contratos no se registraren, el consorcio tendrá los efectos de una sociedad de hecho”. Aquí, el legislador ha confundido las cosas. O bien es considerado sociedad, o es contrato. Si es contrato, su falta de inscripción no puede tener como efecto el régimen previsto para sociedades irregulares o de hecho, lo que implica a su vez el menosprecio del contrato en sí, lo cual lo convierte en inoponible entre las partes y frente a terceros (entre otras funestas consecuencias jurídicas por todos conocidas).

A modo de cierre, entendemos que deben revalorizarse los principios de nuestro Código Civil en materia de autonomía de la voluntad para la generación de este tipo de contratos, y no contribuyen a ello soluciones legislativas como la comentada, ni señalar como posible la aplicación del régimen de la sociedad de hecho o irregular para relaciones contractuales, cuando ello conforme las consideraciones efectuadas, sólo ocurriría en circunstancias muy excepcionales.