

Requiem a la tipicidad Societaria

C. Ramiro Salvochea

I. Sumario

La reciente reforma al régimen societario formulada por La Ley 26.994, al sancionar el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación determina un profundo cambio de paradigma en nuestro sistema de regulación de las organizaciones que ha pasado desapercibido. La tesis contenida en este trabajo es que dicho cambio llega al punto de determinar la desaparición del principio de tipicidad, por lo menos como lo conocíamos hasta ahora. En efecto, las modificaciones introducidas en el régimen de nulidades societarias de La Ley General de Sociedades, sumados al principio de libertad de contenidos expuesto por el Artículo 1446 del Código, ponen en cabeza del empresario la decisión de “crear” una persona jurídica, o una estructura asociativa de tipo contractual, dotándolo de una amplia libertad en la delineación de los parámetros para dicha organización.

Los “tipos” societarios, en definitiva, sólo se mantienen como las únicas figuras societarias dotadas de oponibilidad “erga omnes”, y beneficiadas con el beneficio -con mayor o menor extensión- de la “limitación de la responsabilidad” de los socios frente a las deudas sociales.

II. La Tipicidad Societaria. Su Evolución Declinante

II.1. El Origen de la Tipicidad

La “tipicidad” se refiere, en general, a una delimitación conceptual de un instituto jurídico a través de la descripción de sus elementos esenciales y necesarios. Se trata de una operación de descarte que, al definir un elemento, lo distingue de todos los demás. Esta actividad se vincula a la de clasificación, esencial al estudio de la ciencia del derecho. Lo que se persigue es adoptar un criterio que ayude a comprender y a explicar la parcela de la realidad que es

objeto de estudio. Para eso, deberá partir de ciertos patrones teóricos que son tomados justamente para permitir un agrupamiento de hechos, cosas o datos bajo ellos. Estas son las denominadas categorías.³⁴

Ricardo Luis Lorenzetti aclara que los “tipos” (en general) tendrían las siguientes funciones: a) facilitadora, por la cual representan una “experiencia social consolidada”, sirviendo así para aclarar de modo supletorio situaciones parecidas; b) delimitativa, por la cual se impide a los particulares un apartamiento injustificado de la matriz normativa en ciertos sectores específicos; c) de programación, según la cual es posible percibir a través del tipo legal “las clases de finalidades que el Derecho considera susceptibles de protección”, permitiendo a todos tener en cuenta cuales son los valores más queridos por La Ley cuando fueran a redactar sus propios contratos.³⁵

Para gozar de la “calidad típica”, la conducta debe adecuarse a la descripción legal. Por eso, como expresa Etcheverry, el derecho societario establece tipos de sociedades, que son “sistemas, estructuras o esquemas jurídicos que pretenden circunscribir las posibilidades de operar en el ámbito económico, creando una universalidad sobre la cual se imputarán las relaciones jurídicas que el grupo humano así organizado establezca”.

En esta línea, Zaldivar y otros explican que la tipicidad societaria es el ajuste de la estructura de la forma, a cualquiera de las especies reglamentadas por la legislación societaria.³⁶ La tipicidad es un presupuesto de nuestra legislación que implica la necesidad de la sociedad comercial argentina de ajustarse a una de las formas reglamentadas en La Ley.³⁷ Como lo expresa el profesor español, Cándido Paz-Ares, “el contrapunto del principio de elección del tipo es el principio de imposición de la forma”.³⁸ El empresario debe necesariamente recurrir a la organización del ente asociativo a través de uno de los tipos regulados expresamente por La Ley: sociedad colectiva (125),

34 CÁMARA CARRÁ, Bruno Leonardo, “Apuntes para la Clasificación de los Contratos en Típicos, Atípicos y Mixtos”, Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” - Año II, Número 3, Primavera 2008.

35 LORENZETTI, Ricardo Luis, “Tratado de los Contratos”, Parte General, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 229.

36 ZALDÍVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael, RAGAZZI, Guillermo, ROVIRA, Alfredo y SAN MILLÁN, Carlos, “Cuadernos de Derecho Societario”, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 25.

37 VERÓN, A. Víctor, “Ley de Sociedades Comerciales”, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 8.

38 PAZ-ARES, Cándido, “La Sociedad Mercantil. Mercantilidad e Irregularidad”, en “Curso de Derecho Mercantil”, dirigido por Rodrigo Uria y Aurelio Menéndez, t. I, Segunda Edición, Thomson. Civitas, Madrid, 2006, p. 548

sociedad de capital e industria (141), sociedad en comandita simple (134), sociedad de responsabilidad limitada (146), sociedad anónima (163), sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (art. 308), sociedad en comandita por acciones (315) y la sociedad de economía mixta (372).

En el Código de Comercio de 1859/62 no se establecía de manera explícita en la sección dirigida a la regulación de las Sociedades Comerciales (Libro Segundo, Título Tercero “De las Compañías o Sociedades”), la exigencia de la tipicidad societaria. En efecto, y como lo enseña Marsili, en el Código de Comercio no existía una imperatividad relativa a la adopción de algún tipo societario específico para la constitución de sociedades. Tampoco existía un régimen de nulidad para los supuestos de atipicidad. Sin embargo, de la misma técnica legislativa del Código surgía la necesaria adopción de una estructura típica de entre las allí reguladas³⁹. Aún ante esta falta de imperatividad explícita en materia de tipicidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia habían construido y sostenían mayoritariamente la existencia de dicha noción. El fundamento -desde siempre- se hallaba en la necesidad de dar seguridad al comercio⁴⁰.

Es en el anteproyecto de Ley General de Sociedades dispuesto por el decreto 9311/58 y redactado por los Dres. Carlos C. Malagarriga y Enrique A.C. Aztiria que se plantea un régimen expreso de tipicidad obligatoria para las sociedades. La tipicidad surgía de su Artículo 2º, cuya letra expresaba “no puede constituirse una sociedad sujeta a las disposiciones de este título más que adoptando uno cualquiera de los tipos previstos en el Capítulo II del mismo”.

Sentadas las bases del principio de tipicidad en el Anteproyecto mencionado, el mismo encontró plena consagración en La Ley de Sociedades Comerciales, sancionada por La Ley 19.550 en el año 1972. En efecto, esta norma impuso la “forma organizada de acuerdo a uno de los tipos” para las sociedades allí organizadas. Es en esta norma que el “principio de tipicidad” se perfila como protagonista principal de la estructura societaria a través de la forma extrínseca legal, adoptada por La Ley con “fiereza”, que se expresa en múltiples Artículos, entre los que se puede mencionar al 1, 3, 11, 17, 20, 21, 22, 23, 2936, 38, 45, 56, 62, 64, 70, 74, 75, 77, 78, 80, 83, 84, 88, 95, 101, 105, 106, 107, 119, 120, 121 y 139.⁴¹

³⁹ MARSILI, María Celia, “Sociedades Comerciales. El Problema de la Tipicidad”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003. p. 36.

⁴⁰ GARCÍA TEJERA, Norberto J., “Concepto de Sociedad en el Derecho Moderno”, en V Congreso de Derecho Societario y I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, Córdoba. 1972, p. 239.

⁴¹ MARSILI, María Celia, “Sociedades Comerciales. El Problema de la Tipicidad”, op. cit, p. 45.

II.2. Tipicidad de Primer y Segundo Grado

Dentro del esquema de La Ley, es posible distinguir una tipicidad de “primer grado” -es decir, aquella que determina la existencia de un ente societario-, de una tipicidad de “segundo grado”, que se refiere propiamente al tipo societario adoptado (v.g. “sociedad colectiva”, “sociedad anónima”, etc.).

En esta línea, Richard y Muiño distinguen la tipología societaria (tipicidad de primer grado), que encuentran como correspondiendo a la figura jurídica “sociedad” y que reviste modalidades diferenciales de otros negocios, de las notas características de cada forma de sociedad (tipicidad de segundo grado).⁴² De forma similar, para Etcheverry la existencia de una “sociedad” (tipicidad de primer grado), depende de la existencia de los siguientes elementos: a) la pluralidad de miembros, capaces de contratar; b) aportes para la formación de un fondo común, dotado de autonomía; c) fin de obtener una ganancia apreciable en dinero, a través de un objeto; d) el pacto de reparto de ganancias y de pérdidas, que comprenda a todos los socios; e) la organización de una estructura operativa común o colectiva, con ciertas reglas de actuación y control recíproco.⁴³

En cuanto a la tipicidad (“de segundo grado”) adoptada por La Ley 19.550, consistente en la adecuación contractual a uno de los distintos esquema normativos preestablecidos por La Ley (de segundo grado), fue considerada un principio de orden público, y por tanto, indisponible para las partes.⁴⁴

La vinculación de la tipicidad al orden público partía de su funcionalidad. En efecto, la existencia de “tipos” societarios cerrados buscaba proporcionar a los particulares una plataforma normativa predeterminada, fácilmente reconocible por los terceros. Esta predeterminación de la forma contenía una serie de preceptos predefinidos en materia de funcionamiento orgánico interno, responsabilidad y representación, que hacían más previsible y seguro para el tercero contratante vincularse con la sociedad. Sin embargo, el “precio” de este beneficio era una pérdida importante de libertad. Ya se ha dicho que el principio de tipicidad en materia societaria aparece como una excepción al de autonomía de la voluntad, que se ve justificada porque la sociedad vincula, no solamente a las partes, sino también a terceros. Sin embargo, el recurso a

⁴² RICHARD, Efraín H. y MUIÑO, Orlando M., “Derecho Societario”, Astrea, 1999, p. 49.

⁴³ ETCHEVERRY, Raúl A., “Derecho Comercial y Económico. Formas Jurídicas de la Organización de la Empresa”, Astrea, Buenos Aires, 1995. p. 150.

⁴⁴ NISSEN, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales”, t. I, Editorial Ábaco, 1993, p. 38.

un sistema de “*numerus clausus*” y de imposición de forma no implicaba una desaparición de la libertad contractual, sino un cambio en su funcionalidad. En palabras de Paz-Ares, comentando el sistema español -que es similar al nuestro- en este esquema la autonomía privada no opera por fuera de los tipos legales, sino por dentro, y por ello no se presenta como una “libertad de invención”, sino como una “libertad de configuración”.⁴⁵

II.3. Tipicidad e Irregularidad

La situación de “atipicidad” era sancionada con la nulidad absoluta de la sociedad que se apartaba del esquema, solución impuesta por el Artículo 17 de La Ley -hoy derogado-, en cuanto disponía que era nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por La Ley. La norma tachaba de nula la omisión de cualquier requisito esencial no tipificante, situación que hacía anulable el contrato. Dicha nulidad podía subsanarse hasta su impugnación judicial.

Distinto el caso de la “irregularidad”, que subsumía dos diferentes hipótesis: la de las sociedades de hecho, y la de las irregulares. El caso de las sociedades de hecho se correspondía a aquel en el que una pluralidad de sujetos celebraban un contrato asociativo que contenía los elementos que hacen a la tipicidad de primer grado señalada más arriba. Es decir, que existía en el caso, pluralidad, aportes, organización y pacto de reparto de beneficios y pérdidas, pero no existía una explicitación expresa en documento alguno del vínculo fáctico llevado adelante por los participantes. Esto podía darse, en la medida en que estuvieran presentes dichos elementos, aún no existiendo voluntad expresa de los contratantes de integrar una sociedad, o -incluso- en contra de su voluntad de no hacerlo. En cambio, se consideraba irregular aquella sociedad en las que, habiendo celebrado un contrato de sociedad conforme a uno de los tipos previstos en La Ley, las partes no habían recorrido el “*iter constitutivo*” hasta su finalización: no habían presentado el instrumento a inscripción por ante el registro público de comercio del domicilio de la sociedad, o -habiéndolo presentado- no habían concluido el trámite en el mismo, obteniendo así la “regularidad” del ente asociativo.

Las Sociedades Irregulares de Hecho configuraban una figura cargada de inconvenientes: las cláusulas del contrato no podían ser invocadas por las

⁴⁵ PAZ-ARES, Cándido, “La Sociedad Mercantil. Mercantilidad e Irregularidad”, en “Curso de Derecho Mercantil”, dirigido por Rodrigo Uria y Aurelio Menéndez, t. I, Segunda Edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 549

partes frente a los terceros, ni tampoco -siquiera- entre ellas (conf. Art. 23 LGS); el contrato mantenía una fragilidad esencial, ya que cualquiera de las partes podía solicitar la disolución de la sociedad en cualquier momento, resultando inaplicable el régimen de resolución parcial del contrato que preven los Artículo 89 a 93 de La Ley 19.550; los socios eran responsables en forma ilimitada y solidaria frente a los terceros, no pudiendo invocar, tampoco, un beneficio de excusión con relación al patrimonio social (conf. Art. 23 LGS); y además, se negaba a estas sociedades imperfectas la posibilidad de ser titulares de bienes registrales (conf. Art. 26 in fine). Esta solución se morigeró con la sanción de La Ley 22.903, que introdujo el instituto de la “regularización”, por el cual, solicitada la disolución por alguno de los contratantes, los demás podían optar por decidir la regularización de la sociedad, cumpliendo con los requisitos esenciales de forma (con la elección de un tipo), y procediendo a su inscripción en el registro público de comercio (conf. Art. 22 LGS).

A pesar de este marco desfavorable, tanto las sociedades irregulares, como las de hecho, integraban (e integran) una categoría empresarial de indiscutible realidad e importancia en el sistema económico social de nuestro país.⁴⁶ Este fenómeno también es reconocido en el derecho comparado. Además, la existencia de Sociedades Irregulares de Hecho no siempre respondía a la negligencia o dejadez de sus integrantes. Al contrario, muchas veces, derivaba de una decisión consciente de los contratantes.⁴⁷

Ahora bien, aún antes de la vigencia de la propia Ley de Sociedades nº 19.550 (pero no sin una profunda discusión de por medio), ya era admitida la personalidad jurídica de las sociedades irregulares.⁴⁸ Por ello, doctrina y jurisprudencia reconocieron la existencia de un sujeto de derecho separado de sus socios, si bien con una personalidad precaria y limitada. La Ley de Sociedades terminó con esta discusión: en su exposición de motivos dejó, claro y categórico, su reconocimiento de la personalidad de estas sociedades.⁴⁹

46 RADRESA, Emilio, “Sociedades Irregulares”, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 13 y ss.

47 NISSEN, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales”, t. I, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 215 y ss.

48 v.g. ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos. J., “Código de Comercio y Leyes Complementarias”, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1964, p. 314.

49 En efecto, al referirse a la Sección IV del Capítulo I, expresa que: “*De las normas proyectadas resulta, con arreglo a la jurisprudencia y doctrina dominantes, que se reconoce personalidad a estas sociedades. Esta personalidad, no obstante, será precaria y limitada: lo primero porque habrán de disolverse cuando cualquiera de los socios lo requiera (art. 22); lo segundo porque ella no producirá la plenitud de sus efectos normales*”.

En el esquema de la 19.550 -y aún antes de ésta- la existencia de la sociedad como persona separada de sus socios podía ser calificada como un “hecho jurídico”, determinado por la existencia de los elementos necesarios para la existencia de una sociedad, y cuya comercialidad o carácter civil estaba dado por su objeto. Esto implicaba la indiferencia en la existencia del sujeto societario irregular de la intención expresa de las partes en cuanto a constituir el mismo. En efecto, fueron numerosos los reconocimientos de la existencia de sociedades de hecho en estas condiciones. Por ejemplo: se consideró que no habiéndose efectuado la partición sucesoria, existía un condominio que podía calificarse como sociedad de hecho⁵⁰; también, que eran sociedades de hecho aquellas que -aún sin contrato escrito- derivaban su existencia de una empresa en común.⁵¹

Por otra parte, el régimen de La Ley 19.550 no eliminaba la posibilidad de que existieran contratos asociativos no societarios. La reforma de la 22.903 incorporó, incluso, las figuras de las “uniones transitorias de empresas” (UTES) -art 377 a 383 LGS, hoy derogados- y de las “agrupaciones de colaboración empresaria” (ACEs) -art. 367 a 376 hoy derogados-, pero sin excluir la posibilidad de que de la libertad contractual surgieran otras figuras de la imaginación y del acuerdo de los empresarios. Sin embargo, la contratación en estas condiciones estaba amenazada por la eventual calificación de los mismos como sociedades irregulares, e -incluso- atípicas. En efecto, se advertía en esa época que si, por ejemplo, se empleara una unión transitoria de empresas para que sus miembros en común instalaran una fábrica, a la que cada uno aportara capital, y que se utilizara para vender, también en común, sus productos a terceros, se estaría en presencia de una sociedad y no de un contrato de colaboración. Y a falta de cumplimiento de los ritos de regularidad, esa sociedad sería una sociedad irregular, de hecho o, incluso, atípica, con las consecuencias de la aplicación del régimen previsto para las mismas.⁵²

III. Alcance de la Reforma. Derogación del Régimen de Nulidades por Atipicidad. Sociedades “de la Sección IV” de La Ley General de Sociedades

La Ley 26.994 introdujo importantes modificaciones a la -hoy llamada- “Ley General de Sociedades”. Entre las más profundas están aquellas que sus-

⁵⁰ CNCom, Sala C, 5/12/74, ED, 61-585.

⁵¹ CNCom, Sala D, 17/06/77, ED, 74-715.

⁵² ZALDÍVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael y RAGAZZI, Guillermo, “*Contratos de Colaboración Empresaria*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 99.

tituyeron el régimen de nulidad por atipicidad, y de irregularidad (art. 17 y 22 a 26). En este sentido, la reforma construye un esquema normativo totalmente nuevo, desplazando a la tipicidad como parámetro impuesto por el legislador para ordenar el sistema societario, a favor de la certidumbre en materia de responsabilidad, representación, funcionamiento y vínculos con terceros⁵³.

El nuevo Artículo 17 expresa que “Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo”. Esta nueva redacción elimina la nulidad por atipicidad. Las sociedades típicas (las comprendidas en el “Capítulo II” de La Ley) siguen atadas por los límites impuestos por la tipicidad. Sin embargo, la atipicidad en sí misma sólo genera un tratamiento diferenciado: el de la Sección IV, que coincide con el dado en el nuevo régimen a las Sociedades Irregulares de Hecho (hoy “subsanales”, “simples” o “sociedades de la sección IV”).

La Sección IV -anteriormente denominada “De la Sociedad No Constituida Regularmente”-, ahora se titula “De las Sociedades No Constituidas Según los Tipos del Capítulo II y Otros Supuestos”. El Artículo 21 expresa que la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos previstos en La Ley como “regulares”, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por la propia ley, será regida por lo dispuesto en esa sección. Se incluyen, entonces, los siguientes supuestos: a) las sociedades de hecho; b) las sociedades irregulares; y c) las sociedades “atípicas”.

El régimen regulatorio para estas sociedades cambia profundamente con relación a lo que era el régimen de irregularidad anterior. En primer lugar, de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 22, el contrato social puede ser invocado entre los socios, e incluso, es oponible a los terceros si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria. También puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores.

En esta línea, el Artículo 23 expresa redundantemente que las cláusulas relativas a la administración, representación y demás que disponen sobre la organización y gobierno del ente pueden ser invocadas entre los socios. En las relaciones con terceros, cualquiera de los socios representa a la sociedad

⁵³ CURÁ, José María y CARREIRA GONZÁLEZ, Guillermo, “*La tipicidad societaria en el Proyecto de Reforma del Código*”, Sup. Act. 7/8/2014, 1 - Enfoques 2014 (septiembre), 76. AR/DOC/2759/2014.

exhibiendo el contrato, pero la disposición del contrato social le puede ser opuesta si se prueba que los terceros la conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de la relación jurídica.

Una importante novedad está dada también por el anteuúltimo párrafo del Artículo 23, que permite a estas sociedades la adquisición de bienes registrables -cosa que estaba vedada para las sociedades irregulares en el régimen anterior. Para adquirir este tipo de bienes, la sociedad deberá acreditar ante el registro correspondiente su existencia y las facultades de su representante por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios. Este acto debe ser instrumentado en escritura pública o instrumento privado con firma autenticada por escribano. El bien se inscribirá a nombre de la sociedad, debiéndose indicar la proporción en que participan los socios de la sociedad.

Aunque la norma no lo aclara, se sigue lógicamente la necesidad de que la sociedad actualice esta información en caso en que exista algún cambio en el elenco de socios, o de que se modifiquen las proporciones de participación en la misma.

La existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba, según lo dispone el último párrafo del Artículo 23 vigente, lo que deja claro que la misma puede existir aún sin un documento escrito que le de base a la relación.

A diferencia de lo que ocurría en el caso de la regulación anterior, el Artículo 24 de La Ley actual establece la responsabilidad simplemente mancomunada de los socios frente a los terceros, y por partes iguales entre sí. Ello, salvo que la solidaridad o una distinta proporción resulten: a) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones; b) de una estipulación expresa del contrato social, en los términos de lo que expresaba el Artículo 22; o c) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.

El Artículo 25 tiene por título “Subsanación”, y contiene un procedimiento previsto para suplantar a la “Regularización” que contenía la versión anterior de la 19.550. El régimen propuesto permite la “subsanación” de los elementos esenciales omitidos, la modificación de aquellos que sean incompatibles con el tipo elegido, o el cumplimiento de las formalidades faltantes para alcanzar el carácter de regular, a iniciativa de la sociedad o de los socios durante el plazo de duración previsto en el contrato, o -a falta de éste- en cualquier momento. Se produce mediando acuerdo unánime de los socios. A falta de esta, la misma puede ser ordenada judicialmente en procedimiento sumarísimo. La Ley, incluso, le da facultades al juez para suplir la falta de acuerdo de las partes, sin imponer mayor responsabilidad a los socios que no lo consientan. El socio disconforme con la solución podrá ejercer el derecho de receso dentro

de los diez días de quedar firme la decisión judicial pertinente, conforme lo expuesto por el Artículo 92, teniendo derecho a que se le pague una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de adoptar esta solución.

Cualquiera de los socios puede provocar la disolución de la sociedad cuando no media estipulación escrita de plazo de duración, notificando fehacientemente a todos los otros socios de tal decisión. Los efectos de la disolución se producirán de pleno derecho entre los socios a los 90 días de la última notificación. Los socios que deseen permanecer en la sociedad deben pagar a los salientes su parte social. La liquidación se rige por las reglas de la Sección XII de La Ley, y por lo que se haya previsto en el contrato.

Por lo demás, la reforma poco innova en cuanto al esquema de “tipos” contenidos en el Capítulo II de La Ley. Se mantiene el mismo elenco, incluso el de las sociedades de capital e industria, verdaderos dinosaurios jurídicos largamente extinguidos en la práctica. Sí se incorpora la posibilidad de la sociedad anónima “unipersonal”, modificación que permite replantear profundamente la naturaleza del instrumento societario. Por su parte, el Artículo 1º de La Ley General de Sociedades, dispone que la “sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal”, redacción deficiente que deja abierto el interrogante de si la participación de una sociedad unipersonal en otra, puede ser sobreviniente a su creación, aplicando el principio de que lo que no está prohibido, está permitido.

Finalmente, es de destacar que el régimen reformado no contempla a la “sociedad civil”, figura que se fue con el código de Vélez.

IV. Alcance de la Reforma (continuación). Regulación de los “Contratos Asociativos” en el Nuevo Código Civil y Comercial

IV.1. Los “Contratos Asociativos” y la Autonomía de la Voluntad

El código reformado por La Ley 26.994 contempla un régimen de regulación de los “Contratos Asociativos”, que se ubica en el Título IV de los “Contratos en Particular”, y se extiende desde el Artículo 1442 al 1478. La nueva regulación empieza con una sección dedicada a “disposiciones generales”, y luego regula sucesivamente los “Negocios en Participación” - nueva denominación dada a las “sociedades accidentales o en participación”; las “Agrupaciones de Colaboración”, y las “Uniones Transitorias”, respectivamente. El capítulo termina con la inclusión de los “Consortios de Cooperación”, transplantado desde La Ley 26.005, hoy derogada.

La reforma de La Ley 26.994 también modificó el Artículo 30, eliminando las dudas que su redacción anterior presentaban. Su nueva redacción

expresa: “Las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo”.

En el marco de la primera sección del capítulo del Código que regula los “Contratos Asociativos”, se establecen disposiciones generales en materia de estos contratos. Esta novedad del sistema, que no tiene antecedentes previos, incorpora disposiciones de aplicación a todo contrato de colaboración, de organización o participación, con comunidad de fin, que no sean sociedades. En efecto, el art. 1442 del Código dispone que “las disposiciones de éste capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad”. Aclarando, luego, que “a estos contratos no se les aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho”. La comunidad de fin aparece como la causa del negocio. Las partes no tienen intereses contrapuestos. Contratan para perfeccionar su propia actividad, sin perder individualidad. No se genera un nuevo centro de imputación diferenciada patrimonializado, ni con reconocimiento de personalidad jurídica. Conforme a ello la exclusión de normas aplicables. Se excluye también a las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria de la aplicación de estas normas, lo que se corresponde a las diferentes causas de la relación en estas y en los contratos asociativos.⁵⁴

Esta colaboración asociativa, aparece como una herramienta de mayor extensión que sus antecedentes, al eliminarse las limitaciones en cuanto a los sujetos legitimados para utilizarlas. Antes, en efecto, el uso de los mismos se restringía a las “sociedades” y a los “empresarios individuales”, y su objeto se vinculaba con la obtención de “ventajas económicas”. A diferencia de la sociedad, pretende ser un vehículo para la formalización de “joint ventures”, instrumentando una integración parcial y no total, y carente de toda subjetividad jurídica.

Por su naturaleza plurilateral, el Artículo 1443 establece que la nulidad del contrato con respecto a una de las partes, en la medida en que las partes sean más de dos, no produce la nulidad entre las demás. En igual sentido, agrega que el incumplimiento de una parte no excusa el de las otras, eliminando la “exceptio non adimpleti contractus” de estas figuras. La excepción

⁵⁴ RICHARD, Efraín H., “*El Código Civil y Comercial y contratos asociativos. Negocio en participación y agrupamiento de colaboración*”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos en particular, 2015 (abril), 307. AR/DOC/1054/2015

existe cuando la prestación de la parte incumplidora es necesaria para la realización del objeto previsto para el contrato.

Los contratos asociativos no están sujetos como principio general a requisitos puntuales de forma. Así lo dispone el Artículo 1444, que consagra que “los contratos a que se refiere este Capítulo no están sujetos a requisitos de forma”, disposición -ésta- que se integra en juego armónico con el art. 1015 que incorpora el principio genérico de “libertad de formas”⁵⁵. De todos modos, en la regulación de las figuras típicas de esta capítulo aparecen requisitos formales particulares.

El Artículo 1446 recoge el principio de la “libertad de contenidos”, al expresar que “además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos”. Esta amplia libertad se alinea con el principio de la autonomía de la voluntad, y persigue brindar amplias herramientas para una mejor organización de los negocios y prácticas comerciales, en el marco de una realidad económica cada vez más compleja y en continuo desarrollo.

Luego, el Artículo 1445 se refiere a la “actuación en nombre común o de las partes”, y dispone que cuando una parte trate con un tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo, las otras partes no devienen acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación, lo dispuesto en el contrato, o las normas de las Secciones pertinentes. Se genera, así, una representación voluntaria, que configura un “mandato”. No hay representación orgánica, dado que no se trata de sujetos con personalidad jurídica.

Esta amplia libertad da valor al contrato desde su celebración entre las partes. Sin embargo, su oponibilidad a terceros está condicionada a su inscripción, que está prevista para las formas típicas asociativas reguladas en este capítulo del Código. Esto, conforme lo expresa el Artículo 1447 del mismo.

En las secciones siguientes a estas “disposiciones generales” para los contratos asociativos, La Ley reproduce, con algunos cambios la normativa que se encontraba en la Ley 19.550. La 26.994 derogó la sección IX del capítulo II de La Ley 19.550, sobre sociedad accidental o en participación y también derogó el capítulo III sobre los contratos de colaboración empresaria. El criterio ha sido el de “retirar” de La Ley de Sociedades los contratos participativos o asociativos y de colaboración, recogiendo las críticas que había merecido la técnica de La Ley 22.903, al incorporar a la normativa societaria

⁵⁵ El art. 1015 del Código dispone: “Libertad de formas. Sólo son formales los contratos a los cuales La Ley les impone una forma determinada”.

figuras carentes de personalidad jurídica. Los cambios instrumentados en estas figuras típicas son mínimos pero relevantes, pero no es esta la oportunidad de referirnos a los mismos.

V. Sociedad, Contrato Asociativo y Personalidad en el nuevo Régimen Legal del Código Civil y Comercial

V.1. La Muerte del Principio de Tipicidad

Habiendo descripto el nuevo régimen legal, es posible ahora intentar extraer conclusiones de su nueva estructura. Luego de la reforma, el empresario se encuentra con un esquema en el que el desarrollo de negocios cuenta con dos estructuras alternativas viables a su actuación unipersonal:

- La “sociedad” (a secas, habiendo perdido su carácter civil o comercial), figura que -a su vez- admite una modalidad “formal”, en el menú de tipos del Capítulo segundo de La Ley General de Sociedades, que requiere el cumplimiento de ciertas formalidades intrínsecas (los elementos tipificantes) y extrínsecas (la forma escrita -instrumento público, para la SA y SCA-, y la inscripción en el Registro Público). Esta herramienta incluya la “sociedad unipersonal”, bajo la forma de anónima. También admite una modalidad “informal” -las “sociedades simples”-, regulada por las normas de la Sección IV de La Ley, y que incluye tanto a las sociedades antiguamente conocidas como “atípicas”, como a las “irregulares” y “de hecho”.

- La segunda estructura posible es la de los “contratos asociativos”, regulados en el cuerpo del Código, y que abarca tanto a sus formas típicas (negocio en participación, agrupación de colaboración, unión transitoria, y consorcio de cooperación), como a las atípicas, es decir, a todas aquellas que surjan de la imaginación del operador de negocios. Las primeras requerirán el cumplimiento de formas específicas, y/o de la inscripción del contrato en el Registro Público para ser oponibles a terceros, mientras que las últimas podrán prescindir de cualquier tipo de formalidad, admitiéndose -incluso- su celebración en forma verbal.

Entendemos que lo novedoso del régimen modificado no son las opciones, en sí. Éstas ya existían con anterioridad a la vigencia del nuevo Código. La novedad se encuentra en el hecho de que la utilización alternativa de estas figuras dependerá de la voluntad del empresario, y no de la naturaleza del vínculo contractual. En efecto, la decisión de “crear” una persona jurídica diferente a los contratantes depende ahora, exclusivamente, de la voluntad del actuante.

Así, el empresario podrá adoptar una forma societaria o contractual. Al hacerlo, creará una persona jurídica, en el primer caso, dotada de patrimonio separado y pasible de entablar relaciones jurídicas como sujeto de derecho. En el segundo, la estructura será de menor fortaleza, y los participantes mantendrán separados sus patrimonios y su independencia jurídica.

En este esquema, las sociedades “típicas”, reguladas en el capítulo II de La Ley General de Sociedades, sólo se mantienen como las únicas figuras societarias dotadas de oponibilidad “erga omnes”, y beneficiadas con el beneficio -con mayor o menor extensión- de la “limitación de la responsabilidad” de los socios frente a las deudas sociales.

Esta chocante conclusión es la única que resulta posible extraer al analizar el alcance de los cambios producidos en la Sección IV de La Ley 19.550, por la reforma de la 26.994, ya expuesta. Y deriva de una virtual derogación del principio de tipicidad, que sólo queda como una sombra de lo que era.

Durante años la doctrina ha buscado una distinción clara entre la categoría “sociedad” y la categoría referida a los “contratos asociativos”. Tal diferencia se ubicó en derredor de la caracterización legal de la sociedad, al punto de considerar sociedades aún a los casos de uso “exorbitante” de las figuras asociativas de corte contractual. Es que se ha sostenido que el otorgamiento de la personalidad jurídica sólo podía realizarse a partir de una disposición normativa, y no de una situación consensual. Lo dicho implicaba que si bajo la apariencia de otra figura -incluso un contrato asociativo típico, como una UTE, e incluso estando este inscripto- se configuraba una “sociedad”, el tratamiento dado al instrumento sería el previsto para esta última. En tal situación, se asignarían al mismo los atributos propios de las personas, entre ellos, la separación patrimonial, la organización jurídica diferenciada para la formación y expresión de la voluntad, y la atribución separada de las vinculaciones con terceros. Ello, más allá del gravoso régimen que se aplicaba para el caso de sociedades “no regulares”.

Para Manóvil, por ejemplo, en el régimen derogado la diferenciación de los contratos asociativos con la sociedad se encontraba en ciertas características otorgadas por el derecho vigente a ésta última, y que no se encontraban presentes en los primeros. Entre ellos, este autor identificaba los siguientes elementos:⁵⁶

a) En la sociedad no se verifica una relación sinalagmática entre los contratantes, sino entre cada una de las partes (socios) y el sujeto societario, des-

⁵⁶ MANÓVIL, Rafael, “Las sociedades de la sección IV del Proyecto de Código”, La Ley 24/10/2012, 1, La Ley 24/10/2012, 1

tinario de las prestaciones comprometidas por aquellos. En cambio, en los contratos asociativos, la relación es exclusiva entre éstos, no surgiendo una “persona” diferente de los mismos.

b) Mientras que en las sociedades del acto constitutivo surge una organización jurídica sin la cual la sociedad no puede actuar ni expresar su voluntad en el mundo en el que se inserta, en los contratos asociativos no existe organicidad alguna: los derechos y obligaciones recaen directamente en la persona de cada una de las partes y la actuación común se rige por las reglas del mandato.

c) En la sociedad se configura un patrimonio que le es propio, y que está separado del de sus socios. En cambio, en los contratos asociativos, las prestaciones de las partes no se dirigen a ente alguno, siendo que se aplican al fondo común operativo, pero sin transferencia de su propiedad.

d) La gestión del patrimonio de la sociedad es inescindible de la actividad empresarial de ésta. En los contratos asociativos, en cambio, coexisten actividades empresarias independientes de las partes, con la actividad en común.

e) Es central a la naturaleza de la sociedad el riesgo común, expresado en la vocación de participar en común de las utilidades y de sostener las pérdidas ocasionadas por la actividad de la sociedad. El socio no puede ser liberado de dicho riesgo, ni investirse de un derecho sobre todo el beneficio. En los contratos asociativos, la porción de la actividad que realizan en común puede generar utilidad para una parte y pérdida para la otra.

f) Finalmente, para este autor el hecho de que exista un riesgo común, determina la existencia de un interés común, diferente de aquel particular de cada socio. Esto deriva de su carácter de sujeto de derecho, y -por tanto- centro de imputación diferenciado de derechos y obligaciones.

Richard, por su parte, y siguiendo una línea similar, buscaba distinguir la sociedad al considerar esencial a ésta la actuación a nombre colectivo como sociedad, con aportes destinados a constituir un patrimonio diferenciado. Advertía, en tal sentido, que en una sociedad de hecho es donde más se expresa acabadamente como factor integrante de la sociedad, la “affectio societatis”, considerada como una situación de igualdad no sólo en la colaboración, sino también en el manejo del negocio común, dando a cada parte un poder de crítica y control recíproco. Así, caracterizaba a la sociedad “en sentido estricto”, como aquella en la que se dan los siguientes elementos:⁵⁷ a) manifestación externa; b) constitución de un patrimonio común o autónomo; c) la durabilidad;

⁵⁷ RICHARD, Efraín H., “*Contratos Constitutivos de Sociedades y Contratos de Participación*”, p. 27 y ss.

d) el carácter económico, además de común, de su fin, para distinguirla de la asociación; e) la actividad u origen negocial; f) una organización o forma organizada; g) el reconocimiento legal de personalidad; y h) el hecho de que se agregan, al fin común u objeto común.

Halperín afirmaba la existencia de dos conceptos fundamentales que debían darse por establecidos, con relación al problema de la personalidad jurídica: a) Que todo sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones que no es persona física, constituye una persona jurídica; y b) que son requisitos para la existencia de una persona jurídica que exista un patrimonio distinto del de los miembros que la componen, y una organización adecuada.⁵⁸

También Farina, al describir los Joint Ventures, expresaba que los mismos constituyen “negocios parciarios, son contratos entre sociedades que no presentan las características de éstas ya que no cuentan con patrimonio propio, no son sujetos de derecho y no dan nacimiento a un ente distinto de los miembros que lo integran”.⁵⁹

En general, las descripciones llevan a pensar que los contratos asociativos instrumentan un vínculo “débil” y “transitorio”, que sólo abarca alguna de las facetas o actividades de las empresas que forman parte del mismo. En cambio, el vínculo societario es más “fuerte”, y tiene vocación de continuidad.

V.2. La Falacia de la Caracterización de la Sociedad por sus Características

Estas descripciones, amén de valiosas y bellas, no son sin embargo, útiles para distinguir una sociedad de un contrato asociativo, sino que expresan las consecuencias de hacerlo. En efecto, en el anterior régimen de La Ley de sociedades 19.550, la “irregularidad” operaba como una situación de default. Cualquier vinculación asociativa que no fuera una sociedad regular, caía en el régimen previsto por los mencionados Artículos 22 a 26 de dicha normativa, salvo que demostrara pertenecer a un régimen diferente.

Así, por ejemplo, ya se ha explicado como tanto doctrinarios como jueces pugnaban por diferenciar situaciones de comunidad de bienes con sociedades de hecho. Como en el caso del concubinato, por ejemplo. Lo cierto es que estos intentos tuvieron tan poco éxito que fue necesaria la recepción de los

58 HALPERIN, Isaac, “*La personalidad jurídica de las sociedades civiles y comerciales*”, LL, 2, 1011 • Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales. t. I, 469. AR/DOC/1713/2008

59 FARINA, Juan M., “*Los Contratos Innominados y el Derecho Comercial*”, RDCO año 11, p. 1, Depalma, Buenos Aires.

contratos de colaboración empresaria (UTE y ACE) en La Ley de sociedades por la 22.903, a fin de retirar dichas situaciones de las onerosas consecuencias de ser considerados sociedades irregulares. Es que las características dadas a la sociedad por el Artículo primero de La Ley 19.550, y catalogadas como “elementos esenciales del contrato de sociedad”, son muchas veces características que también están presentes en los contratos asociativos, no societarios. Como hemos visto, estos elementos son la pluralidad de socios, la organización, tipicidad, aportación, fin económico, participación en los beneficios y soportación de las pérdidas⁶⁰.

Los mismos parecen desprenderse de la propia definición dada por el Artículo 1° de la norma que dispone que “habrá sociedad si dos o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previsto en esta ley se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas”. De estos elementos cabe eliminar hoy a la “pluralidad de socios”, al habilitarse la formación de sociedades unipersonales. Del mismo modo, la nota de “organización” allí contenida sólo puede interpretarse incluyendo a las “simples sociedades” como un tipo previsto en La Ley. Así, lo que La Ley pide es la organización como sociedad. La misma derivará de la elección hecha por el operador de utilizar la figura societaria, en alguna de sus formas, para la estructuración de su negocio.

De entre las figuras societarias, las regulares (del capítulo II), cuentan con mayores ventajas sobre las formas societarias “no regulares”: la limitación de la responsabilidad de los socios, sobre todo, en las SRL y SA (utilizados por nuestra práctica en forma casi exclusiva), y la oponibilidad erga omnes de su existencia y de sus cláusulas.

No puede negarse que los contratos asociativos -piénsese, por ejemplo, el caso de una UTE que desarrolla un contrato de obra pública- también cuentan con algún grado de “organización”. Y la misma no es esencialmente distinguible de aquella propia de las figuras societarias, salvo por eso mismo: no son societarias. No configuran un sujeto de derecho.

En cuanto a los aportes, si bien aquellos realizados en el marco de un contrato asociativo no se hacen “en propiedad”, y no recaen en un patrimonio diferenciado del de los aportantes, ello ocurre, justamente, porque la figura contractual no determina la aparición de un sujeto de derecho, y no al revés. Nissen expresa que “sin aporte no hay patrimonio, y sin patrimonio no puede

⁶⁰ NISSEN, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales”, t. I, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 25.

existir sociedad”⁶¹. Si bien esto es cierto, podría afirmarse que el patrimonio existe porque hay persona jurídica, y la hay, porque hay sociedad. No hay diferencia práctica en la inversión de bienes en una sociedad y en un contrato asociativo, salvo el que le da el diferente tratamiento legal aplicable en cada caso sobre dichos bienes.

Finalmente, con relación a la intención de participar en los beneficios y de compartir el riesgo vinculado a las pérdidas, es de remarcar que este elemento no se identifica con la participación en el lucro, dándole a la expresión un alcance más amplio. Esto permite incluir en la definición a las “asociaciones constituidas bajo la forma de sociedad”, mencionadas en el Artículo 3° de La Ley General de Sociedades.

Dada esta acepción amplia del elemento, el mismo puede considerarse propio también de los contratos asociativos. En una Agrupación de Colaboración, por ejemplo, en el que los participantes tienen prohibido el lucro como finalidad del contrato, es claro que su participación tendrá por fin el lograr un beneficio, que será común. Lo mismo puede decirse con relación a las pérdidas.

Cabe referirse, finalmente, a dos características consideradas por muchos también como “elementos” esenciales del contrato de sociedad. En primer lugar, aquella expresión contenida en el Artículo 1° de La Ley General de Sociedades que se refiere a la aplicación de los aportes a “la producción o intercambio de bienes o servicios”. Esta fórmula, harto criticada por la doctrina, se ha interpretado como expresiva de una “finalidad económica” de la figura societaria. Está claro que la expresión tomada literalmente, es restrictiva, y que se ha admitido unánimemente la utilización de la “sociedad”, como herramienta para actividades que exceden dicho acotado marco.

Finalmente, es importante mencionar la “affectio societatis”, problemático concepto vinculado a la figura societaria exclusivamente, conforme al cual todos los socios contribuyen a la obtención del fin social. Este elemento, considerado a veces como distintivo del contrato de sociedad, y otras veces ignorado en forma completa, se entiende como la intención de los socios de trabajar todos juntos y en un plano de igualdad en el éxito de la empresa común.⁶² La “affectio societatis” tiende a sintetizar la voluntad común de asociarse, la intención de colaborar en forma activa en la empresa común, y el ánimo de concurrir al álea propio del negocio.⁶³ La condición de socio lleva

⁶¹ Idem, p. 46.

⁶² RICHARD, Efraín H., “*Derecho Societario*”, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 152

⁶³ DI CHIAZZA, Iván G., VAN THIENEN, Pablo A., “*El "Alter Ego" en sociedades de capital*”, LL 03/04/2009, 4, LL 2009-B, 633.

ínsita la necesidad de posponer los intereses personales y egoístas al interés social: el socio debe adoptar una conducta dirigida a hacer posible en todo momento el cumplimiento del objeto social.⁶⁴ Se ha llegado a afirmar que su ausencia en la totalidad o en parte de los socios impide el nacimiento de la sociedad, y si su ausencia fuera sobreviniente, sería causal de nulidad de la misma.⁶⁵ Sin embargo, esta posición es difícil de sostener.

En cuanto a la utilización de este elemento para separar “sociedad” de “contrato asociativo”, cabe advertir que se lo ha considerado un concepto propio de todos los contratos asociativos, y no sólo de la figura “sociedad”.⁶⁶ Por otra parte, no son pocos los autores que niegan, directamente, la realidad de este elemento como esencial del contrato de sociedad.

En definitiva: si bien es posible distinguir la “sociedad”, como instrumento, del “contrato asociativo” no societario, dicha distinción no es una distinción con base en la práctica. Es cierto que en la sociedad existe una pérdida de autonomía del socio individual en los asuntos de carácter común, pero esto es consecuencia de haber elegido la figura societaria, y no al revés. La elección entre un contrato asociativo y una sociedad atípica, en el régimen actual, estará en la calificación que las partes den a la relación, y no en los presupuestos fácticos de la situación. Con el sistema actualmente vigente, sólo si las partes omiten dar cualquier calificación a la relación, podrá inquirirse sobre su naturaleza. Y en tal caso, la interpretación de que existe sociedad deberá aplicarse restrictivamente.

Los ingentes esfuerzos puestos por la doctrina y por la jurisprudencia en encontrar una conceptualización de la “sociedad” en elementos fácticos se encuentra en la dogmatización de la herramienta societaria. Al hacerlo, se olvida, muchas veces, el carácter ficticio de la personalidad atribuida por el derecho a ciertas herramientas legales. Las sociedades carecen de todo tipo de realidad empírica, y sólo son tales porque el derecho así las define. Ya se había criticado que la hipervalorización del concepto de persona jurídica, llegando a una situación de “reductivismo conceptual”, condujo a alternativas falsas.⁶⁷

⁶⁴ Idem, citando a FARGOSI, Horacio, *“La affectio societatis”*. Ed. Librería Jurídica. Bs. As.

⁶⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *“La Atipicidad en Derecho de Sociedades”*, Ed. Portico, Zaragoza, 1977. p. 317

⁶⁶ CARLINO, Bernardo P., *“La pérdida de affectio societatis y el Código Civil y Comercial”*, RCCyC 2015 (noviembre), 169

⁶⁷ PIAGGI, Ana I., *“Estudios Sobre la Sociedad Unipersonal”*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 64.

Se ha dicho que la asignación de “personalidad” es, en definitiva, una decisión de política legislativa⁶⁸. Pero esta decisión no responde hoy a un plano descriptivo de la realidad, sino a la estructuración de una herramienta útil al comercio. Esta es la única interpretación posible del juego de las nuevas normas impuestas por la reforma sobre el particular, y que aquí hemos recorrido. La dogmática conceptual del derecho societario debe dejar lugar a la practicidad, admitiendo esta solución. Ello, aunque rechinen los dientes de algunos doctrinarios.

V.3. “Oponibilidad”, no “Personalidad”

La pregunta, entonces, no recae sobre la personalidad, sino sobre la responsabilidad. Y acá es donde hay que detenerse. Conforme a lo que establece el nuevo régimen, tanto en materia societaria como de contratación asociativa, la clave está en la oponibilidad. En efecto, y conforme expresáramos supra, el nuevo régimen del Artículo 22 de La Ley General de Sociedades permite que el contrato de sociedad “simple” sea invocado entre los socios, y aún a aquellos terceros que conocieron la existencia de la sociedad al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria. También podrá ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores. Del mismo modo, el Código Civil dispone la oponibilidad a terceros de los contratos asociativos, en algunos casos.

En el caso de las sociedades típicas, la oponibilidad está impuesta por La Ley, dada que la publicidad formal dada por el cumplimiento de los ritos de constitución -especialmente la inscripción en el Registro Público- la dotan automáticamente de oponibilidad frente a terceros.

En el caso de las simples sociedades, reguladas por la Sección IV, la oponibilidad no será erga omnes, sino que dependerá del conocimiento del tercero de la existencia del sujeto societario. Basta con analizar los supuestos posibles:

En un caso de responsabilidad contractual, quien actúa frente al tercero invocando la existencia de la sociedad simple deberá poner en conocimiento de éstos su existencia y las condiciones previstas en dicho contrato. En la medida en que así lo haga, la sociedad y los socios podrán invocar la existencia y alcance de la misma a todos los efectos frente al tercero, y éste también frente a aquellos.

⁶⁸ RICHARD, Efraín H., “*En Torno de la Personalidad Jurídica*”.

En caso de responsabilidad extracontractual, la solución es idéntica: si el tercero víctima de un delito o de un quasidelito reconoce su comisión a nombre de la sociedad en forma ostensible, al momento de generarse la obligación, la sociedad y los socios podrán oponer la existencia de aquella. Por ejemplo, será el caso de un accidente de tránsito que involucre a un vehículo de propiedad de la sociedad simple, no inscripta, pero que circula con claras señales y logos de pertenecer a una simple sociedad.

Dada la separación patrimonial generada por la existencia de una sociedad, la misma será responsable con su patrimonio (integrado ahora, incluso, con bienes registrales). Los socios también estarán obligados frente a dichas deudas, pero en forma simplemente mancomunada y por partes iguales, salvo que prueben que el tercero tenía conocimiento del pacto en contrario. En el caso del accidente vehicular mencionado, la responsabilidad siempre será la que establece el Artículo 24 en su primer párrafo. En cambio, en materia de responsabilidad contractual, en el caso de que el tercero hubiera recibido al momento de celebración del contrato, copia del contrato social suscripto entre los socios, éstos podrán oponerle el régimen de responsabilidad diferente que hubieran allí estipulado.

En ambos casos -sociedades típicas o simples- la solución nada tiene que ver con la existencia de personalidad jurídica, la que existe en ambos supuestos.

En materia de contratos asociativos, la clave está también en la oponibilidad del contrato. La diferencia con la sociedad estará en que la inexistencia de un sujeto independiente de derecho hará recaer los vínculos directamente en cabeza de los socios, en sus patrimonios particulares.

Si se tratara de contratos asociativos de los típicos, regirán las reglas previstas para éstos: en el caso de la Agrupación de Colaboración, por ejemplo, será aplicable el Artículo 1459 del Código que establece que los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación. Entendemos que esta regla se aplicará aún ante la falta de inscripción del contrato en el Registro Público, en la medida en que la existencia del contrato haya sido conocida por el tercero al momento del nacimiento de la causa de la obligación, y de que la actuación del administrador se haya enmarcado en la extensión de su mandato.

Si se tratara de un contrato asociativo atípico y no inscripto, sus cláusulas serán sólo exigibles entre las partes, a tenor de lo dispuesto por el 1447 del Código. Sin embargo, la actuación colectiva, a través del administrador designado por las partes será oponible a terceros en la medida en que éstos tuvieran conocimiento de la existencia y extensión de tal mandato. El Artículo 1445 amplía esta conclusión, al establecer que cuando una parte trate con un

tercero en nombre de todas las partes o de la organización común establecida en el contrato asociativo -aún no inscripto-, las otras partes no devendrán acreedores o deudores respecto del tercero sino de conformidad con las disposiciones sobre representación, lo dispuesto en el contrato (en la medida en que fue conocido por el tercero), o las normas aplicables a los tipos de contrato asociativos nominados en el Código.

En el caso de los contratos asociativos típicos, la oponibilidad de sus cláusulas será erga omnes en la medida en que los mismos respondan a las características del tipo y a que se haya cumplido con el requisito de inscripción registral. Así, la Unión Transitoria podrá oponerse a un reclamo de solidaridad en materia de responsabilidad -ya que en este contrato la misma no se presume-. Igualmente, en el caso de la Agrupación de Colaboración, los participantes podrán oponer la indivisibilidad forzosa del fondo común operativo a los terceros embargantes.

V.4. El Problema del Régimen de Disolución en Materia Societaria

Volviendo al caso de las sociedades simples, persiste un problema: Richard y Filippi ya criticaban la redacción proyectada para el Artículo 24 de un anterior Anteproyecto de reforma a La Ley de Sociedades, similar en su redacción al actual Artículo 26⁶⁹, en cuanto disponía que “las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, incluso en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad colectiva”. Ello, aún cuando en esta situación, y conforme a lo que dispone el 160 de La Ley de Concursos y Quiebras, la misma se extendía a cada uno de sus integrantes⁷⁰.

La crítica se basaba en que la norma le imponía a los acreedores individuales de los socios de una sociedad de hecho, irregular, atípica, simple, etc.,

⁶⁹ El actual establece que “Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aún en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el capítulo II, incluso con relación a los bienes registrables”.

⁷⁰ NISSEN, Ricardo A., “Ley de Sociedades Comerciales”, t. I, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 279. La norma citada de la 24.522, expresa “Artículo 160. Socios con responsabilidad ilimitada. La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada. También implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscripto en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso”.

la subordinación de su crédito frente a la existencia de la sociedad, conocieren o no estos el contrato de sociedad o su existencia. Así, acusaban que con la aparición sorpresiva de una sociedad simple (incluso, de hecho), los acreedores individuales de los socios se verían preteridos en beneficio de los que acrediten serlo de la sociedad, no interesando si conocían o no su existencia o la integración de su nómina de socios.⁷¹

El mismo Richard, en otro trabajo distinguía en el régimen anterior la situación dada en el caso de una sociedad civil, aún no ostensible u oculta, de la de una sociedad de hecho comercial. En la primera, sostenía, que en virtud de lo dispuesto por los Artículos 1743 y 1744 del antiguo Código Civil, no podía resultar de la determinación de un vínculo de sociedad de hecho civil un derecho de terceros contra los socios, dándose un supuesto de negocio representativo (un mandato), cuando la actuación es publicitada. No existía imputación en este caso, dentro de la teoría de la representación, ni aún de la orgánica, que debía tener una base legal y negocial para que el negocio pueda ser considerado estipulado a nombre propio de la sociedad civil. En cambio, en la sociedad de hecho comercial, Richard consideraba una grave alteración del sistema general que por imperio de La Ley y de la interpretación de los hechos, se generara un negocio representativo, a través del cual se imputaba la obligación asumida por uno de los socios en su nombre, a la sociedad y a los restantes sujetos a los que pueda considerarse socios. Así, no era la actuación negocial de las partes, la decisión de actuar en sociedad, y no designar administradores, la que genera el negocio representativo, sino la existencia de una relación cualquiera que pueda ser considerada “sociedad de hecho” por el Juzgador.

Richard citaba a Rotondi,⁷² que marcaba el peligro de esta solución: “... para la originación de una autonomía patrimonial lo esencial no es tanto la escritura de sociedad como la publicidad de esa escritura... la escritura no publicada regularmente, sino guardada en los bolsillos de los socios, libres prácticamente de valerse o no de ella, de invocarla o negar su existencia, origina el arbitrio de constituir y resolver una autonomía patrimonial, lo cual constituye un privilegio a favor de algunos acreedores... parece, en verdad, bastante grave que, por efecto de un simple acuerdo... entre varios sujetos, al-

⁷¹ RICHARD, Efraín H. y Filippi, Laura, “*Oponibilidad del Contrato a Terceros que lo Conocían y Subordinación de Acreedores sin Importar Conocimiento*”, p. 555.

⁷² ROTONDI, Mario, “*Contrato de Sociedad y Ente Social en la Reforma de los Códigos*”, Revista de Derecho Privado, 1941, p. 438 y ss. Citado por RICHARD, Efraín H., en “*En Torno a la Personalidad Jurídica, publicado en “Hacia un Nuevo Concepto de Sociedad Comercial*”, p. 41.

gunos elementos del patrimonio de éstos pueda separarse del restante y devenir autónomos para garantizar una serie privilegiada de acreedores: aquellos que son tales en virtud de las operaciones sociales”.

Este peligro, que plantea el problema de la contraposición de intereses entre los acreedores particulares de los socios y los de la sociedad, se expresa por el hecho de que mientras los acreedores sociales pueden, si quieren, conocer la irregularidad, su ignorancia sólo relativamente puede ser excusada. En cambio, los acreedores de los socios contratan en la más absoluta ignorancia, como es la de quien contrata con un particular en orden a la posibilidad de que sea o vaya a ser miembro de una sociedad irregular. Por ello, Richard advierte que bastaría haber normado la sociedad simple no inscripta como contrato, sin personalidad jurídica, para resolver estas cuestiones.⁷³

Disentimos en cuanto a la relación de la problemática con la atribución de personalidad, elemento que supera a la mera asignación de prioridades en materia de responsabilidad. Lo que debe repensarse es la solución dada por el Artículo 26: La mera existencia de la sociedad no debe considerarse suficiente para dar prioridad a los acreedores sociales sobre los particulares de los socios. Dicha prioridad debe existir en la medida en que exista conocimiento de su existencia por parte de éstos últimos. Así, y aún para el caso de quiebra, los acreedores particulares sólo cederán frente a los acreedores sociales en la medida en que conocieran la existencia de la sociedad, extremo que deberán probar al efecto.

El Artículo 26 debería establecer una solución diferente. Si dijera, por ejemplo que “las relaciones entre los acreedores sociales y particulares de los socios, aún en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el capítulo II, sólo frente a aquellos de entre los acreedores particulares de los socios, con relación a los que se probara que conocían efectivamente la existencia de la sociedad al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria, y siempre con relación a los bienes registrables”.

De esta manera, independientemente de la existencia de una persona jurídica plena, en la simple sociedad la oponibilidad de su existencia generadora de subordinación en el cobro, en favor de los acreedores sociales, estará supeditada al conocimiento que los particulares de sus socios tengan de la existencia de la sociedad.

En cambio, la subordinación existirá siempre con relación a los bienes registrales inscriptos a nombre de la sociedad, dado el régimen de publicidad general vinculado a los registros públicos en los que dichos bienes se inscriben.

⁷³ RICHARD, Efraín H, “*Los Interrogantes*”, p. 57.

VI. Conclusiones Finales

Como lo resaltaba el maestro Le Pera, la tarea de la ciencia jurídica no se agota en la evaluación e interpretación de los “principios” que empapan nuestro ordenamiento, sino que también es tarea principal de la misma el reevaluar dichos “principios” utilizados por el legislador, aún replanteándose aspectos estructurales de las normas.⁷⁴

Para quienes crecimos y estudiamos el “principio de tipicidad” como un pilar clave y esencial de la estructura de la norma societaria resulta difícil imaginarse un sistema alternativo. Sin embargo, resulta claro que la tipicidad como había sido imaginada ha perdido toda utilidad, y que encuentra sus bases en ideas y estructuras hoy en desuso.

La versión anterior de La Ley 19.550 estructuraba un sistema de “numerus clausus”, a partir de la tipicidad, que había sido fuertemente criticado: En virtud de las soluciones dadas por el Artículo 17 para las “atípicas”, y por los Artículos 22 y siguientes para las “irregulares”, los tipos societarios regulares se constituían en “islotos de legalidad en un universo de ilicitud y precariedad”.⁷⁵

La reforma producida por La Ley 26.994, unificadora de los Códigos Civil y Comercial, produce un importante cambio en este punto, eliminando el principio de tipicidad conforme había sido estructurado. En efecto, al derogar el régimen de atipicidad e irregularidad, y crear un ámbito de permisión para la creación y uso de “sociedades simples”, sin ningún requisito formal, y personalidad plena, convierte a las “sociedades regulares” en estructuras meramente alternativas.

Pero, además, al combinar ese nuevo sistema con un régimen amplio de “contratos asociativos”, ordenado a partir de un principio de “libertad de contenidos”, el régimen de formas asociativas se ve profundamente alterado. En efecto, de la lectura de todo este entramado normativo surge la siguiente solución: (a) el operador de negocios que busque una forma para el mismo podrá utilizar una figura societaria (regular o simple), o contractual (contrato asociativo nominado o innominado) para la estructuración de su negocio; (b) el carácter de sujeto de derecho estará dado por la decisión explícita de utilizar una figura societaria, por parte del mismo; (c) Así, la situación de “default” en la que existe una actuación común organizada, con aportes co-

⁷⁴ LE PERA, Sergio, “Principio y Dogma en La Ley de Sociedades Comerciales”, LL 1980- A, 745.

⁷⁵ Idem.

munes, y reparto de pérdidas y ganancias no deberá ser tratada como una sociedad, sino como un contrato asociativo; (d) Según exista o no sujeto de derecho en base a dicho análisis, los aportes realizados por los participantes serán o no en propiedad, y pasarán o no a integrar un patrimonio social; (e) Independientemente de ello, en materia de sociedades “simples”, la relación entre los acreedores sociales y los de la socios, se ordenarán por las reglas de la oponibilidad; (f) Finalmente, queda como obstáculo a resolver (por una futura reforma legislativa), la injusta solución prevista por el Artículo 26 de la norma, en cuanto subordina a los acreedores de los socios a aquellos de la sociedad, aún en caso de quiebra.