Los contratos asociativos en la unificación

María Cesaretti (datos de la autora) y **Oscar Daniel Cesaretti** (datos del autor)

El Capítulo 16 de la unificación (CCCN o nuevo Código) referido a los contratos asociativos (Libro Tercero, Título IV) se ha divido en cinco secciones: “Disposiciones generales”, “Negocio en participación”, “Agrupación de colaboración”, “Uniones transitorias”, “Consorcios de cooperación”.

La Sección Primera reproduce, en líneas generales, las previsiones del proyecto de Código Civil redactado por la Comisión creada por Decreto 685/1995, conformada por Héctor Alegria, Atilio Alterini, Jorge Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. El artículo 1442 CCCN determina el ámbito de aplicación de las disposiciones generales, comprendiendo en su previsión legislativa a: todo contrato de colaboración, todo contrato de organización, todo contrato participativo; todos ellos con comunidad de fin 1 que no sean sociedad.

El referido proyecto había determinado que las disposiciones se aplicarían a todo contrato de colaboración, plurilateral 2 o de participación, que no fuera sociedad. Como se observa, la categoría de plurilateral fue reemplazada por la de contrato de organización en el CCCN, lo que permite inferir que todos estos subtipos de contratos asociativos revisten el carácter de plurilateral. 3

La primera de las dificultades es de orden terminológico. Surge de la denominación del Capítulo 16 que los contratos asociativos revisten el carácter de género, y los restantes, de especies del referido género. 4 Pero, efectuada esta observación, seguimos en el mismo grado de oscuridad. Cabe aclarar que el contrato de sociedad también reviste el carácter de especie respecto del género contrato asociativo. Surge del tenor conceptual del mismo artículo 1442, al determinar que las disposiciones del Capítulo 16 les serán aplicables a aquellos contratos que sean de colaboración, organización o participación pero que no sean sociedad. Es que la sociedad contiene las notas de ser un contrato 5 de comunidad de fines de colaboración u organización 6, pero asociativo con personificación.

En el plano de las primeras aproximaciones, podemos sostener que el concepto de contrato asociativo (como género) se contrapone al contrato de cambio, por las siguientes características:

- La prestación en los contratos asociativos no está destinada a la contraprestación de la otra, sino al cumplimiento del fin común de los partícipes.
- Los partícipes no se encuentran entre sí en una relación de subordinación funcional o económica, no existe *primus inter partes*.
- El contrato se agota con las recíprocas prestaciones, mientras que en los contratos asociativos las prestaciones permiten cumplimentar el fin común.

En cualquiera de los tratados de contratos podríamos encontrar la clasificación en contratos típicos y atípicos, con la nota que la misma se funda en la existencia de contratos legislados expresamente en lo referente a sus formalidades, contenidos, efectos, exigencias normativas, etc. Esta tipicidad, que emerge de una regulación propia de un tipo contractual, significa que éste posee una caracterización o una estructura definida. La tipicidad no debe confundirse con la existencia de contratos nominados, es decir que tienen una denominación dada legalmente, sino que requiere esencialmente una caracterización que permita no sólo identificarlos sino atribuirle características y efectos, generalmente acompañados de una denominación 7. Los contratos atípicos, por el contrario, carecen de la mencionada regulación legal. Son consecuencia de la libertad contractual (art. 958 CCCN). No es suficiente que carezcan de un nombre dado por el legislador, sino que estos contratos no deben haber sido caracterizados particularmente.

Actualmente los clásicos términos descriptos han sido reemplazados por nominada e innominado (art. 970 CCCN), con igual contenido conceptual que teníamos en los viejos tratados de derecho civil, estableciendo para esta última clasificación (innominados) un orden de prelación para su interpretación que contempla a los "usos y prácticas del lugar de celebración", conforme lo previsto en el artículo 218, inciso 6, del Código de Comercio.

A pesar de estas líneas, el lector continúa sin develar el primer interrogante: ¿qué se entiende por cada uno de los supuestos mencionados en el artículo 1442 del CCCN? 8

Sinceramente, dicho interrogante no resulta de interés para el operador jurídico; tan solo se deberá examinar *prima facie* si del tenor del contrato surgen los elementos tipológicos construidos por el legislador que están dados por el artículo 1443 referente a la nulidad respecto de una de las partes, y el artículo 1445 respecto de la actuación de los partícipes con terceros. Dados dichos presupuestos, estaremos ante un *contrato asociativo* que podrá ser conforme las notas que surgen del mismo de carácter participativo, definido en el artículo 1448 de colaboración, con las notas que surgen del artículo 1463 , y de organización, conforme las notas de los artículos 1453 y 1470.

El unificador ha tipificado el *contrato asociativo* como género en los artículos referenciados, mejorando la técnica legislativa del Código Civil italiano (CCI), que ha considerado a los contratos plurilaterales con una valoración marginal, ausente de una regulación general, sino exclusivamente de los aspectos patológicos (arts. 1420, 1446, 1459 y 1466 CCI). 9

Lo esencial del tema no está dado tal como expresáramos en lograr una definición de los subtipos asociativos 10 –hay tantas como autores–, sino determinar qué elementos deben estar ausentes para que no sean sociedad. Es decir, la legislación del Capítulo 16 se conforma –podríamos pensar– como una llave de doble entrada: por un lado, los elementos propios ya enunciados en los artículos 1443 y 1445; por otro, conforme el artículo 1442, que los mismos no sean sociedad.

¿Alcanzará esta doble llave para descifrar el enigma interpretativo? Parece que ambas no están en un pie de igualdad para la exclusión del concepto de sociedad en los contratos asociativos 11. Lo decimos porque la solución del artículo 1443 del nuevo Código es similar conceptualmente al artículo 16 de la Ley General de Sociedades y propia del concepto de contrato plurilateral que igualmente califica al contrato de sociedad 12. Cabe destacar que las previsiones del artículo 1445 respecto de la imputación, sujetándola a las reglas de la representación, tampoco difieren del esquema societario, dado que el concepto de órgano se subsume en representación ante la ausencia de una teoría general al respecto 13. Es evidente que la llave de doble entrada se desvanece y la única interpretación válida para la calificación es que no sean sociedad, para que estén incursos en el Capítulo 16 del CCCN.

Antes de la unificación existía cierto grado de certeza en la doctrina. Favier Dubois, en una señera ponencia al IV Congreso de Derecho Societario (Mendoza, 1986), exponía:

> La tipicidad de las ACE y las UTE se logra a partir de su inscripción en el Registro Público de Comercio en el sentido que desde entonces la ley presume *iuris et de iure* que no son sociedades ni sujetos de derecho […] La falta de inscripción de las ACE, de las UTE, o de otros acuerdos de colaboración empresaria no importa, por sí sola, la existencia de una situación que deba ser sometida a las reglas de las sociedades comerciales irregulares. Esta última dependerá que aparezcan configurados los elementos propios de estas sociedades, lo que puede no ocurrir según el específico contenido de cada contrato. 14

Estas conclusiones tan certeras se ven alteradas en la unificación, ya que si bien esta dispone la toma de razón registral 15 sin sanción para caso de incumplimiento, como era en la Ley 22903, agrega en el artículo 1447: "Aunque la inscripción esté prevista en las

secciones siguientes de este Capítulo, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes".

Véanse las críticas de Vítolo 16 con un tono irónico con respecto a los contratos asociativos y su técnica legislativa:

1. No porque llamemos "denominación" –sin el aditamento– a la designación de la denominación de dichos contratos estamos muy lejos de un nombre social o de una denominación social como las poseen las sociedades (v. arts. 1455, inc. c, y 1474, inc. d).
2. No porque llamemos objeto de contrato a los fines perseguidos por el mismo y en relación con el ámbito de actuación de los representantes estaremos frente a algo muy distinto del objeto social de las sociedades (v. arts. 1455, inc. a, 1464, inc. a, y 1474, inc. b).
3. No porque llamemos fondo común operativo a las inversiones y aportes de las partes o miembros estaremos muy lejos del concepto de capital social al que alude la normativa societaria, en especial a la exigencia de indivisión y de la desafectación patrimonial de las partes (v. arts. 1455, inc. f; 1464, inc. f, y 1474, incs. o, f y p).
4. No porque denominemos estados de situación a los estados financieros dejarán de serlo, al igual que los que confeccionan las sociedades (arts. 1455, inc. l, 1464, inc. I, 1474, inc. o, 1475 y 1476).
5. Las figuras de exclusión, admisión y retiro de socios no son tan distintas de los institutos societarios (arts. 1455, incs. i y j; 1464, incs. i y j, y 1474, incs. l y m).
6. La actuación de las representantes, con la obligación exteriorizar la existencia de las agrupaciones identificando el carácter en que actúan, no difiere tanto de las normas de representación societaria (arts. 1457, 1465 y 1476).
7. La participación de los beneficios y la contribución en los gastos parece aludir a alguna asociación común de carácter societario (arts. 1455, inc. g, 1464 inc. h, y 1474, inc. h).
8. No porque se denominen causales de extinción del contrato a las mencionadas en los artículos 1461 y 1478 difieren tanto de las causales de disolución de las sociedades.
9. La existencia de inscripción de los contratos en el registro público parece tender a una suerte de regularidad contractual similar a la contemplada en el artículo 7 de la Ley 19550 (arts. 1455, 1466 y 1473).

Es de lamentar que el legislador de la Ley 26994 no se haya animado en esta materia a dar un paso más, para permitir que finalmente el perro diga "*guau*". Y sin perjuicio de no compartir las críticas que ponen de manifiesto las dificultades de las figuras legisladas por la unificación, nos cabe determinar –como ya expresamos– cuándo el perro dice "*guau*" y el gato "*miau*".

Si tenemos la certeza ya consignada de que la UTE inscripta es un contrato asociativo –en base al especial efecto de la registración que elaborara Favier Dubois–, nos queda igualmente un largo camino de precisiones ante la ausencia de registración consignada en la parte general del Capítulo 16. Y volvemos al principio: serán contratos asociativos en la medida en que no sean sociedad, por lo que el método de calificación estará en ver qué elementos del contrato de sociedad están presentes para que el resultado final no sea un contrato asociativo.

Ya expresamos que la solución del artículo 1443 respecto de la nulidad no es suficiente, ya que es común a la sociedad; tampoco el régimen de actuación, cuando éste puede convertir a las partes en acreedoras o deudoras de un tercero. ¿Alcanzará a decir que la causa del contrato de sociedad será el elemento diferenciador y que ausente en los asociativos nos permitirá develar el interrogante? Pensamos que no:

> La tipicidad del contrato de sociedad conlleva efectos que deben estar sostenidos sobre la base de una sustancia negocial compuesta necesariamente por dos elementos: a) la expectativa de ventaja nacida de la actividad; y b) la participación en las pérdidas que el negocio proporciona… 17

La UTE inscripta o no inscripta tiene un fin de lucro en los consorcios de cooperación, de acuerdo al artículo 1464, inciso h), CCCN. Conforme el artículo 1472, los resultados se distribuyen entre sus miembros en la proporción que fija el contrato. Tan solo en el caso de la ACE se dice expresamente que no tiene fin de lucro, pero se dificulta cuando la ACE desorbita su actuación 18.

En la doctrina clásica italiana, Corsi y Ferrara 19 se refieren al tema:

> El tipo central de los contratos de colaboración está constituido por la sociedad, más otras figuras entran en esta amplia categoría: así contratos de asociación, asociación en participación, contratos agrarios y consorcios.

Conviene entonces examinar por qué notas características la sociedad se distingue de estas otras figuras.

La fisonomía de la sociedad está dada por el concurso de estos tres elementos: a) aportes de los socios, b) ejercicio de una actividad económica en común, c) con el fin de procurar a los socios una ventaja patrimonial.

Para Farina 20, los elementos específicos del contrato de sociedad son: a) el aporte, b) participación en los beneficios y pérdidas, c) *affectio societatis*, d) plazo determinado.

Para Richard 21, los elementos caracterizantes de la sociedad en sentido estricto o propio –conforme lo cataloga el autor– serían: a) la manifestación externa; b) la constitución de un patrimonio común o autónomo; c) la durabilidad; d) el carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación; e) actividad u origen negocial; f) organización o forma organizada; g) reconocimiento legal de personalidad; h) que se agregan, obviamente, al fin u objeto común.

Fernández de la Gándara 22 reflexiona acerca de la identidad funcional de los fenómenos societarios:

> La identificación de las modalidades atípicas se orienta, por lo tanto, en dos planos: en primer lugar, controlar si la figura creada en la práctica negocial constituye uno de los modelos de operación societaria regulados por la ley; y en segundo término, ver en qué medida los intereses que juegan en cada uno de estos concretos esquemas societarios se apartan del cuadro típico tenido en cuenta por el legislador.

Por ello, acuña el concepto de identificación de primer grado cuya finalidad básica es resolver la alternativa admisibilidad-no admisibilidad del hecho concreto al modelo societario en el sentido amplio 23. Y la identificación de segundo grado juega con el sistema de *numerus clausus*, luego de proceder a la identificación de primer grado. En nuestro caso, el análisis se detendrá en la denominada identificación de primer grado, ya que si el contrato asociativo conformado por las partes revistiera el carácter de sociedad, esta encuadraría necesariamente en la Sección IV y no en algunos de los tipos societarios de la Ley General de Sociedades. El autor español reseña también que, en esta tarea de identificación primaria, el elemento prevalente adoptado en los ordenamientos latinos para la función diferenciadora ha sido la causa 24, criterio que la doctrina tradicional española ha identificado como una finalidad lucrativa 25.

La doctrina nacional, con la sanción de la Ley 19.550 y del CCCN (que implicó las derogaciones del art. 282 CCOM y el art. 1648 viejo CCIV), ha rechazado este concepto de lucro con criterio restrictivo respecto del contrato de sociedad 26, destacando que la expresión "participando de los beneficios y soportando las pérdidas" –conforme la doctrina sentada por Halperin– resulta más adecuada a la realidad económica de la actividad societaria:

> … los beneficios no deben consistir necesariamente en un lucro o una ganancia a repartir entre los socios; puede ser el resultado de una investigación, o la oficina central para la contratación en interés común de los socios, o para centralizar determinada especie de negociación o contratación. 27

Richard y Muiño, cuando se refieren a los elementos diferenciadores, rechazan el lucro como definidor, poniendo de manifiesto las denominadas sociedades profesionales 28 y la sociedad del artículo 3 de la Ley General de Sociedades, considerando que el fin lucrativo no parece entonces indispensable en la noción jurídica, correspondiendo a una decisión de política legislativa, ya alejada de nuestro sistema tanto por disposiciones del Código Civil como por el referido artículo. 29

Corsi y Ferrara 30 se expiden respecto del ejercicio de una actividad económica común:

> La sociedad postula, en segundo lugar, el ejercicio de una actividad económica; es decir, el cumplimiento de una serie de actos coordinados y unificados en función de un resultado productivo.

Por su parte, Ferri 31 agrega:

> … no basta que la actividad sea ejercitada con medios comunes y que comunes sean los resultados de la actividad misma. Es necesario que también la actividad sea común. 32

Es común la actividad en los contratos asociativos tipificados. En el caso de la ACE, no hay una actividad externa, sino relacionado a las fases 33 de la actividad común de los miembros, remarcando que por medio del referido contrato no se puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de los miembros, alejando el precepto legal toda idea de actividad común respecto de terceros.

La solución no es tan clara respecto de la UTE, donde definidamente el objeto del contrato se vincula a un opus respecto de un tercero, dado que la conformación del contrato se puede dar en forma *vertical* u *horizontal* 34. Así cuando el opus requerido por el tercero esté claramente definido, los aspectos por los que cada miembro cumplirá los calificamos con el supuesto de UTE horizontal, donde cada uno de ellos desarrolla un aspecto del opus en forma coordinada con los restantes. Pero cuando por la dimensión del opus requerido por el comitente las operaciones conjuntas no están condicionadas por las particularidades de la obra (más bien por los aspectos dimensionales de la misma), resulta que nos encontramos con una actividad desarrollada en común donde podrán existir medios comunes y resultados comunes o no (dependiendo de la estructura del contrato que las partes se han conferido). 35

Respecto del concepto de *aporte*, Farina 36 expresa:

> Queda claramente establecido que es un requisito esencial para la constitución de la sociedad, que cada uno de los socios se obligue a efectuar un aporte, consista éste en una obligación de dar o en una obligación de hacer.

Y en nuestra Ley General de Sociedades es causal de exclusión (art. 37). La única limitación respecto del aporte que consigna Ferri 37 es la referente a una prestación de no hacer (p. ej.: la asunción de una obligación de no concurrencia), aunque la prestación pueda importar una utilidad económica.

¿Cuál es el elemento común de los denominados contratos asociativos que permitan diferenciarlos del concepto de sociedad, que surge de la nueva sección IV de la Ley 19550? Reseñando: las UTE tienen finalidad de lucrativa; los ACE, crean un marco de autonomía patrimonial (art. 1458 CCCN), pero carecen de fin lucrativo. Respecto del consorcio de cooperación, el CCCN carece de una actividad autónoma externa ya que la organización común es tendiente a facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, razón por la cual el fondo común operativo se mantiene indiviso (art. 1474 inc. p). Todos estos contratos asociativos no personificados como sociedad, por imperio de la ley, carecen o bien:

1. Respecto de las ACE de fin de lucro como ya expresáramos.
2. Si bien a las ACE su autonomía patrimonial les es reconocida respecto de los acreedores de los participes, su ausencia de fin lucrativo y su restricción de actuación externa no les permite exteriorizar una actividad común respecto de terceros. La sociedad interna no es sociedad, requiere la exteriorización.
3. Respecto de las UTE, si bien les es reconocido su fin lucrativo, carecen de autonomía patrimonial y las contribuciones al fondo común son justamente eso, es decir, un mecanismo para solventar aquellas cargas comunes de la unión (ej: canon locativo, remuneración de los representantes, cargos fiscales etc.), pero no un aporte dirigido a un sujeto diferente de los propios partícipes.
4. En lo atinente a los consorcios, cabe consignar que el artículo 6 de Ley 26005 38 (de creación de esta figura contractual) establecía expresamente que ante su falta de registración, el contrato tendrá los efectos de una sociedad de hecho. La unificación suprimió este artículo así como también la *inalterabilidad* del fondo común, concepto éste inasible. La valoración del artículo 6 es dispar respecto de la ausencia de inscripción como consignamos en la nota, y por ello resulta

razonable su eliminación en la Unificación. Entonces rige, en consecuencia, para todos los contratos asociativos no inscriptos la determinación *a posteriori* si su actuación devino en una figura societaria o no. Como ya expresáramos, el consorcio carece de un fin autónomo y que constituye una organización de medios para acrecentar los resultados de los partícipes con un actividad externa (art. 1476 CCCN), que establece que el representante es responsable de que en toda actuación sea exteriorizado el carácter de consorcio.
El elemento común reseñado es la ausencia de un aporte, es decir, que los bienes que conforman los denominados fondos comunes operativos están destinados a solventar las cargas comunes y no son el medio económico para el cumplimiento del fin común.

Obsérvense algunos detalles al respecto que pueden clarificar esta postura. En primer lugar, el CCCN eliminó el término *patrimonio* que estaba inserto en el artículo 372 39 de la Ley 19550, en el que establecía "se mantendrá indiviso este patrimonio sobre el que no pueden hacer valer su derecho", como atribuyéndoselo a un mero contrato al cual la ley calificaba que no era sujeto de derecho.

Por otra parte, el inciso f) del artículo 1455 CCCN, y similar inciso del artículo 1464 CCCN (ex inc. 6 del art. 369 y del 378 Ley 19550), se compone de tres supuestos: *obligaciones asumidas*, *contribuciones debidas al fondo común operativo*, y *modo de financiar las actividades comunes*. El modo de financiar las obligaciones comunes estará conformado por las obligaciones asumidas por los participes entre sí, y no respecto de un *alter sujeto*, y no conforman el fondo común operativo. Su redacción aleja toda idea de "aporte", como surge claramente del inciso h) del artículo 1455 CCCN *in fine*, cuando se refiere a las atribuciones y poderes para la organización de la actividad, sujetas a la reglas del mandato, que establece la obligación de estos representantes voluntarios de "controlar su actividad –de los partícipes– al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas". La legitimación respecto de velar por el cumplimiento de las mismas no recae sobre un *alter sujeto*, sino sobre aquellas personas a las que se les ha conferido las facultades de dirección y administración y –tal como consignáramos– bajo el esquema de la representación voluntaria. 40

Iguales notas podemos reseñar respecto del consorcio. Que exista una comunidad de fin, como resalta el artículo 1442 del CCCN, no permite inferir que exista un fin *autónomo* 41, ya que no existe un otro a más de los partícipes. El fin es común a los partícipes en el contrato de sociedad, el fin es autónomo de los socios, es el fin de la sociedad por medio del cual cada socio satisfará su propio fin 42.

Ahora bien, un contrato asociativo no inscripto, donde los partícipes, en el caso de las ACE, exorbitan la actividad interna o, en las UTE, los medios económicos para el cumplimiento de la activad de cada partícipe pasa por poner en común los fondos para la misma, determinará –al igual que un consorcio de cooperación– el nacimiento de una figura societaria de la Sección IV del CCCN 43.

Conclusiones

- Los contratos asociativos típicos gozan con su inscripción de una presunción *iuris tantum* de que no son sociedad 44.
- La comunidad de fines no determina la existencia de un fin autónomo del ente como se da en la figura societaria, sino un fin de cada partícipe hacia la concreción del opus, coordinado pero autónomo.
- El fondo común operativo no constituye un patrimonio autónomo 45.
- Los bienes que se adquieran con el fondo común operativo están en cabeza de los partícipes, afectados mediante una declaración unilateral de los mismos al contrato; y en caso de bienes registrables, mediante anotación conforme el artículo 3 de la Ley 17801 46.
- La exclusión de los acreedores particulares sobre dichos bienes ratifica que no existe transferencia dominial alguna, no media aporte como en el contrato de sociedad.
- El riesgo o el alea negocial de la actividad no es necesariamente común: "Al no conformase una empresa con gestión común, cada una de las empresas partícipes contribuye con la actividad que le es propia, a un costo que también le es propio" 47.

Notas

1**.** El tenor del art. 1442 nos da la idea de que esta comunidad de fin debe ser común a los partícipes. Comentando los proyectos anteriores a la unificación vigente (al referirse a los negocios de colaboración), Etcheverry planteaba que no siempre será necesario perseguir la obtención de una finalidad de interés común, postulando la posibilidad de que una de las partes colabore para la obtención de un resultado que interesa solo a la otra parte (ver Etcheverry, Raúl A., *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 150).
2**.** El concepto de contrato de plurilateral en el CCCN surge del art. 977: "Contrato plurilateral. Si el contrato ha de ser celebrado por varias partes, y la oferta emana de distintas personas, o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido". La división entre contratos bilaterales y plurilaterales no responde a la cantidad de sujetos sino a la cantidad de partes que intervienen en el mismo. Cifuentes expresa que partes y personas no suelen coincidir, pues varias personas pueden estar de un solo lado –*ex uno latere*–, pero no frente a frente (Richard, Efraín H., *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, p. 126). El contrato por el cual se conforma una novación (arts. 936/37 CCCN) es plurilateral al intervenir tres partes, pero carece de comunidad de fines que requiere el art. 1442 CCCN.
3**.** Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos de colaboración empresaria", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, nº 3, 1993, pp. 7-66. Al referirse al contrato asociativo, el autor expresa (p. 26): "El asociativo es para alguno el género, siendo una especie el plurilateral; para otros, significa lo mismo, hay sinonimia".
4**.** "Acudamos a la conocida cita de Messineo en torno a que los contratos asociativos pueden ubicarse dentro de los contratos de colaboración o cooperación" (Richard, Efraín H., "Contratos de colaboración empresaria" [on line], publicado en la web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba). El legislador ha adoptado otra clasificación contraria a lo expuesto por Messineo, ya que los contratos asociativos resultan género y los de colaboración, especie.
5**.** Mientras no sea una declaración unilateral para conformar una SAU.
6**.** Omitimos el término *participación* porque consideramos correcto el criterio de Richard: "Quizá el elemento que determine la tipicidad de la relación societaria es el ejercicio del control, de un control más allá de una simple vigilancia, concretando la posibilidad de intervenir o interferir en las decisiones" (Richard, Efraín H., "Contratos asociativos o de colaboración", en*Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, t. 1990-B, p. 608).
7**.** Lorenzetti, Ricardo L., *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, t. I, cap. I "El tipo y la atipicidad".
8**.** Ver Richard, Efraín H., ob. cit. (cfr. nota 6), pp. 599 y ss., donde en nota al pie el autor reseña las diferentes terminologías que ha usado la doctrina nacional. Ver asimismo, con respecto a la doctrina italiana, Barba, Vincenzo, "*Appunti per uno studio sui contratti plurilaterali di scambio*", en *Rivista di Diritto Civile*, Milano, CEDAM, nº 4, julio-agosto, 2010, pp. 531-561. [N. del E.: el lector podrá acceder al artículo en la web del autor].
9**.** Barba, Vincenzo, ob. cit. (cfr. nota 8), p. 534.
10**.** Por la evidente dificultad terminológica, el legislador de la unificación ha nominado los contratos y vertido en dicha sección los elementos comunes al concepto de contrato asociativo, dejando de lado la individualización de los elementos tipológicos de cada uno de ellos, llegando a pensar el suscripto que ha conformado una construcción de tipo abierto definiendo exclusivamente los elementos base o comunes a dichos subtipos de contratos. Para Fontanarrosa, los contratos

plurilaterales tienen por finalidad organizar grupos o categorías, calificándolos como contratos de organización (Fontanarrosa, Rodolfo A., *Derecho comercial argentino. Doctrina general de los contratos comerciales*, Buenos Aires, Zavalía, 1967, t. II, p. 143).

11**.** Ver Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 7), p. 60. Al referirse a la colaboración asociativa, el autor expresa: "Cuando se utiliza una organización, éste puede producir como efecto una persona jurídica, como en la sociedad, o no, como en la unión transitoria de empresas. En la sociedad los individuos se diluyen detrás de la personalidad obtenida, y las ganancias se obtienen a título derivado. En los vínculos asociativos, el propósito común no hace desaparecer a los sujetos contratantes y las ganancias se adquieren directamente". La descripción del autor es correcta, pero parte del presupuesto de ya tener definido que se encuentra ante un contrato asociativo no personificado, y nuestro objetivo es definir cuando ese contrato asociativo no reviste el carácter de sociedad; definido ese aspecto será de aplicación lo expuesto por el autor.

12**.** Ver exposición de motivos de la Ley 19550, art. 1. [N. del E.: el lector podrá acceder al texto completo en el sitio web de la *Revista Electrónica de Derecho Comercial* {texto no oficial}].

13**.** Ver Otaegui, Julio C., *Administración societaria*, Buenos Aires, Ábaco, 1979, p. 48: "no es el organicismo la doctrina más adecuada para sustentar el proceso de imputabilidad jurídica del sujeto de derecho, lo que no significa que la teoría del órgano sea irrelevante en materia societaria".

14**.** Favier Dubois, Eduardo M. (h.), "Tipología, tipicidad y regularidad en los contratos de colaboración empresaria" (trabajo presentado en el IV Congreso de Derecho Societario, Mendoza, 1986). Ver también, con ampliación de fundamentos, en Favier Dubois, Eduardo M. (h.), *Derecho societario registral*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pp. 452 y ss. Cfr. Mercado de Sala, María, "Agrupamientos no inscriptos" en Escarguel, J. M. y Richard, E. H. (dirs.), *Anomalías societarias*, Córdoba, Advocatus, 1996, p. 281. La autora considera que la inscripción es *iuris tantum*, ya que se plantea el caso de una agrupación que actúa en el mercado, circunstancia que la mera inscripción no impediría su calificación como societaria.

15**.** Art. 1445 para las ACE, art. 1446 para las UTE y art. 1473 para los consorcios.

16**.** Vítolo, Daniel R., "Los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial de la Nación. Y si el perro dice… ¿miau?" (trabajo presentado en el II Congreso Nacional e Internacional sobre los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Mar del Plata, 2015).

17**.** Kulman, David A., "La causa en el contrato de sociedad comercial", en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Buenos Aires, Legis, 2010, nº 1, p. 11.

18**.** Tomando lo previsto para las asociaciones civiles que establece que no pueden perseguir el lucro como fin principal, ¿cuál es la medida de una ACE que termina arrendando horas del centro de cómputos a terceros por los tiempos que los partícipes no procesan sus respectivos datos, la misma medida que para las asociaciones?

19**.** Corsi, Francesco y Ferrara, Francesco, *Gli imprenditori e le società* [*Los emprendedores y la sociedad*], Milano, Giuffrè, p. 220. En igual sentido, ver Ferri, Giuseppe, Le società, Unione Tipografica, p. 14; respecto del aporte (conferimiento), expresa que puede inicialmente faltar un fondo común, resultando este del ejercicio en común de la actividad económica. En el derecho nacional, ver Muiño, Orlando M. y Richard, Efraín H., *Derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, p. 8; los autores rechazan el elemento lucro como elemento esencial y expresan que la aportación de cosas o dinero tampoco lo es.

20**.** Farina, Juan, *Tratado de sociedades comerciales. Parte general*, Rosario, Zeus, 1978, p. 240.

21**.** Richard, Efraín H., "Contratos constitutivos de sociedades y contratos de participación", en AA. VV., *Contratos de colaboración y sociedades*, Córdoba, Advocatus, 1996, p. 33.

22**.** Fernández de la Gándara, Luis, *La atipicidad en derecho societario*, Zaragoza, Pórtico, pp. 266-67.

23**.** Sociedad en sentido amplio es un término que utilizan igualmente Richard y Muiño. Ver Muiño, Orlando M. y Richard, Efraín H., ob. cit. (cfr. nota 19), p. 6, y Richard, Efraín H., *Sociedad y contratos asociativos*, Buenos Aires, Zavalía, 1989, p. 124, al referirse al concepto de sociedad del proyecto de unificación impulsado por el diputado Camisar, cuyo art. 1652 expresaba "Sociedad es

el contrato por el cual dos o más personas se reúnen para obtener con el esfuerzo o medios comunes, una finalidad común".
24. Fernández de la Gándara, Luis, ob. cit. (cfr. nota 22), p. 275.
25. Girón Tena ha expresado que lo que caracteriza la causa es la solidaridad en riesgos y ventajas y la colaboración en su promoción. El fin de lucro debe ser visto como el objetivo común de los socios. Ver cita en Fernández de la Gándara, ob. cit. (cfr. nota 22), p. 278. Corsi y Ferrara (ver ob. cit. en nota 19) expresan que es esencial que la ventaja económica sea destinada a los socios, la sociedad es un instituto egoísta. Pero no limitan a este al concepto de lucro, es decir, un incremento patrimonial, incluyendo un ahorro de gastos, ya que la cooperativa para el derecho italiano conforma una sociedad, y conformando un válido elemento diferenciador de la sociedad y las asociaciones.
26. Farina, Juan, ob. cit. (cfr. nota 20), p. 51.
27. Ibídem.
28. Los autores no aclaran el concepto de sociedad de profesionales que utilizan para afirmar la ausencia de fin de lucro. Al respecto, cfr. Favier Dubois, Eduardo M. (h.), "Las sociedades de profesionales y su organización como sociedades de medios con actuación externa", en *Doctrina Societaria y Concursal*, Buenos Aires, Errepar, nº 290, enero 2012, t. XXIV, pp. 7-20; allí se analizan diversas alternativas de organización profesional como uniones o sociedades internas con la variante *pool* de gastos o interna de ganancias, o sociedades externas organizadas como sociedad de medios, que tiene por objeto compartir estructuras y distribuir los costos. En estos casos, hay una bipartición de contrataciones. Las relaciones con los clientes las sigue manejando cada profesional, que presta el servicio, contrata y factura a título propio, pero las relaciones "externas" vinculadas a la infraestructura en común las contrata una sociedad civil o comercial de la cuál los profesionales prestadores son socios. Como se ve no se trata de una verdadera sociedad ya que la finalidad es el pago de las cuotas periódicas de los gastos pero no la generación de utilidades o "Sociedades externas para el ejercicio profesional". En este caso todas las relaciones frente a clientes, frente a la infraestructura y frente a terceros en general, las contrata la sociedad por su cuenta y bajo se nombre o razón social, siendo la sociedad quien factura, presta los servicios y los cobra". [N. del E.: el artículo está disponible en la página web del autor].
29. Véase al respecto a Girón Tena, José, *Derecho de sociedades*, t. 1, p. 29: "Desde el punto de vista de la lógica interna del concepto, es por ello perturbador imponer, estableciéndolo como elemento de la definición, que la estructura organizativa sociedad solo sirve para un fin económico y que la asociación para un fin no lucrativo". Para el referido autor, "la sociedad en sentido amplio se compone del mínimo de elementos (fin común, promovido por los socios y de origen negocial)".
30. Corsi, Francesco y Ferrara, Francesco, ob. cit. (cfr. nota 19).
31. Ferri, Giuseppe, ob. cit. (nota 19), p. 19.
32. Corsi y Ferrara (ver ob. cit. en nota 19) agregan: "*Occore che l´attività sia esecitata in comune, che alla gestione partecipino titti i soci. La gestione è comune quando si può ricondurre alla voluntà di tutti i soci*" (p. 221). Obsérvese que el proyecto de la denominada Comisión Federal de reforma del Código Civil, en su art. 1451, tipificaba a los contratos asociativos así: "Se denominan contratos asociativos aquellos en los cuales dos o más personas se ponen de acuerdo para obtener, con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común" similar concepto con el cual el Proyecto de Código Civil de 1987 definía a la sociedad en el art. 1652.
33. Para el concepto de "fases", ver Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael y Ragazzi, Guillermo, *Contratos de colaboración empresaria*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, 2ª ed., p. 40.
34. De *joint venture* vertical u horizontal se refiere Astolfi, pero tomamos su criterio clasificatorio en sentido inverso por considerar más adecuado al objeto del presente trabajo. (Citado por Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael, y Ragazzi, Guillermo, ob. cit. [cfr. nota 33], p. 177).
35. Ver el contrato de unión transitoria de empresas "Área Puesto Hernández" (contrato suscripto entre YPF SA como concedente y varias empresas petroleras), donde explotan en común el área concesionada.
36. Farina, Juan, ob. cit. (cfr. nota 20), p. 70.

37**.** Ferri, Giuseppe, ob. cit. (nota 19), p. 15.
38**.** Art. 6 Ley 26005: “Los contratos constitutivos de ‘consorcios de cooperación’ deberán inscribirse en la Inspección General de Justicia de la Nación o por ante la autoridad de contralor que correspondiere, según la jurisdicción provincial que se tratare. Si los contratos no se registraren, el consorcio tendrá los efectos de una sociedad de hecho”. Comenta Otaegui: “Diferentemente, el consorcio de cooperación no es una sociedad *de jure* (art. 2), pero lo es de facto […] la disociación y la despersonalización del Consorcio de Cooperación alteran sustancialmente el régimen de tutela del crédito aplicable a una sociedad comercial porque el Consorcio de Cooperación aunque actúa como una sociedad comercial no es concursable ni quebrable…” (Otaegui, Julio C., “El consorcio de cooperación”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2008-C, p. 1286). Por su parte, sostiene Richard: “La doctrina es conteste que los contratos de colaboración típicos no inscriptos no generan una sociedad ni una persona jurídica, sino un problema de prueba. Un contrato de colaboración o consorcio inscripto si actúa como sociedad será ello, pero deberá probarlo quién lo afirme. La presunción que contiene la ley ante la falta de inscripción no es prudente” (Richard, Efraín H., “Un nuevo contrato de colaboración empresaria: el consorcio de cooperación” [on line], publicado en la web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba).
39**.** Al comentar este artículo, tuvimos oportunidad de manifestar que tal expresión producía confusión, ya que parecía atribuírsela a un mero contrato. Sin perjuicio de que el mismo término patrimonio no goza de una acepción pacífica en la doctrina, así Borda postula que no lo conforman las deudas, pero Vélez, al tratar el tema sucesorio, se enrola en la postura de considerarlo una universalidad comprensiva de bienes y deudas. Ver Cesaretti, Oscar D., “Contratos de colaboración empresaria”, en Nuta, A. R. (dir.) y Solari Costa, O. (coord.), *Tratado de derecho privado. Derecho comercial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 467-500.
40**.** “Los contratos de colaboración no generan la existencia de organicidad de ningún tipo”. Ver Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael y Ragazzi, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 33), pp. 96-98.
41**.** Palmero, Juan C., “La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la Nación”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Depalma, nº 119/120, p. 839.
42**.** Al respecto, ver nota 61 de Richard Efraín citando Bolaffi en ob. cit., p. 34.
43**.** Respecto de la responsabilidad que se podrá generar a los participes somos del criterio que se debe estar a las previsiones del tipo contractual que se quiso conformar; así en el caso de las ACE primará la solidaridad del art. 1459 sobre las previsiones del nuevo art. 24 de la LGS; respecto de la UTE se deberá estar a lo estipulado contractualmente conforme las reglas del mismo art. 24 LGS.
44**.** La redacción del art. 1442 CCCN nos lleva a abandonar la postura que sostuviera Favier al respecto en el anterior régimen legal. Por último, la redacción del art. 1447 CCCN (que establece que la no inscripción produce igualmente efectos del contrato entre las partes) no aclara a qué efectos se refiere, si al que las partes con la adopción de un tipo contractual previsto en el CCCN han querido o al que conforme las estipulaciones pactadas ha resultado conformado por estas.
45**.** Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael, y Ragazzi, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 33), p. 98.
46**.** Cesaretti, Oscar, ob. cit. (cfr. nota 39). Se expone allí el pensamiento de García Coni respecto del concepto de inscripción y anotación.
47**.** Zaldívar, Enrique, Manovil, Rafael, y Ragazzi, Guillermo, ob. cit. (cfr. nota 33), p. 98.

Imagen superior: Joe the goat farmer. Creative Commons