Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTRATO DE COLABORACION EMPRESARIA ~ AGRUPAMIENTO DE COLABORACION EMPRESARIA
Título: El Código Civil y Comercial y contratos asociativos. Negocio en participación y agrupamiento de colaboración
Autor: Richard, Efraín H.
Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 307
Cita Online: AR/DOC/1054/2015

Sumario: I. Introducción: apreciaciones generales - delimitación.— II. Negocios societarios y de colaboración: preliminar.— III. Las relaciones de organización.— IV. Los contratos asociativos.— V. Aspectos generales de la normativa.— VI. La normativa específica en el Código Civil y Comercial.— VII. Exorbitación funcional y estructural del agrupamiento de colaboración.— VIII. Meditando.

(*)

I - Introducción — Apreciaciones generales — Delimitación

Un viejo amigo, lúcido y distinguidísimo jurista, nos ha pedido que formalizemos algunas apostillas en torno a los negocios en participación y al agrupamiento de colaboración, para una publicación bajo su dirección.

La encomienda impone breves referencias a las relaciones de organización y a los contratos asociativos, que lleva a introducirse en la ideología de la ley, como sistema jurídico, en torno al Código Civil y Comercial (CCC), los contratos asociativos, las personas jurídicas privadas y la Ley General de Sociedades, conforme la ley 26.994 que se aplicará desde el 1° de agosto del corriente año.

Desde el año 1982 trabajamos en la unificación del Derecho Privado Patrimonial Negocial, y en diversos Proyectos en que intervinimos, como en publicaciones, sugerimos los lineamientos que ahora se han introducido, por lo que, para avizorar la cuestiones centrales de las reformas sobre esa línea recogidos por el Código Civil y Comercial y la ley general de sociedades tratamos de observar el plan general y la coherencia del sistema que implica:

1. Reconocer aunque sea doctrinariamente las llamadas "Relaciones o negocios de organización". (1) Al lado de la regulación de las relaciones de consumo se norman contratos de organización para el consumo, además de las típicas relaciones asociativas no personificadas (contratos asociativos) y personificados (personas jurídicas privadas)

2. Reforzar en el CCC la estructura general de las personas jurídicas privadas, conformando una verdadera institución jurídica, que no se alteran por la participación del Estado.

3. Eliminar la noción de "acto de comercio" como base de la estructura del Código de Comercio o de la materia comercial, para basarla en la idea de organización incluso para el consumo, en una suerte de capitalismo productivo, y bajo la idea de empresa.

4. Unificar en una ley general de sociedades lo es hoy la ley de sociedades para el Código de Comercio), todas las sociedades personas jurídicas privadas, incorporando la sociedad civil. De ninguna forma igualando la idea de sociedad y empresa, aquella una técnica de organización jurídico patrimonial, y ésta una actividad organizada.

5. Fijar claramente la noción de sociedad en sentido estricto, distinguiéndola de sociedad anómala o en sentido amplio como era la seudo sociedad accidental, que no constituye persona jurídica pues no genera un patrimonio individualizable por terceros.

6. Llevar al Código unificado un tipo básico de las relaciones de organización como lo son los contratos asociativos, incluyendo el negocio en participación que estaba en la parte general de sociedades, los contratos de colaboración empresaria (Agrupamiento de colaboración y Unión Transitoria de Empresas) y agregando el consorcio de cooperación.

7. Remover la posibilidad de realizar por las sociedades por acciones negocios en participación, patrimonios afectados, joint venture no sólo con la eliminación de la expresión "sociedad accidental", sino con la modificación del art. 30 LGS, y la inclusión del art. 1531 CCC, con una modalidad muy especial del mutuo, que debería tenerse en cuenta en el endeudamiento soberano.

8. Reforzar la idea de autonomía de la voluntad bajo responsabilidad, pese al debilitamiento de la mancomunación en el texto del CCC, necesario en la ley general de sociedades para absorber la sociedad civil, con las normas sobre persona jurídica del CCC y el art. 100 LGS sobre su viabilidad, remarcando incluso reforzando la función de garantía del capital social, con la patrimonialización de la persona jurídica privada, particularmente de la sociedad, a través de normas del CCC y de la LGS. A su vez conectando la función de garantía del capital social o el patrimonio suficiente para el cumplimiento del objeto con las previsiones sobre abuso de derecho y fraude a la ley, en caso de crisis, y también con las normas preventivas disuasivas del

sistema general de responsabilidad.

9. Eliminar efectos sancionatorios contra las llamadas sociedades irregulares y de hecho con la modificación de los arts. 21 a 26 LGS, que podrán tener diversas lecturas pero que llevan a asegurar su personalidad jurídica plena, resguardar a los terceros, desestimular la sociedad de hecho por la inseguridad negocial que plantea para socios y terceros, asegurar la permanencia de la persona jurídica a través de diversos procedimientos, como forma de tutelar la empresa, incluso introduciendo una sociedad de libre organización (la simple sociedad).

10. Autorizar el fraccionamiento patrimonial a través de la llamada constitución de sociedad por declaración unilateral de voluntad, ya existente en la escisión, conforme al mensaje de la Comisión que serviría para interpretar las normas, pero que en el caso no podrá ser usado por la alteración total por el P.E. y luego en el Senado de las soluciones previstas. El nuevo régimen dará lugar a diversas interpretaciones y a la continuidad de las prácticas actuales de simulación lícita.

11. Introducir normas básicas sobre el negocio por mayoría o acto colegial colectivo, aceptando al regular las personas jurídicas la autoconvocatoria, receptando el modelo de la llamada asamblea universal, y la solución al bloqueo de decisiones.

12. Receptando para todas las personas jurídicas el llamado sistema de "la inoponibilidad de la personalidad jurídica" en el art. 144 CCC, simplificando la redacción del art. 54 in fine Ley de Sociedades Comerciales, ahora LGS.

II — Negocios societarios y de colaboración — Preliminar

Centremos nuestra atención en algunos aspectos de este sistema.

El nuevo Código Civil y Comercial Argentino (CCC) regula nuevas formas de negocios en participación. En primer lugar se regulan todas las sociedades en la que se llamará Ley General de Sociedades (LGS), que regulará incluso la sociedad hoy llamada civil. En segundo lugar se trasladan de la ley de sociedades comerciales al CCC todas las figuras contractuales con finalidad común, al Capítulo 16 como "Contratos asociativos", señalando el inicial art. 1442 que "no se le aplican las normas sobre la sociedad, no son, ni por medio de ellos se constituyen, personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derecho", y conforme su primer párrafo se aplican a "todo contrato de colaboración, de organización o participación, con comunidad de fin, que no sea sociedad". A su vez el art. 1446 postula la libertad contractual "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". Y de inmediato se regulan el Negocio en Participación —donde se elimino la terminología de sociedad accidental—, las Agrupaciones de Colaboración, las Uniones Transitorias —donde se eliminó la expresión empresa— y el Consorcio de Cooperación.

Justamente la Comisión expresa "En Argentina se sancionó la ley 22.903, en la que se regulan las uniones transitorias de empresa y las agrupaciones de colaboración. Ambas se basa en la integración de recursos complementarios para la adquisición inmediata y a título originario de beneficios derivados de dicha integración", o sea que los beneficios se incorporan al patrimonio o actividad de los partícipes. Sigue "En este Anteproyecto se ha adoptado esta tesis, ampliamente compartida en la doctrina argentina, regulando los vínculos asociativos, estableciendo precisiones a fin de distinguirlos del modelo societario".

1. El negocio en participación es definido por el nuevo "Art. 1448.— Definición. El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público", se genera una libertad de otro tipo de estos contratos, y también se estimulan estos negocios con el art. 1531, que nos referiremos al final.

Reiteramos que se elimina así de la ley de sociedades tanto la mal llamada sociedad accidental como los contratos de colaboración empresaria, agrupación de colaboración y la unión transitoria de empresas, que no son sociedades ni personas jurídicas —art. 1442 CCC—.

En el art. 3º inc. b) de la Ley aprobatoria del Código Civil y Comercial de la Nación se derogan las normas de la indebidamente llamada sociedad accidental o en participación (Secc. IX, Cap. II Ley 19.550, arts. 361 a 366), consolidándose en un régimen unificado y contractual de negocios de colaboración con comunidad de fines estructurado en el CCC.

En "Sobre el negocio de cuentas en participación (association commercial en participation) (2), señalamos que aparecían difusamente cuatro variedades en el derecho francés: 1. la cuenta en participación correspondiente a la relación en virtud de la cual un negociante recibía una mercancía y otro participaba en los beneficios o pérdidas que resulten de su venta; 2. la relación entre varios negociantes para importar y vender mercancías en circunstancias excepcionales, encargándose uno de ellos de realizar las operaciones, el cual es el único conocido por el público; 3. la sociedad formada en las ferias para no hacerse concurrencia en las ofertas de precios y repartirse las mercancías en una proporción convenida; y 4. un acuerdo entre comerciantes que han acaparado diversos productos para cederlos a un precio convenido entre ellos. (3)

Sin duda son las dos primeras formas las que dan origen al negocio de cuentas en participación, pero se

individualizan otras formas monopólicas.

Lo que aparece como caracterizante de esta société anonyme es su carácter de oculta —no secreta- o que no se manifiesta ante terceros como tal sociedad, sin nombre por no ser conocida de nadie y porque no interesa al público, no representando los negocios obligaciones para los socios sino exclusivamente para aquél que contrataba.

El texto original del Código de Comercio Francés de 1807 fue reformado por la ley del 24 de junio de 1921 reconociendo explícitamente a estas asociaciones el carácter de sociedades (art. 40 del Código de Comercio). Allí se inició otra discusión sobre la participación era únicamente para unas operaciones determinadas o podía ser para un negocio permanente, admitiendo ambas eventualidades la jurisprudencia y doctrinas recientes.

Inmediatamente se plasmó una discusión dogmática sobre si eran o no sociedades (4), lo que impuso referirse a dos criterios de "sociedad", lo que alguna doctrina intenta extender a todos los contratos asociativos. El punto es hoy abordado por la Exposición de Motivos "Sin embargo, hay una persistencia del modelo societario que hace que, con demasiada frecuencia, se los confunda y se los termina calificando como sociedad, con los perjuicios que ello genera. La conjunción entre la presunción de existencia de sociedad, personalidad jurídica y tipicidad legal, en el contexto económico actual, se muestra insuficiente. Las actividades en común, informales, transitorias, quedan encorsetadas en la hermenéutica conceptual de este modelo de sociedad-persona jurídica-típica".

A. Esa concepción genérica es tanto mayor cuanto menos requisitos se exigen para configurar la relación societaria, los que —en esa concepción amplia que engloba a la sociedad anómala o sociedad en participación— podrían concretarse como:

a. fin, finalidad u objeto común o autónomo,

b. actividad negocial u origen negocial, no legislativo. (5)

El nudo funcional, o de fin común, o carácter común de la relación aparece como fundamental. (6) Ese fin común no es sólo el medio o sociedad, sino la actividad funcional y el resultado: "la participación en el beneficio a alcanzar con determinado negocio". Son los llamados negocios participativos, que se involucran como asociativos sin ser sociedad persona jurídica. En ellos pueden darse modalidades de explotación de derechos de propiedad industrial, formas de edición, subparticipaciones o sociedad con el socio, comunidades de intereses convenidas en relaciones de coordinación de empresas, algunas figuras de explotación agrícola y ganadera, en actividades de gestión, arrendamientos, explotación de empresas ajenas (7), o especiales financiamientos que no configuran préstamos.

Se dejaba así la advertencia que el uso de la palabra "sociedad" abarca, normativa o doctrinariamente, supuestos no personificados.

B. La sociedad en sentido estricto.

Contrasta la concepción de sociedad en sentido lato con el criterio estricto de sociedad, que podría caracterizarse por los siguientes elementos:

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.

Éstos son los aspectos centrales para determinar cuando una relación configura sociedad de hecho, sociedad en sentido estricto y no un mero negocio en participación.

Para que exista sociedad en el derecho argentino (sentido estricto) debe existir una relación de duración, exteriorizada, con pluralidad de personas, de origen negocial, con aportes que constituyan un patrimonio separado del de los socios (principio de división patrimonial), con una organización diferenciada aunque fuere mínima y actuando en "forma organizada" conforme las figuras reconocidas que permitan contraer derechos y obligaciones imputables diferencialmente a ese patrimonio autogestante, a través del cual los socios podrán pretender se generen utilidades y se distribuyan, soportando el riesgo conforme a la forma jurídica (8), conforme al criterio del art. 1° LGS.

La que siguió el CCC fue la dirección determinada, en seguridad jurídica por la Comunidad Económico Europea donde se reserva a la expresión sociedad a las relaciones societarias personificadas. (9) En igual sentido el art. 1842 del C.Civil Francés que dispone, de acuerdo a la reforma del año 1978, que la personalidad se

adquiere con la matriculación.

C. A su vez de esta manera se eliminó la supuesta y equivoca incapacidad (prohibición) en una incorrecta interpretación del art. 30 LS, de todas formas hoy removida por la nueva redacción del mismo en la Ley General de Sociedades LGS: "Sociedad socia. Las sociedades anónimas y en comandita por acciones solo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo".

Las cuentas en participación han mostrado la posibilidad de nuevos usos a través de la incorporación en derecho italiano a modalidades de financiamiento de negocios específicos por las sociedades por acciones.

La doctrina se ha interesado en la reforma del sistema societario en Italia por Decreto Legislativo nº 6 del 17 de enero de 2003, que refiere expresamente a la posibilidad de generar patrimonios afectados a un negocio en particular, cuantitativamente hasta el diez por ciento del patrimonio neto de la sociedad por acciones.

No tenemos dudas que esa forma de financiamiento es posible en nuestro país (República Argentina), particularmente ahora con la sanción del CCC. Frente a expectativas generadas por esa reforma italiana en torno a ese financiamiento formalizamos un paralelo con similares posibilidades en el sistema asociativo nacional actual, vigente hasta fines de julio del corriente año. (10)

Las sociedades anónimas —y porque no una sociedad cooperativa— pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso.

Esa modalidad no genera especiales problemas impositivos o contables, en cuanto se realicen en forma transparente, lo que no implica que sea ostensible para evitar responsabilidad del partícipe, y no es afectada por el concurso del gestor.

Para el aportante, la inversión es de alto riesgo, toda vez que arriesga íntegramente el capital. Evidentemente, para éste, el análisis de rentabilidad del proyecto de inversión debe compensar no sólo el costo de oportunidad de inversión, sino también cubrir la prima de riesgo al que se ve sometido. Aunque, justo es reconocer también, la rentabilidad que ofrezca el negocio es prácticamente pura, toda vez que su simpleza evita o disminuye notoriamente los costos ocultos del proyecto (entiéndase: gastos de administración, etc.).

La alternativa puede llegar a ser una opción óptima para que pequeños inversores, de tendencia no excesivamente conservadora, puedan llegar a tener participación en negocios de alta rentabilidad y altos requerimientos de capital, a los que, de no existir este negocio, no tendrían ninguna posibilidad de acceso.

III - Las relaciones de organización

Importan una sistemática distinta a las relaciones de cambio. Esas relaciones de organización, nacidas de un acto o de un contrato, abarcan relaciones personificadas o no, generando centros imputativos.

1. ¿Que son las relaciones de organización? Genéricamente aquellas donde no se agota en forma inmediata las relaciones negociales. Con este amplio criterio se englobarían una serie de negocios. El tema se vincula a la función de los contratos. Los más comunes son los contratos de cambio de titularidad, o de transferencia de uso, o de función de garantía o financiera, o de colaboración gestoría, o de prevención. Frente a ellos los que tienen una función de colaboración asociativa, o las redes contractuales que tienden a asegurar diversos negocios, en muchos casos de colaboración asociativa más compleja.

2. Ciertas relaciones llamadas contratos de organización no generan centros de imputación (mandato, distribución, agencia, etc.), pues a su vez están vinculados a relaciones de cambio y otras sí de diversa forma (subordinación, patrimonialización, personificación). Así la representación voluntaria y la representación orgánica. Los primeros, en ambos casos, no los ubicamos dentro de las relaciones de organización.

Apuntamos específicamente a algunas de las relaciones de organización, comúnmente llamadas asociativas donde las partes tienen todas en similar posición (partícipes o socios), sin que de ello resulte que el negocio queda personificado, ni que las partes tengan iguales derechos.

Las relaciones de organización se vinculan a técnicas que generan centros de imputación (personificación, etc.) o de responsabilidad (sociedad de hecho, imputación aditiva, etc.).

3. Dentro de ellos las relaciones o contratos plurilaterales funcionales, o sea aquellos donde las vicisitudes de una relación no afectan necesariamente al negocio en total. Se debe distinguir entre pluralidad ocasional, o sea donde las partes pueden ser plúrimas dentro de la bilateralidad del contrato, de aquella pluralidad estructural que resulta de la necesidad de la existencia de tres partes, por ejemplo en la delegación perfecta. Pero en estos contratos las partes tienen posiciones jurídicas diferentes y no hay una función en común. Contrasta con ello la plurilateralidad funcional donde puede haber menos partes —declaración de voluntad unilateral constitutiva—, pero si hay más de dos las partes tienen la misma posición jurídica y hay una función común derivada de la comunidad de fines que se persiguen. (11) El nudo funcional, o de fin común, o carácter común de la relación

aparece como fundamental. (12)

4. Respecto a ellas no existe sistemática ni uniformidad en la propia legislación interna, centrada en las relaciones de cambio, apareciendo ahora un atisbo en la nueva estructura de la personalidad jurídica, los contratos asociativos, la representación orgánica, los nuevos derechos reales para conjuntos inmobiliarios, las formas del préstamo, la nueva estructuración de las sociedades, la tibia unipersonalidad como fraccionamiento del patrimonio y la protección de emprendimientos.

Debe evitarse contraponer contrato de cambio —género— con subespecies de los contratos de colaboración (13), como lo serían los de organización, asociativos, y también —con las aclaraciones terminológicas— los llamados plurilaterales de finalidad común. (14) Si bien se mantienen dentro de lo que genéricamente se reconoce como contrato: "es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiesta su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales"(15), escapan a las clasificaciones clásicas entre contratos unilaterales y bilaterales, onerosos y gratuitos, aleatorios, nominados e innominados. (16)

Queremos enfatizar que la plurilateralidad es un efecto —una posibilidad— en los contratos de finalidad común.

4. Aún afirmando que todos los contratos plurilaterales son de finalidad o propósito común —lo que corresponde sólo a una técnica clasificatoria—, debe aceptarse la clasificación dentro de los contratos plurilaterales de aquellos que dan nacimiento o no a un sujeto de derecho (asociación o contrato de colaboración), y dentro de los que dan nacimiento a un sujeto de derecho a los meramente asociacionales y a los societarios. Por eso, recién en una subespecie de los contratos plurilaterales de organización encontraríamos a aquellos que dan nacimiento, necesariamente, a un sujeto de derecho.

5. Por eso resaltamos la importancia de un capítulo con más especificidad a los contratos de colaboración organizativa en el CCC, y las específicas afirmaciones normativas de que no se tratan de sociedades ni de personas jurídicas. En ese mismo sentido, pero con distinta terminología, Carlo (17) refiere que la categoría de sujetos no personificados de los cuales forman parte la sociedad personal, el consorcio, el condominio, las asociaciones no reconocidas, deben contemplarse frente a una única categoría: la de persona jurídica: "Abbiamo affermato constantemente che il contratto plurilaterale associativo ha la funzione di creare enti a estrutura corporativa". En el plano ideal de las reglas organizadoras, "persona" o "patrimonio" son recursos técnicos para disciplinar unitariamente cierto grupo de relaciones jurídicas —esto es, en esencia, lo que Ihering llama "paréntesis", "centro de imputación" Kelsen, y "tu-tu", Ross—.

6. El negocio personificante abarcaría tanto la sociedad de un solo socio, que a la fundación y excluye a los contratos asociativos. Por supuesto que la referencia "asociativos" en este caso esta usada en el sentido lato (18), pero en cuanto personificante, abarcando a la asociación, la mutual, los sindicatos, la cooperativa, la fundación, la sociedad, e insólitamente al consorcio de propietarios —agregado por el Senado—, lo que puede generar problemas concursales.

7. El tema está ligado a cómo se organiza un sistema jurídico, sea en un sistema de mercado —contratos de cambio—, o en un sistema de empresa, que halla su expresión en las diversas formas asociativas. (19)

A la empresa —como realidad socio económica— el derecho debe darle respuesta para su organización, generando medios de imputación, personificación, preferencias, en torno a los bienes y relaciones de la empresa en favor de los terceros. Cuando la titularidad y desarrollo de la empresa es pluripersonal se afronta a través de otras técnicas de organización, como la societaria, y a ello se tiende en el mundo a través de la declaración unilateral de voluntad para generar un nuevo centro de imputación de derechos y obligaciones, no bien logrado en cómo se plasma la SAU —sociedad anónima unipersonal— en LGS.

La empresa es una unidad económica, social y técnica, a diferencia del establecimiento (20), registrando tantas nociones como autores se ocupan del tema. (21) Nos inclinamos por una noción funcional y organizativa: la actividad. (22) La idea de intercambio -que calificaba la actividad de empresa- es hoy superada por la de planificación u organización. La empresa planifica o programa sus relaciones en su integridad, conformando metodologías de producción y comercialización (23) —incluso la mera administración de cartera accionaria del art. 31 LGS—, y específicamente en torno a los riesgos a asumir. Una empresa que no está planificada para obtener rentabilidad y no contaminar no es empresa, generando responsabilidad a sus administradores. (24)

IV — Los contratos asociativos

Estos contratos, como las sociedades, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, no existiendo disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica.

Como señala la Exposición de Motivos del CCC "La regulación de los contratos asociativos es absolutamente necesaria".

El contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines,

que no es sociedad. Apunta la Exposición "En los usos y prácticas es muy habitual que se celebren vínculos de colaboración asociativa que no constituyen sociedad. Su tutela jurídica es más evidente aun cuando se piensa en fortalecer la colaboración para alcanzar economías de escala entre pequeñas y medianas empresas, o para hacer compras o ventas en común, o desarrollos de investigación, o abordar grandes obras sin necesidad de asociarse".

En esa posición aparecen los contratos en participación. Se destacan los de colaboración o cooperación y los de cambio con cláusulas de resultado, contratos "con" participación o "de" ("en") participación. (25) En este último hay participación en las utilidades sin configurarse sociedad. El primero es el negocio parciario, contrato de cambio donde se genera co-interés en el resultado del negocio, como por ejemplo en la aparcería donde no hay aportes comunes ni participación en las pérdidas y el resultado no surge de la actividad coordinada sino de la actividad de una sola de ellas. Así un préstamo puede convertirse en un negocio participativo, determinándose el interés por la utilidad del negocio a que se aplicó. Ello no es negocio en participación donde puede perderse el capital, sino negocio parciario. (26)

El CCC —conforme el criterio que venimos sustentando— aborda las relaciones asociativas —o de organización— que son aquellas con finalidad común, donde la causa es el advenimiento del contrato o de esa relación jurídica. En ellas las partes tienen, además de esa finalidad común —y a la que los puede haber llevado intereses y causas disímiles—, una posición similar —socios o partícipes—, que no se altera en cuanto tengan roles diferentes en la organización —comanditados o comanditarios, gestores o partícipes—.

El Cap. 16, denominado opinablemente Contratos asociativos —hubiéramos preferido la denominación "de colaboración organizativa" — en su Sec. 1ª contiene disposiciones generales, que después referiremos

En nuestro derecho societario existe una norma referida a los contratos plurilaterales, la del art. 16 LS, ahora excepcionada por los arts. 93 y 94 bis LGS. El art. 1443 CCC reproduce la previsión de ese art. 16, que mantiene la LGS, típico de los contratos plurilaterales funcionales (en oposición a los estructurales), sobre afectaciones vinculares que no alteran la relación de organización entre los restantes, "excepto que la prestación de aquélla que ha incumplido o respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato".

Punto fundamental de la nueva legislación, tanto CCC como LGS que debe trascender también al derecho de crisis o derecho concursal: libertad bajo responsabilidad, ubérrima buena fe y responsabilidad si se daña.

Todas esas relaciones, incluso los contratos de colaboración, con finalidad común y organización podrán dar lugar a un sistema de recursos incoados por los disconformes con las resoluciones de esa organización, o sea de impugnación de las resoluciones que se pudieran adoptar colegialmente, pese a que no se regulo —como señalamos— el acto colegial colectivo, ingresando en su aplicación a asambleas unánimes (contractuales) o generales (colegiales colectivos), y modalidades formales e impugnativas genéricas, hoy limitadas a las sociedades por acciones y aplicadas por analógica a otros tipos sociales o asociativos.

Nos hemos referido a estas especiales relaciones de organización, constituidas por personas físicas o jurídicas con igual posición, personificadas o no imponen reglas especiales para generar centros patrimoniales o de imputación, su reconocimiento, efectos internos y externos, reglas especiales de imputación y responsabilidad, regulación de sus órganos en su caso como negocio colegial, reglas para los Contratos asociativos. (27)

La sistematización de los contratos asociativos (28) se corresponde a una visión más amplia de los contratos para facilitar la organización y desarrollo productivo.

Muchos intentos de una sistematización habían fracasado desde la década del 80 hasta la fecha, por diversas circunstancias que no es del caso ahora abordar. (29)

Los Fundamentos de esa incorporación al CCC, son significativos, y subrayable que: "hay una persistencia del modelo societario que hace que, con demasiada frecuencia, se los confunda y se los termine calificando como sociedad, con los perjuicios que ello genera....La colaboración asociativa, como la societaria, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, ya que no existe disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica. El contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad".

V — Aspectos generales de la normativa

El Cap. 16, denominado Contratos asociativos, en su Sec. 1ª contiene disposiciones generales. Contrastando con la definición de sociedad, no se definen estos contratos, que son encasillados por la "comunidad de fin que no sea sociedad", por lo que "no se les aplican las normas sobre la sociedad" ni las de "personas jurídicas", en norma repetitiva y de carácter docente (art. 1442 CCC), descartando su aplicación a "las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria", a las que también se excluye aplicar las normas "de la sociedad".

La subcomisión que integramos, como grupo de trabajo, aceptó usar las previsiones de anteriores anteproyectos que no habían recibido observación, no por perfectas, entendiendo que de esta forma se avanzaba,

eliminando alguna norma docente que integraba anteriores Proyectos.

El informalismo es aceptado en el Art. 1444, aunque en la realidad debe descartarse la posibilidad de inexistencia de base documental. La actuación de hecho impone hoy, frente a disposiciones impositivas, ciertas declaraciones o formalizadas, como la obtención de un CUIT —analizado para las UTE, al descartar la personificación de las mismas por normas impositivas—. (30) Ello se advierte en el artículo siguiente, que hace referencia a un negocio representativo o a un "contrato asociativo" que lo contenga. A su vez el art. 1447 CCC prevé que la falta de inscripción, prevista en el tipo de contrato elegido, igualmente "producen efectos entre las partes".

El art. 1445 dispone la previsión de representación voluntaria —art. 342 CCC (31) —, permitiendo la posibilidad de pactar que se vinculen los partícipes con terceros, a través de un representante común de cada uno de ellos o de la "organización común", impidiendo una legitimación pasiva o activa de los partícipes.

La realidad de los negocios y la inventiva empresaria no puede encorsetarse en los negocios típicos de organización que se prevén —que no son distintos a los disponibles actualmente, aunque se perfeccionan las figuras, por lo que en el art. 1446, se autoriza la "libertad para configurar estos contratos con otros contenidos".

Parece que es actual y oportuna la cita de Ascarelli, hecha en 1952 en sus "Studi": "En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales"(32), particularmente en los negocios en participación. (33)

Esa modalidad no genera especiales problemas impositivos o contables, en cuanto se realicen en forma transparente, lo que no implica que sea ostensible para evitar responsabilidad del partícipe, y no es afectada por el concurso del gestor, como veremos.

Sobre aspectos generales de los contratos de colaboración empresaria, y particulares de los mismos, nos hemos referido con anterioridad (34), y a ello remitimos, particularmente a lo trabajado con el Prof. Dr. Orlando Manuel Muiño. (35) Continuando con expresiones de la Comisión que generó el Anteproyecto, fijando la política que hemos descripto "Por un lado, se proponen normas generales para todos los contratos asociativos y se incluyen dentro del Código Civil el tratamiento del negocio en participación, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias. Por el otro, no existe regulación de la sociedad en el Código Civil. Esta sistemática es más acorde con la unificación de las materias civiles y comerciales pues extiende también esta unificación de la ley de sociedades".

VI — La normativa específica en el Código Civil y Comercial

1. Normas generales de los contratos asociativos

Ya nos hemos referido a las normas generales, que ahora reproducimos: Capítulo 16 Contratos asociativos. Sección 1ª Disposiciones generales

Art. 1442.— Normas aplicables. Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad.

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.

A las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria no se les aplican las disposiciones sobre contratos asociativos ni las de la sociedad.

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.

La Exposición de la Comisión enfatiza "La colaboración asociativa, como la societaria, presenta comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. A diferencia de la sociedad, se trata de una integración parcial y no total, ya que no existe disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica". Los partícipes continúan con su gestión individual, potenciada por estos contratos.

Es que un contrato no puede ser titular de derechos ni obligaciones, son los partícipes los que se benefician de las relaciones que les genera o genere ese contrato en su desarrollo. La ley es la que reconoce la personalidad jurídica y aquí la excluye expresamente para evitar discusiones doctrinarias ante el advenimiento de las "relaciones de organización". Claro que una exorbitación funcional o estructural —a las que referiremos—, producto de apartarse de las normas que regulan estos contratos puede hacerlo aparecer como un "ente" diferente al de los partícipes, absorbiendo incluso parte de su actividad, lo que la ley justamente ha querido evitar sobreabundando en las claras determinaciones de la norma.

La exclusión a comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria se corresponde a las diferentes causas de la relación.

Art. 1443.— Nulidad. Si las partes son más de dos la nulidad del contrato respecto de una de las partes no produce la nulidad entre las demás y el incumplimiento de una no excusa el de las otras, excepto que la prestación de aquella que ha incumplido respecto de la cual el contrato es nulo sea necesaria para la realización del objeto del contrato.

Se repite aquí la norma de los contratos plurilaterales de organización, ya contenida en el art. 16 LS, mantenida en el mismo artículo de la LGS.

Art. 1444.— Forma. Los contratos a que se refiere este Capítulo no están sujetos a requisitos de forma.

Obviamente se impone la forma escrita, por el contenido del contrato, incluso cuando se asume un contrato diferente a los reglados conforme a las necesidades operativas.

Art. 1445.— Actuación en nombre común o de las partes. 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 siguientes de este Capítulo.

Éste es un punto crucial. Los partícipes no otorgan representación orgánica sino mandatos, o sea representación voluntaria.

Art. 1446.— Libertad de contenidos. 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.

Como se advertirá la norma se enrola en el principio de la autonomía de la voluntad y en la libertad para la organización, conforme las necesidades del mercado. Esta solución se advierte a través del tratamiento de la cuestión en el Estatuto de la Empresa para los países del Mercosur, conforme proyecto de la Universitá Degli Studi di Roma "Tor Vergata", Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani. La Universitá degli Studi di Roma "Tor Vergata" en el Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani viene realizado estudios en torno a un Estatuto de la Empresa para los países del Mercosur, y en su título II se refiere a "Contratos de cooperacion entre empresas", para postular en el art. 5º: "Formas de cooperación (36) entre empresas. La empresa podrá asumir formas jurídicas contractuales tales como consorcio, la unión transitoria de empresas, el grupo de interés económico, el riesgo compartido y las agrupaciones de colaboración, no siendo dicha enumeración de carácter limitado". Para luego en su art. 6º poner el acento sobre la cuestión fundamental para contratantes y terceros: "Responsabilidad de las empresas partícipes. La responsabilidad de los partícipes frente a tercero se regirá por el contrato de cooperación publicitado en la forma establecida por la ley y por los contratos particulares eventualmente celebrados al efecto con terceros. Ello sin perjuicio de las reglas comunes al desenvolvimiento de la empresa contenidas en este Estatuto".

Art. 1447.— Efectos entre partes. Aunque la inscripción esté prevista en las Secciones siguientes de este Capítulo, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes.

O sea que la inscripción, cuando es exigida, hace a la oponibilidad del contrato frente a terceros, a quiénes también se puede anoticiar en buena fe de la existencia de la relación contractual al vincularse con los mismos. La solución es similar a la prevista en el art. 21 LGS sobre la validez del contrato entre los socios y la oponibilidad a los terceros que lo conocieron al momento de contratar.

Se eliminó efectos disvaliosos de la no inscripción del contrato de consorcio, y las referencias a empresarios, por entender que no correspondía a la terminología en uso. Por lo demás se mantiene la normativa, y son aplicables los ensayos sobre Negocio en participación, Agrupamiento de colaboración, Unión transitoria de empresa, y Consorcio de cooperación. Se reafirma en la nueva norma el que no son sujetos de derecho y que ello no ha acaecido por disposiciones impositivas anteriores, pues no son titulares de deuda, sino que se genera una responsabilidad por las deudas de los partícipes, como en otros muchos supuestos en el derecho argentino (responsabilidad por deuda ajena).

2. Negocio en participación

Nos hemos referido genéricamente al "Negocio en participación", apuntemos ahora las normas específicas:

Sección 2ª

Negocio en participación

Art. 1448.— Definición. El negocio en participación tiene por objeto la realización de una o más operaciones determinadas a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del gestor. No tiene denominación, no está sometido a requisitos de forma, ni se inscribe en el Registro Público.

Se ha eliminado la "transitoriedad" que refería el art. 361 LS, también de esta misma norma las referencias a que "no es sujeto de derecho", contenido en las normas generales de la sección 1°. Es de los contratos asociativos que no requiere inscripción. Obviamente que estos contratos deben reflejarse en la contabilidad del gestos y en las declaraciones impositivas de todos los intervinientes.

Las sociedades, incluso las anónimas, pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios

en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a las resultas del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso.

Esa modalidad no genera especiales problemas impositivos o contables, en cuanto se realicen en forma transparente, lo que no implica que sea ostensible para evitar responsabilidad del partícipe, y no es afectada por el concurso del gestor.

Para evitar interprestaciones disvaliosas se ha removido —como anticipamos— la supuesta traba contenida en el art. 30 ley de sociedades (LSC), la eliminación de la denominación contenida en el art. 361 LSC de "sociedad accidental" al no personificado negocio en participación, ahora regulado en el CCC., y por una variante especial del préstamo contenida en el art. 1531 ap. b) CCC. Ahora la cuestión doctrinaria ha sido relevada normativamente, disponiéndose: Sustitúyese el art. 30 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Art. 30.— Sociedad socia. "Las sociedades anónimas y en comandita por acciones solo pueden formar parte de sociedades por acciones y de responsabilidad limitada. Podrán ser parte de cualquier contrato asociativo".

Nunca hemos tenido dudas que esa forma de financiamiento era y es posible en nuestro país con ciertas limitaciones. Desde el I Congreso Argentino de Derecho Societario (Córdoba 1977) con la Prof. María Cristina Mercado de Sala (37) y luego en el II con ella y la Prof. Carmen Uanini (38), sostuvimos que la prohibición del art. 30 LSC para las sociedades por acciones no alcanzaba a los negocios en cuenta de participación (llamada anómalamente sociedad accidental), conforme las previsiones de los arts. 361 y ss. LSC. Luego nos unimos a Jorge Fushimi para analizar ese negocio en Argentina antes de la vigencia del CCC y LGS, que suele enfrentarse por una sociedad por acciones actuando como gestora de un fideicomiso para realizar un negocio determinado, cuando no actuando como fiduciaria.

El objeto de este contrato es potenciar las actividades del gestor. Nos imaginamos una cooperativa de trabajo nacida en la frustración de un juicio concursal de la empleadora de los ahora integrantes de la misma, carentes de capital operativo para negocios de envergadura pero con gran capacidad operativa —por ejemplo en la construcción—, que con un buen plan de negocios puedan atraer aportantes para construir edificios, generando diversas cuentas de operaciones como se prevea aplicar los fondos a todos o a un edificio en particular.

Art. 1449.— Gestor. Actuación y responsabilidad. Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones sólo respecto del gestor. La responsabilidad de éste es ilimitada. Si actúa más de un gestor son solidariamente responsables.

Se repite así el art. 362 de la LS, eliminado de la LGS. Los partícipes confían en la capacidad operativa del gestor, a cuyo patrimonio se incorporan las "aportaciones comunes", y por tanto éste —o éstos— responde respecto de los terceros que se vinculen con su patrimonio.

El contrato debe definirse en forma económicamente trasparente, cual es la posibilidad que se invite a inversores a financiar negocios específicos, que los mismos no afronten como socios de la sociedad, sino formalizando aportes destinados a un fin específico, corriendo el riesgo de hasta perder ese aporte —mientras se mantenga como mero inversor—, y gozando del derecho no sólo a la rendición de cuentas del negocio sino a obtener la utilidad pactada. A su vez la sociedad gestora tendrá derecho, una vez liquidado el negocio, a obtener una ganancia y no meramente una retribución por sus servicios.

Art. 1450.— Partícipe. Partícipe es la parte del negocio que no actúa frente a los terceros. No tiene acción contra éstos ni éstos contra aquél, en tanto no se exteriorice la apariencia de una actuación común.

No se trata de un negocio que deba permanecer oculto y que los terceros no conozcan el apoyo económico. Lo que genera responsabilidad es la actuación como si se tratara de una gestión común, un respaldo personalizado al negocio con el tercero.

No se trata de un préstamo participativo, donde los intereses son substituidos por la cierta participación en la ganancia si existiere, pues en el préstamo se mantiene la obligación de devolver aunque hubiere quebranto, lo que no existe en el negocio en participación. El préstamo participativo ha sido recogido expresamente ahora en varias modalidades en el art. 1531 CCC, como analizaremos.

Se reordenan expresiones de los arts. 362 in fine y 363 LS, derogados. Se focaliza la intervención del partícipe en la aportación al patrimonio del gestor para negocios determinados.

Se sanciona la actuación en común, que exorbita el contrato normado, haciendo presumir la existencia de una sociedad, incluso generando una apariencia de solvencia por el patrimonio del partícipe.

Art. 1451.— Derechos de información y rendición de cuentas. El partícipe tiene derecho a que el gestor le brinde información y acceso a la documentación relativa al negocio. También tiene derecho a la rendición de cuentas de la gestión en la forma y en el tiempo pactados; y en defecto de pacto, anualmente y al concluir la negociación.

Se reformula el contenido del derogado art. 364, particularmente la remisión a "las normas establecidas para los socios comanditarios" para alejar toda idea de sociedad. La rendición de cuentas es la forma de informar

sobre todo negocio a los interesados, y se resalta que ello debe serlo anualmente por las incidencias impositivas, y particularmente al concluir la negociación donde se cristaliza el resultado del negocio y la eventual incidencia en el impuesto a las ganancias del gesto y del partícipe.

Obviamente que al no ser sujeto de derecho, el negocio en participación o sociedad accidental no es un contribuyente en especial: En tal sentido, es fundamental tener presente que para ser considerado contribuyente o responsable de obligaciones tributarias, es necesario que se verifique el acaecimiento del hecho imponible y que éste le sea atribuible a alguien. Deciamos, con Fushimi (39), vagamente "alguien" por cuanto el concepto de contribuyente o responsable no se agota en las personas físicas y jurídicas, sino que este es mucho más amplio y abarca, además, a la sucesión indivisa, patrimonios de afectación, asociaciones sin personalidad jurídica y "empresas". Por lo tanto, deberemos analizar la situación de cada uno de los impuestos para determinar si al negocio en participación le es atribuible la calidad de contribuyente o responsable. La sociedad gestora se convierte en responsable del cumplimiento de la deuda ajena, al tratarse de "administradores de patrimonios, empresas o bienes que en ejercicio de sus funciones puedan determinar íntegramente la materia imponible que gravan las respectivas leyes tributarias..." (según art. 6º, inc. e, Ley de Procedimientos Tributarios [LPT] 11.683 t.o. 1998). La falta de normativa específica, genera la duda si, a su vez, el asociado al negocio participativo asume la misma responsabilidad personal y solidaria que el art. 8º inc. g) de la LPT reserva para los integrantes de UTE o ACE respecto de la deuda tributaria de estas figuras colaborativas.

Frente al Impuesto a las Ganancias se plantean mayor cantidad de hipótesis. Debe plantearse el negocio desde la óptica de quien "presta" (aporta) el dinero y de quien recibe el dinero ("aporte"). En el caso de quien presta, deberemos analizar si es una persona física o una persona jurídica, quedando claro que el negocio parciario, por sí, no es contribuyente del impuesto a las ganancias. Aunque se discute si es sociedad se descarta que sea una persona jurídica. (40)

Si el aportante resulta ser una persona física, la naturaleza del contrato tendrá fundamental importancia, ya que se debería determinar si se trata de un préstamo o si se trata de un negocio asociativo. En efecto, si el negocio es considerado como un préstamo, los beneficios que le correspondan serán considerados como rentas de capital, es decir, ganancia de segunda categoría, por lo que los resultados se imputarán cuando sean percibidos. Si el negocio es considerado como una actividad empresarial, o bien no puede encuadrarse de una manera explícita en otra categoría, entonces deberemos encuadrar al resultado que se obtenga, como de tercera categoría. En este caso, la ganancia deberá imputarse por el criterio de lo devengado, o sea cuando se le rinda cuentas al partícipe, sin interesar si se acreditó o pagó —o no— el resultado del negocio. a.2.) Si el aportante fuese considerada "empresa"(41), la naturaleza del negocio será irrelevante, por cuanto para éstas, toda ganancia está gravada sin necesidad de encuadramiento o categorización. a.3.) Quebrantos: En todos los casos, las pérdidas son perfectamente computables como tales en el impuesto a las ganancias, en la medida que las mismas estén debidamente documentadas y probadas. No existen razones ni motivos para que la atribución del resultado negativo no pueda ser debidamente asumida.

Para el receptor del aporte en participación (asociante): En la medida que éste desarrolla una actividad organizada bajo la forma de empresa, cualquiera fuese la forma jurídica que adopte, su actividad estará gravada en el impuesto a las ganancias. Si consideramos que éste operará como un socio gestor, entonces la totalidad de los resultados deben atribuírseles a él y, será éste quien deberá tributar el impuesto a las ganancias, conforme su forma societaria.

El problema que se plantea es que dependiendo de la forma en que se explicite el negocio jurídico, bien puede ocurrir que se produzca un problema de doble imposición. (42) Para evitarlo, el negocio debería estar debidamente documentado y explicitado, de manera que resulte claro que una vez concluido, se procederá a la rendición de cuentas y, recién una vez acaecida ésta y atribuidos los resultados a cada uno de los partícipes, cada uno podrá declarar la ganancia por sí. Ello es obvio, por cuanto el gestor recién determinará la utilidad del negocio cuando rinda cuentas y devuelva la participación, y sólo retendrá la utilidad que le corresponda conforme el contrato de participación, sobre lo que tributará. Eventualmente deberá determinarse si al entregar utilidad al partícipe debe realizar una retención, según corresponda. La posibilidad de que el partícipe vea retribuida su aportación queda siempre subordinada a los resultados netos obtenidos, para lo cual es imprescindible la previa liquidación de las operaciones con terceros. Al referirnos a la necesaria documentación y explicitación subrayamos que no se trata de un negocio secreto u oculto en nuestro derecho que sólo sanciona con responsabilidad del o de los partícipes, cuando el gestor hace conocer sus nombres con su consentimiento (art. 363 LSA). O sea que su publicidad es lícita, y sólo se altera la responsabilidad de los partícipes si éstos la consienten.

Art. 1452.— Limitación de las pérdidas. Las pérdidas que afecten al partícipe no pueden superar el valor de su aporte.

Es la traspolación del art. 365 LS derogado.

A su vez de la regulación contenida en la ley de sociedades, se excluye la previsión del art. 366 que remitía a las "reglas de la sociedad colectiva" en torno al funcionamiento y disolución. Se eliminan referencias a la liquidación, cubiertas por la obligación de rendición de cuentas en la forma mejorada que se norma el art. 1451

sobre el precedente en la LS.

Justamente la naturaleza de este contrato es arriesgar la aportación al patrimonio del gestor en un negocio determinado, planificado. Y sólo asumiría una mayor responsabilidad frente a terceros en el caso que hubiere generado la apariencia de una actuación en común. Esto último sin perjuicio de reclamar al gestor lo que hubiere debido pagar más allá de la aportación comprometida al negocio gestionado.

La quiebra de la sociedad gestora no afecta a los partícipes conforme resulta de la expresa previsión del art. 151 LCQ, aunque obviamente posterga los derechos de los partícipes que "no tienen derecho sobre los bienes sujetos a desapoderamiento, sino después que se haya pagado totalmente a los acreedores y los gastos del concurso". Si el negocio hubiere concluido y se les hubiere liquidado su participación y utilidad conforme a rendición de cuentas en forma anterior a la quiebra no se verán afectados, pues el negocio habría concluido (disuelto), y la declaración de quiebra del socio gestor, si el negocio no estuviera concluido, "produce la disolución de la sociedad accidental o en participación" con los efectos indicados. Conforme a esa conclusión deberá formalizarse la rendición de cuentas y si resulta acreedor el partícipe tendrá derecho a verificar su crédito como quirografario. Si el partícipe hubiere entregado un bien de su propiedad para el cumplimiento del negocio en participación, y el mismo no fuere fungible —salvo que se tratara de un contrato conexo de maquila— (art. 138 LCQ), tendrá derecho a la restitución del mismo, como indirectamente resulta del texto de la norma.

El Concurso preventivo no afectaría a este contrato (43), que recién quedaría disuelto con la declaración de quiebra como hemos visto. O sea que se mantiene el negocio, la obligación de mantener la gestión por la concursada y de rendir cuentas, debiendo sin duda ser informado en la presentación.

Un aspecto importante es que si bien no puede ser materia de quiebra o concurso el agrupamiento, ni justificar una extensión de quiebra por su estructura, si permitirá a la autonomía de la voluntad un concurso preventivo por agrupamiento, ante el concursamiento de uno de ellos, la concurrencia de alguno, algunos o todos los partícipes, conforme el régimen previsto en el art. 66 de la ley específica, que prescribe: "para la apertura de concurso resultará suficiente con que uno de los integrantes del agrupamiento se encuentre en estado de cesación de pagos, con la condición de que dicho estado pueda afectar a los demás integrantes del grupo económico". Si el partícipe hubiera actuado ostensiblemente, apoyando la actividad del gestor frente a terceros, es posible que por haber asumido responsabilidad solidaria decida usar de esta técnica para asumir la crisis.

3. El mutuo participativo estricto

El CCC introduce una figura de mutuo fácilmente de confundir con un negocio en participación. Hacemos referencia a los préstamos en participación, regulados por el CCC. En efecto el art. 1531 reza: "Las reglas de este Capítulo (del préstamo o "Mutuo") se aplican aunque el contrato de mutuo tenga cláusulas que establezcan que: a) la tasa de interés consiste en una parte o porcentaje de las utilidades de un negocio o actividad, o se calcula a una tasa variable de acuerdo con ellos; b) el mutuante tiene derecho a percibir intereses o a recuperar su capital sólo de las utilidades resultantes de un negocio o actividad, sin derecho a cobrarse de otros bienes del mutuario; c) el mutuario debe dar a los fondos un destino determinado".

Como forma de financiación para la sociedad gestora, el negocio ofrece evidentes ventajas, en relación por ejemplo, al préstamo participativo. En efecto, mientras en el préstamo parciario el deudor está obligado a restituir el capital, lo que necesariamente implica que —de resultar perdidoso el negocio— la sociedad deberá recurrir a otros fondos sociales para restituir el capital prestado, lo que agrava la pérdida. Mientras, en el negocio en participación, el aportante padece los quebrantos conjuntamente con la asociante.

Resulta claro que al distribuir el riesgo, el costo financiero para la sociedad gestora tenderá a disminuir radicalmente. Impositivamente al ser un préstamo, el hecho imponible se generará no al devengarse utilidad sino en el momento de cancelación efectiva de intereses y capital.

La modalidad del inc. b) tiene una identidad —salvo en este aspecto impositivo— con el negocio en participación. Claro que en el concurso y en la quiebra del deudor podría tener inteligencias diversas, por los efectos respecto a todas las acreencias pendientes y no advertir que se haya creado un privilegio.

Se estimula así un capitalismo emprendedor, generador de trabajo y riqueza, atrayendo al capitalismo financiero. La modalidad debería ser una constante en la toma de préstamos internacionales por los gobiernos, tendiendo a que sociedades de inversión formalicen proyectos de inversión en infraestructura, aseguren los capitales —incluso a través de procesos licitatorios—, auditen la aplicación de fondos y el funcionamiento del proyecto para que los prestamistas obtengan el reembolso del préstamo con rendimiento superior a intereses normales, y al tiempo la obra de infraestructura quede a total beneficio del país tomador del préstamo.

La única diferencia entre el negocio en participación y el préstamo participativo del punto b. sería la forma de liquidar el impuesto a las ganancias, en el primer caso al cerrarse el negocio, en el segundo cuando se liquiden intereses.

4. Agrupamiento de colaboración

Este contrato es una clara herramienta para mejorar la funcionalidad de varias sociedades, sin alterar su operatoria individual, particularmente en pequeñas y medianas empresas, donde el acceso a ciertos bienes no

sólo es costoso sino que implica la posibilidad de ser compartido.

Un laboratorio, un centro de cómputos, maquinaria agrícola, camiones hormigoneros son ejemplos de bienes compartibles a través de este contrato.

Remitimos a anteriores comentarios (44), limitándonos a remarcar algunos cambios y aspectos que eviten la exorbitación de este contrato.

Así la definición en la Sección 3ª Agrupaciones de colaboración Art. 1453.— Definición. Hay contrato de agrupación de colaboración cuando las partes establecen una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades.

Se omite la referencia a "empresarios" y "empresariales", manteniendo la caracterización pero eliminando las limitaciones subjetivas de quiénes pueden formalizar estos contratos, contenidas en el art. 367 LS. Se elimina el segundo párrafo contenido en los principios generales, y las referencias a las sociedades extranjeras. Obviamente no se genera un sujeto de derecho ni un patrimonio independiente, ni se altera la funcionalidad de los partícipes agrupados.

Manteniendo la operatividad individual, el Art. 1454 remarca que el agrupamiento no tiene patrimonio ni utilidades, pues los beneficios se integran al patrimonio de los partícipes y deben ser expresados en sus respectivos balances y declaraciones impositivas: Ausencia de finalidad lucrativa. La agrupación, en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las partes agrupadas o consorciadas. La agrupación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros.

La expresión final también es definitoria: no hay delegación ni de dirección ni de representación orgánica. Se repite la norma contenida en el art. 368 LS.

Si el laboratorio generado a través del agrupamiento, para atender las necesidades de los partícipes tiene "aparentemente" capacidad libre, no puede atender a terceros para obtener remuneración. Si el contrato de agrupamiento está bien hecho, esa capacidad libre corresponderá a alguno o algunos de los partícipes, quién o quiénes tendrán capacidad individual para cederla a terceros a su riesgo. Volveremos sobre estos aspectos, hace a la exorbitación del negocio.

Al no sustituir la actividad de los partícipes no puede tener fines de lucro, ni incrementar un patrimonio inexistente. Es una herramienta para la actividad individual de los partícipes.

Congruente con ello, el Art. 1455.— Contrato. Forma y contenido. El contrato debe otorgarse por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente e inscribirse en el Registro Público que corresponda. Una copia certificada con los datos de su correspondiente inscripción debe ser remitida por el Registro al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia.

El contrato debe contener:

a. el objeto de la agrupación;

b. la duración, que no puede exceder de diez años. Si se establece por más tiempo, queda reducida a dicho plazo. En caso de omisión del plazo, se entiende que la duración es de diez años. Puede ser prorrogada antes de su vencimiento por decisión unánime de los participantes por sucesivos plazos de hasta diez años. El contrato no puede prorrogarse si hubiese acreedores embargantes de los participantes y no se los desinteresa previamente.

c. la denominación, que se forma con un nombre de fantasía integrado con la palabra "agrupación";

d. el nombre, razón social o denominación, el domicilio y los datos de inscripción registral del contrato o estatuto o de la matriculación e individualización, en su caso, de cada uno de los participantes. En el caso de sociedades, la relación de la resolución del órgano social que aprueba la contratación de la agrupación, así como su fecha y número de acta;

e. la constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato de agrupación, tanto entre las partes como respecto de terceros;

f. las obligaciones asumidas por los participantes, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes;

g. la participación que cada contratante ha de tener en las actividades comunes y en sus resultados;

h. los medios, atribuciones y poderes que se establecen para dirigir la organización y actividad común, administrar el fondo operativo, representar individual y colectivamente a los participantes y controlar su actividad al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas;

Originariamente se expresaba individual o colectivamente, modificándose por la expresión copulativa "y".

i. los casos de separación y exclusión; En la redacción original se expresaba "supuestos", que ha sido sustituido por "casos".

j. los requisitos de admisión de nuevos participantes; Originariamente "condiciones" fue sustituida por la expresión "requisitos".

k. las sanciones por incumplimiento de obligaciones;

l. las normas para la confección de estados de situación, a cuyo efecto los administradores deben llevar, con las formalidades establecidas por este Código, los libros habilitados a nombre de la agrupación que requiera la naturaleza e importancia de la actividad común. Congruente con las nuevas denominaciones se eliminó "de Comercio" en la calificación del Código.

Veamos los cambios introducidos al art. 369 LS: En cuanto a la autenticidad de las firmas e identidad de los firmantes del contrato, de ser por instrumento privado esa firma debe ser certificada notarialmente. En el inc. b se agrega al plazo: ...Si se establece por más tiempo, queda reducida a dicho plazo. En caso de omisión del plazo, se entiende que la duración es de diez años.... por sucesivos plazos de hasta diez años. El contrato no puede prorrogarse si hubiese acreedores embargantes de los participantes y no se los desinteresa previamente. Agregado final en tutela de los acreedores individuales de los partícipes.

Se impone la inscripción registral para asegurar la oponibilidad a terceros, que también puede lograrse por el conocimiento que se les dé a aquellos con quiénes se vincula.

El conocimiento de la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia debe ligarse a las formas de extinción del contrato: "e. por decisión firme de la autoridad competente que considere que la agrupación, por su objeto o por su actividad, persigue la realización de prácticas restrictivas de la competencia;".

La identificación en el contrato del objeto de la agrupación es fundamental, constituye la causal fin del negocio de organización y permitirá identificar que el mismo no genera ni un sujeto ni un patrimonio independiente, ni sustituye la actividad de los partícipes sólo integrándola.

La acabada estructuración del contrato, con el mínimo de contenido fijado en la norma del art. 1455 CCC asegura la funcionalidad del contrato y que los representantes voluntarios no asuman actividades de los partícipes.

Art. 1456.— Resoluciones. Las resoluciones relativas a la realización del objeto de la agrupación se adoptan por el voto de la mayoría absoluta de los participantes, excepto disposición contraria del contrato. Originariamente el art. 370 LS expresaba "se adoptarán", calificando ahora la mayoría de "absoluta", lo que no se indicaba en la norma sustituida.

La impugnación de las resoluciones sólo puede fundarse en la violación de disposiciones legales o contractuales. La acción debe ser dirigida contra cada uno de los integrantes de la agrupación y plantearse ante el tribunal del domicilio fijado en el contrato, dentro de los treinta días de haberse notificado fehacientemente la decisión de la agrupación.

Las reuniones o consultas a los participantes deben efectuarse cada vez que lo requiera un administrador o cualquiera de los participantes.

No puede modificarse el contrato sin el consentimiento unánime de los participantes.

Sólo se introduce un cambio de redacción, que tiende a dejar en claro que no se demanda a un sujeto de derecho sino a los cocontratantes.

Art. 1457.— Dirección y administración. La dirección y administración debe estar a cargo de una o más personas humanas designadas en el contrato, o posteriormente por resolución de los participantes. Son aplicables las reglas del mandato.

En caso de ser varios los administradores, si nada se dice en el contrato pueden actuar indistintamente.

Con un ajuste de redacción al referirse a las personas humanas, y en la remisión, sustituyéndose la del Código de Comercio por las "reglas del mandato", o sea que no existe representación orgánica.

Art. 1458.— Fondo común operativo. Las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran, constituyen el fondo común operativo de la agrupación. Durante el plazo establecido para su duración, los bienes se deben mantener indivisos, y los acreedores particulares de los participantes no pueden hacer valer su derecho sobre ellos.

Mejorada su redacción, queda en claro que los bienes aplicados al uso en común no están a nombre de la agrupación, que no es persona jurídica, sino de los partícipes en indivisión funcional, es un condominio con afectación a los fines del contrato. Obviamente los acreedores individuales pueden embargar las participaciones de los partícipes.

Art. 1459.— Obligaciones. Solidaridad. Los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación. La acción queda expedita después de haberse interpelado infructuosamente al administrador de la agrupación. El demandado por cumplimiento de la obligación tiene derecho a oponer las defensas personales y las comunes que correspondan a la agrupación.

El participante representado responde solidariamente con el fondo común operativo por las obligaciones que los representantes hayan asumido en representación de un participante, haciéndolo saber al tercero al tiempo de obligarse.

Con una mejora de redacción, particularmente en el segundo párrafo, manteniendo la solución queda en claro el vínculo representativo, de mandato y no de representación orgánica.

Cabe distinguir entonces entre obligaciones asumidas para el mantenimiento de los bienes —por ejemplo del laboratorio— y de obligaciones asumidas en representación de un participante. Las primeras deberán ser asumidas por el representante voluntario con el fondo común operativo que mantienen los partícipes a ese fin, y en su falta recién responderán los partícipes solidariamente. Las segundas deberán ser asumidas por el partícipe representado, o sea por el que se asumió la obligación vinculada al agrupamiento, solidariamente con el fondo común operativo.

Los representantes legales no asumen responsabilidad pues no son representantes orgánicos, sin perjuicio de su responsabilidad como mandatarios.

Art. 1460.— Estados de situación. Los estados de situación de la agrupación deben ser sometidos a decisión de los participantes dentro de los noventa días del cierre de cada ejercicio anual.

Los beneficios o pérdidas o, en su caso, los ingresos y gastos de los participantes derivados de su actividad, pueden ser imputados al ejercicio en que se producen o a aquel en el que se aprueban las cuentas de la agrupación.

Se trata de una rendición de cuentas en el negocio de colaboración, debiendo declarar impositivamente las ganancias y la participación patrimonial cada uno de los partícipes. Por ello debe practicarse un ejercicio anual y la indicación de la afectación impositiva a un ejercicio determinado conforme declaren los partícipes.

El tema está regulado por la FACPCE conforme la resolución técnica 14 del año 1997, actualizada para las AC y las UTE por las res. 19/2000, 21/2002 y 27/2009.

Art. 1461.— Extinción. El contrato de agrupación se extingue:

a. por la decisión de los participantes;

b. por expiración del plazo por el cual se constituye; por la consecución del objeto para el que se forma o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;

c. por reducción a uno del número de participantes;

Esta previsión es congruente con lo dispuesto por el art. 1455 inc. i, integrándose con el artículo siguiente 1462 in fine.

d. por incapacidad, muerte, disolución o quiebra de un participante, a menos que el contrato prevea su continuación o que los demás participantes lo decidan por unanimidad;

e. por decisión firme de la autoridad competente que considere que la agrupación, por su objeto o por su actividad, persigue la realización de prácticas restrictivas de la competencia;

f. por causas específicamente previstas en el contrato.

Se advertirá que por congruencia se ha sustituido la expresión "disolución" por "extinción", conforme su naturaleza contractual.

Art. 1462.— Resolución parcial no voluntaria de vínculo. Sin perjuicio de lo establecido en el contrato, cualquier participante puede ser excluido por decisión unánime de los demás, si contraviene habitualmente sus obligaciones, perturba el funcionamiento de la agrupación o incurre en un incumplimiento grave.

Cuando el contrato sólo vincula a dos personas, si una incurre en alguna de las causales indicadas, el otro participante puede declarar la resolución del contrato y reclamar del incumplidor el resarcimiento de los daños.

No sólo se ha mejorado la redacción, eliminando la expresión "exclusión", sustituyéndola congruentemente por la correspondiente a la naturaleza contractual, sino que se ha reglado expresamente el supuesto de resolución del contrato en caso de ser sólo dos las partes.

VII - Exorbitación funcional y estructural del agrupamiento de colaboración (45)

1. Exorbitación funcional

Se sostiene una supuesta personalidad de los contratos asociativos por cierta doctrina que aún insiste que los contratos de colaboración empresaria constituyen en nuestro país sujetos de derecho (46), queriendo encontrar una base ontológica al reconocimiento de personalidad que, a nuestro entender, es una mera técnica jurídica otorgable a supuestos en que se configura un centro de imputación (otra técnica puede ser la patrimonialización).

No lo altera la existencia de un fondo común operativo, verdadero patrimonio, ni de la denominación y domicilio del contrato de colaboración empresaria, que facilita la individualización y la imputación de los actos

de los representantes convencionales, frente a la expresa declaración de la ley: no es sujeto de derecho. No existe una representación orgánica, colegial o social, sino de carácter convencional, aunque la ley exija se otorgue.

Se apunta al criterio de la A.F.I.P. y las normas tributarias que consideran sujeto tributario a los contratos de Agrupamiento de Colaboración (A.C.) ó de unión transitoria de empresas (U.T.E). Entendemos que ello es en virtud del principio de la realidad económica: si actúan como sujeto de derecho deben tributar. Además debe distinguirse entre sujeto de la imposición de responsable de la imposición. (47)

Bajo ese parámetro, el representante de un contrato de Agrupamiento de Colaboración que adquieran bienes a nombre del "contrato" y no de los partícipes en condominio funcional, como señala la ley, ó que aplican esos bienes a realizar actos a favor de terceros, están actuando como "sociedad atípica" y, como tal, sociedad devenida de hecho.

Igualmente si a través de la actuación del representante de los partícipes, o por los propios partícipes compra bienes al nombre de fantasía o factura a terceros sin dividir las participaciones de los partícipes de quiénes es representante, y no del contrato de colaboración como sujeto, estará actuando como sociedad, y se correrá el riesgo de ello.

Así aceptada la condición de sujeto de derecho ante la A.F.I.P. se confiesa la desnaturalización del contrato y haber actuado como sociedad atípica o de hecho, con todas las consecuencias de la inoponibilidad del contrato entre las partes, acción de liquidación o regularización únicamente, etc., que configuran consecuencias disvaliosas de un obrar no ajustado a derecho.

El negocio representativo implica que la declaración de voluntad de uno se imputa al patrimonio de otro en virtud de una disposición de la ley o de un negocio jurídico. (48)

En los contratos de colaboración empresaria típicos (49), los representantes no lo son del "contrato" sino de los "partícipes" en negocios que tengan por "causa" la funcionalidad del contrato. Se trata de una representación voluntaria: "individual o colectiva" (art. 369 inc. 8º LS) en el contrato de colaboración empresaria (art. 1455 ap. H. CCC). Se trata en todos los supuestos de un mandato representativo, voluntario y no de representación orgánica. La cuestión ha sido expresamente resuelta por el CCC en el art. 1442 (50) que en forma reiterativa señala que no son ni sociedades ni personas jurídicas.

La "personificación" impositiva de las AC acaece por atipicidad funcional y exorbitación de la representación de los partícipes, y su aceptación generaría la existencia de un sujeto societario atípico, actuante como sociedad (devenida) de hecho (51), con reglas propias o sea la de los arts. 21 y ss. LGS.

El problema más grave no es el de responsabilidad, que es el que motiva normalmente la aplicación de la "teoría de la sociedad de hecho", sino la alteración de centros de imputación respecto de terceros: los acreedores individuales de los supuestos socios.

La zona de riesgo es evidente y sólo la actitud de la jurisprudencia cautelar generada por buenos asesores ha evitado esos riesgos. Los mismos, devienen de configurar un contrato de colaboración empresaria típico, con actividades desbordantes, no han sido todavía suficientemente analizados.

Importantes comunicaciones al VII Congreso Argentino de Derecho Societario y III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires 1998, da cuenta en su tomo III de numerosas comunicaciones que ponen de resalto la existencia del problema, la supuesta personificación fiscal de estos contratos y la apreciación negativa general: Personalidad tributaria de las UTES de José Daniel BARBATO y Amílcar Bernardo ARECO (p. 349), Uniones transitorias de empresas. Particularidades jurídicas, impositivas y contables por Susy Inés BELLO KNOLL, Claudia GOLUBOK y Pablo Sergio VARELA (p. 359), Utes y Contratos de colaboración: objeto de tributación por María Cristina Mercado de Sala (p. 424).

El pago de tributos "subjetivizando un contrato de colaboración" podría ser considerada una confesión por parte de los partícipes de haber actuado "agrupados" bajo una forma personificante, sin duda "societaria" y no "contractual", pues la "personalidad jurídica" es un recurso técnico otorgado por el sistema jurídico a ciertas relaciones (52), no disponible por la autonomía de la voluntad. O sea que la cuestión se agrava cuando los partícipes firman declaraciones impositivas donde se confirme el desvío.

2. Exorbitación estructural

Otra modalidad, no tan común, de extralimitarse en la tipificación contractual de estos contratos asociativos, es organizar una empresa y concebirla en su desarrollo a través de denominarla bajo una de estas formas contractuales, pero previendo en el mismo contrato actos que están vedados a estas formas operativas o relaciones de organización interempresarias.

Así por ejemplo que se prevea que un agrupamiento de colaboración preste servicios a terceros, o que pueda adquirir bienes a "su nombre", inclusive que en el momento de contratar se le transfieran bienes a "su nombre", etc.

Tales circunstancias, si se generara daño a alguno de los partícipes por ejercer en tal forma su supuesta

"autonomía de la voluntad contractual", podría llevar a imputar responsabilidad a los profesionales de las ciencias jurídicas y económicas que intervinieron en la gestación y/o inscripción de tal supuesto contrato "típico", incluso atípico si genera una persona jurídica, lo que llevaría a aplicar las normas de los arts. 21 y ss. LGS.

VIII — Meditando

Como se advertirá, las cuestiones desarrolladas implican un cambio tanto en la forma de pensar como en la forma de observar el desarrollo de la actividad organizada. Más que una tesis una preocupación, tratando de unificar principios sin dejar de advertir la irrupción de un método de relaciones de organización que altera el tradicional método de reglar relaciones de cambio. Al mismo tiempo, advertir sobre la aplicabilidad tanto a sociedades como a contratos asociativos de los principios sentados en el Título preliminar del CCC (53), y de la formulación de una teoría general de la imputación, introducida para todas las personas jurídicas en el art. 144 CCC con una redacción más simple que la del mantenido art. 54 in fine LGS (54), en una visión dentro de la que se ubica la de la representación orgánica ahora reglada por el CCC.

Como siempre, el límite de la capacidad jurígena para generar nuevos instrumentos es el no dañar ni a terceros ni al mercado.

(*) Otros ensayos referidos a este y otros temas pueden verse en www.acaderc.org.ar. Agradeceremos comentarios y sugerencias a richardefrainhugo@gmail.com.

(1) Nto. Las relaciones de organización. El sistema jurídico del derecho privado. 2ª edición corregida, Córdoba 2002, Editorial Advocatus.

(2) Publicado en libro AA.VV. Bicentenario del Código de Comercio Francés, Editado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Coordinadores Alfredo MORLES HERNÁNDEZ y Irene DE VALERA, Caracas 2008, pág. 1081 a 1136.

(3) SAVARY Le parfait negociant 2ª parte pág. 25, citado por SOLÁ de CAÑIZARES, Felipe El contrato de participación en el derecho español y el derecho comparado, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, pág. 7.

(4) POULLE Traité théorique et pratique des socieétés en participation, París 1887. JOBIT L`association en participation, Tesis, París 1912; ADOLPH De l`asssociation en participation, Paris 1912, citados por Solá Cañizares.

(5) Nto. Sociedad y contratos asociativos Ed. Zavalía, Buenos Aires 1989, pág. 124. Se corresponden estos criterios a aquellos que denominan como sociedad a lo que el mismo Vélez Sarsfield ya descartaba en su nota referida y transcripta al art. 1648 C.C.A. (Código Civil argentino vigente hasta el 31 de diciembre de 2015).

(6) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis La atipicidad en derecho de sociedades, Ed. Pórtico, Zaragoza; p. 298 y ss., específicamente p. 304. El tema de la identidad causal del acto constitutivo de sociedad pone en juego, en primer término, el problema de la validez dogmática del fin común como medio de individualización de los fenómenos asociativos en sentido amplio y, dentro de éstos, del contrato de sociedad.

(7) Nto. Organización Asociativa, Ed. Zavalía, Buenos Aires.

(8) SPOTA Instituciones de Derecho Civil-Contratos Vol. I, Depalma 1975, p. 126. Nº 101. V. Sociedad. "Entre los contratos de colaboración, debemos citar el contrato de sociedad, en el que varias personas —dos o más— se ponen de acuerdo para lograr, mediante la mutua obligación de efectuar aportes (consistentes en prestaciones de dar o de hacer), utilidades y dividírselas. El C.C. concibe tal convención como contrato (art. 1648). Lo mismo cabe aseverar con respecto a la sociedad mercantil según la regulación que el dec.-ley 19.550 (art. 1º) efectúa de ese contrato de organización para brindar al cambio productos o servicios, debiendo las partes del contrato subsumir su convención en uno de los "tipos" que el texto legal reglamenta, a diferencia de la sociedad civil, cuya organización queda librada a la autonomía de la voluntad, sin perjuicio de las normas de alcance imperativo (v.gr. responsabilidad de la sociedad y de los socios frente a los acreedores sociales).

(9) LOY, Odette Le marché unique et les sociétés en "Droit et pratique du commerce internacional", 1989, p. 249 y ss.

(10) El tema mereció nuestra atención juntamente a Jorge Fernando FUSHIMI en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, www.acaderc.org.ar.

(11) LORENZETTI, Ricardo Tratado de los contratos. Parte General. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2004. págs. 215 y 216; RICHARD y MUIÑO Derecho Societario, Ed. Astrea, 2ª Edición, Buenos Aires 2007, págs. 83 y 766. Agregamos que ello no se altera en cuanto tengan roles diferentes en la organización —comanditados o comanditarios, gestores o partícipes—.

(12) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis La atipicidad en derecho de sociedades, Ed. Pórtico, Zaragoza; p. 298 y ss., específicamente p. 304. Nto. Organización Asociativa Editorial Zavalía, pág. 136, Buenos Aires 1994.

(13) Summa Societaria, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo IV pág. 4707 y ss. y en Las relaciones de organización. El sistema jurídico del Derecho Privado, 2º Ed. Advocatus, Córdoba 2002.

(14) Pluralidad estructural. Parece fundamental, para desbrozar la cuestión el ingresar en las dificultades clasificatorias, fijar el criterio de plurilateralidad. BARBERO, Domenico Derecho Privado -Buenos Aires 1967 t. I pág. 450- expresa "b. El llamado "contrato plurilateral". Pero si el "contrato" es siempre bilateral en cuanto "negocio", ¿cómo es que se habla de "contrato plurilateral"? Tampoco éste —en nuestra opinión— debe confundirse con el "negocio plurilateral", pero la distinción, aquí, no es ya en términos iguales o análogos entre unilateralidad y bilateralidad del negocio y unilateralidad y bilateralidad del contrato. "Contrato" y "negocio" plurilaterales tienen un cierto terreno en común, ya que ambos comportan proveniencia de la manifestación negocial de más de dos "partes" y pueden tener también común la asunción de obligaciones recíprocas a cargo de todas las partes. Pero he aquí, en nuestra opinión, el rasgo diferencial: a) el "negocio plurilateral" tiene una estructura en que la disposición de las "partes" es típica e inalterable, es decir, necesariamente, son más de dos los centros de interés, "partes" de donde provienen las "manifestaciones"). Así, por ejemplo, en la constitución de dote por obra de un tercero, o como algunos lo admiten, en la delegación hay tres posiciones (constituyente, marido y mujer); delegante, delegado y delegatario) tipificantes caracterizadas ineliminables e inconvertibles, de manera que el negocio no puede existir sin alguna de ellas. b) En el "contrato plurilateral", la pluralidad, en cambio, cuando es posible, es puramente eventual, mientras que el mismo tipo de contrato puede subsistir con dos "partes", o sea, como bilateral. Piénsese en el contrato de sociedad: los socios tienen que ser, por lo menos, dos (bilateralidad necesaria), pero pueden ser también más (pluralidad eventual), sin que por ello cambie el tipo.

(15) Art. 957 CCC.

(16) FREYTES, Alejandro A. "Noción y clasificación del contrato en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012" en Semanariho Jurídico, Fallos y Doctrina, n° 1924, 19 de septiembre de 2013, pág. 485.

(17) CARLO, Antonio Il contratto plurilaterale associativo, Napoles 1967, págs. 177 y ss., especialmente pág. l89 y pág. l98.

(18) FONTANARROSA, Rodolfo A. Derecho Comercial Argentino. Doctrina general de los contratos comerciales. T. II p. 139 y ss., citando a G. B. FERRI ("Causa e tipo nella teoria del negocio jurídico, pág. 34), en nota 63, Buenos Aires 1969, ver su exposición a p. 139).

(19) "Las cuentas en participación" por María Asunción GUAL DALMAU, Ed. Civitas, 1a. Ed. 1993.

(20) CALDANI, Ciuro "Aportes para la jusfilosofía de la empresa", en Derecho y Empresa tomos 1/2 Publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral, Rosario 1994.

(21) MOSSET ITURRASPE, Jorge "Contratos de colaboración empresaria" en Revista de Derecho Privado y Comunitario" nº 3 Contratos modernos, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 7 y ss.

(22) Nto. "La conservación de la empresa" en tomo XXV de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, año 1986, p. 107 y ss. El reconocimiento de la noción "actividad" en el derecho positivo puede verse en ntos. "Sociedad en insolvencia y actividad ilícita", en Doctrina Societaria y Concursal nº 185 abril 2003 p. 313 tomo XV, Buenos Aires, y "Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita" en libro colectivo que dirigiéramos "Anomalías Societarias", Editorial Advocatus, 1ª. Edición 1992.

(23) GHERSI, Carlos A. "Contratos civiles y comerciales" tomo 1 p. 17. Ed. Astrea, Bs. Aires 1994.

(24) Nto. "El plan de empresa. Ética y responsabilidad del empresario" en Estudios en homenaje a Pedro Frías, Córdoba 1994, tomo II pág. 1189.

(25) Nto. Organización Asociativa cit.

(26) Cfr. "Negocio en común en la Unificación del Derecho Privado: los Contratos de Participación y las Sociedades" en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, nº 1 Vol. I año 1993, nueva serie, pág. 47 y ss.

(27) En Proyecto de Código Civil y Comercial Comentado, AA.VV., Dirección Julio RIVERA, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012.

(28) Nto. "Contratos asociativos o de colaboración. Clasificaciones", en Summa Societaria, Ed. Abeledo

Perrot, Buenos Aires 2012, tomo IV, pág. 4695, reproduciendo RDCO 1990-597; Sociedad y contratos asociativos Ed. Zavalía, Buenos Aires 1989, pág. 124. Negocios de participación, asociaciones y sociedades. La sociedad anónima simplificada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993; Organización asociativa, Ed. Zavalia, Buenos Aires 2003; Relaciones de organización — Sistema de contratos de colaboración, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Advocatus Córdoba 2007; RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel, Derecho Societario, Ed. Astrea, 1ª. Edición, Buenos Aires 1997.

(29) MUIÑO, Orlando Manuel — RICHARD, Efraín Hugo, "¿Qué es sociedad y qué es contrato de colaboración en el anteproyecto? En torno al cambio estructural propuesto por la reforma en curso", en Summa Societaria, cit., tomo IV pág. 5329, reproduciendo JA 2004-III-1088.

(30) Relaciones de Organización. Sistema de contratos de colaboración, cit.; ESPER, Mariano, "Las uniones transitorias de empresas como sujeto pasivo de obligaciones tributarias. Una cuestión espinosa", en Summa Societaria, cit. tomo IV pág. 4743, reproduciendo RDCO 2006-B-473.

(31) Capítulo 8 Representación Sección 1ª Disposiciones generales Art. 358.— Principio. Fuentes... La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica.

(32) FARGOSI, Horacio P., "Derecho comercial del siglo XXI", en Código de Comercio, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, t. 1, página 127. RICHARD, Efraín Hugo, "Sistema Societario y de contratos asociativos en el Proyecto de Reformas 2005", en Problemas y cuestiones sobre las sociedades, libro colectivo dirigido por Daniel R. VÍTOLO y Marta PARDINI, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2006, pág. 79, publicación de las XIII Jornadas de Instituto de Derecho Comercial de la República Argentina, Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, 26 y 27 de Octubre de 2006.

(33) LEVY-BRUHL, Henry, Histoire juridique des sociétes de commerce en France aux XVII et XVIII siécles, París 1938, págs. 40 y ss. SAVARY, Le parfait negociant 2ª parte pág. 25, citado por SOLÁ CAÑIZARES, Felipe El contrato de participación en el derecho español y el derecho comparado, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, pág. 7; RICHARD, Efraín Hugo, "Sobre el negocio de cuentas en participación (association commercial en participation) en libro AAVV "Bicentenario del Código de Comercio Francés" citado, pág. 1081.

(34) Nto. Relaciones de organización. Sistema de contratos de colaboración. Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2007, donde incluso se aborda la supuesta personificación impositiva de los contratos de colaboración. RICHARD, Efraín Hugo — MUIÑO, Orlando Manuel Derecho Societario, Ed. Astrea, 2ª Edición, Buenos Aires 2007, Cap. XIV tomo II pág. 141 y ss.

(35) Derecho Societario, Ed. Astrea, 2° edición, Buenos Aires 2007, págs. 141 y ss.

(36)) Calificación, clasificación o conceptualización de "Cooperación" que impondría volver sobre que significa esa palabra.

(37) "Las sociedades en participación y el art. 30 L.S. ponencia con María. Cristina Mercado de Sala en I Congreso de Derecho Societario Actas Pág. 179.

(38) "Algo más sobre las sociedades accidentales o en participación y el art. 30 de la ley de sociedades 19.550 en II Congreso de Derecho Societario, con Carmen UANINI y María. C. MERCADO DE SALA.

(39) Nto. En Libros del X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo II Negocios en participación gestados por sociedad anónima como forma de financiamiento de negocios específicos con Jorge Fernando Fushimi pág. 481.

(40) SOLÁ DE CAÑIZARES, Felipe El contrato de participación en el derecho español y en el derecho comparado Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1954 pág. 24. GUAL DALMAU, María Asunción Las cuentas en participación Editorial Civitas, Madrid 1993, pág. 181 donde acepta la concepción amplia de sociedad cuando "persiguen en común un fin lícito", aunque falte un patrimonio común y la ausencia de personalidad, "nada impide afirmar que la cuenta en participación sea una sociedad, si bien en su primer estadio de desarrollo".

(41) SOLÁ DE CAÑIZARES, Felipe El contrato de participación en el derecho español y en el derecho comparado Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1954 pág. 24. GUAL DALMAU, María Asunción Las cuentas en participación Editorial Civitas, Madrid 1993, pág. 181 donde acepta la concepción amplia de sociedad cuando "persiguen en común un fin lícito", aunque falte un patrimonio común y la ausencia de personalidad, "nada impide afirmar que la cuenta en participación sea una sociedad, si bien en su primer estadio de desarrollo".

(42) Comparación con el contrato de fideicomiso. Sin perder de vista los elementos comunes con este contrato (naturaleza fiduciaria del negocio, patrimonio de afectación con diferentes efectos), debemos tener presente que —a diferencia de lo que ocurre con la figura que nos ocupa— el fideicomiso tiene un importante tratamiento y desarrollo en la Ley de Procedimientos Tributarios (al convertirlos en responsables por deuda propia), en la Ley de Impuesto a las Ganancias y en la Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, a la vez que tiene algunos costos más elevados. En el caso concreto del Fideicomiso ante el Impuesto a las Ganancias, es oportuno destacar que tributan directamente el 35% de la ganancia neta, de modo similar a las sociedades anónimas (excepto fideicomisos en los que el fiduciante tenga el carácter de beneficiario y no se trate de fideicomisos financieros ni el fiduciante sea residente en el exterior), lo que eleva considerablemente el costo impositivo del proyecto, lo que no se daría en el negocio bajo análisis, en especial cuando el aportante sea un residente en el exterior.

(43) ROITMAN, Horacio Efectos del concurso preventivo sobre los contratos preexistentes Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2005, Pág. 243.

(44) En el referido Derecho Societario, con MUIÑO lo tratamos a pág. 159 y ss.

(45) Similar análisis cabe para la unión transitoria de empresas y para el consorción de cooperación.

(46) Puede verse en nto. Contratos de colaboración y sociedades Ed. Advocatus, Córdoba 1996, Cap. "Representación y relaciones de colaboración exorbitadas" p. 257. Íd. VERÓN, Alberto Víctor Reformas al régimen de sociedades comerciales. A tenor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994, Buenos Aires 2014, Ed. La Ley, Capítulos LII, LIII, LIV, págs. 673 y ss.).

(47) Nto. "Representación y relaciones de colaboración exorbitadas" en Contratos de colaboración y Sociedades, libro colectivo de nuestra dirección, Ed. Advocatus, Córdoba 1996, pág. 257.

(48) Cfme. FONTANARROSA, Rodolfo Derecho Comercial Argentino tomo 1 pág. 346 y ss. "Teoría general de la representación", donde indica como representación legal la impuesta a las personas jurídicas.

(49) Remitimos —brevitatis causa— a otros aspectos sobre responsabilidad e imputabilidad a través de estos contratos a nto. "Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración" en libro colectivo Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona Bs. As. Febrero 1997. Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, págs. 265 a 386.

(50) Art. 1442.— Normas aplicables. Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad. 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. A las comuniones de derechos reales y a la indivisión hereditaria no se les aplican las disposiciones sobre contratos asociativos ni las de la sociedad.

(51) Nto. En torno a la nulidad asboluta de sociedades y el sistema jurídico de las relaciones de organización en Cuadernos de Derecho 14 Azxpilcueta p. 95 y ss. San Sebastián, España 1999.

(52) Puede verse nto. De la sociedad en general, lección primera en el libro colectivo "Lecciones preliminares de derecho societario y de seguros" de nta. codirección, Córdoba 1993, Ed. Advocatus, ps. 35 y ss.

(53) Nto. "Sobre el título preliminar del proyecto de Código Civil y Comercial", en El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

(54) La terminología equívoca "de la inoponibilidad de la personalidad jurídica", prevista en el art. 54 in fine de la ley de sociedades, importa más que una "imputación directa", una imputación aditiva, y una suerte de teoría de la responsabilidad civil en las relaciones personificadas. Cfme. Nto. "Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2009, nº 2008 — 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010. Sobre la teoría de la imputación, entre otros trabajos, puede verse "Efectos de la inoponibilidad de la persona jurídica en materia societaria. En colaboración con Daniel E. MOEREMANS, comunicación a las III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa, Abril de 1991, a la Comisión I sobre Personalidad Jurídica, publicada en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar. Ahora el art. 144 CC introduce el instituto a todas las personas jurídicas privadas, con una redacción más concisa y precisa, obviamente no aplicable a los contratos asociativos, salvo su exorbitación.