

## “Contratos Asociativos y Sociedad”

por Tomás M. Araya<sup>1</sup>

### I.

La sociedad tiene – y siempre ha tenido – una indudable **raíz contractual**. Recordemos no solo su aparición en el derecho romano como contrato interno, sino su regulación en el *Code Civil* francés y a partir de ahí en nuestros códigos civil y de comercio que directamente se referían al “contrato de sociedad”. En la doctrina italiana a mediados del siglo pasado toma importancia la figura del “contrato plurilateral de organización” – y luego del “contrato asociativo”-, como figuras superadoras del contrato bilateral.

La dificultad está en que adicionalmente a ser un contrato, la sociedad – una vez configurada, para lo cual no requiere documento escrito - es (o genera) **un sujeto de derecho**, una persona jurídica, distinta de la de sus socios. Y precisamente una de las consecuencias jurídicas de estar ante una persona jurídica – a mi entender la principal consecuencia<sup>2</sup> –es la **separación de patrimonios**, la “tabicación patrimonial”, que ocurre ante el reconocimiento de la existencia de una persona jurídica<sup>3</sup>.

Es una separación patrimonial total - respecto de los bienes sociales - **frente a los socios**, a los **acreedores personales de los socios** y a los **acreedores personales de los administradores de la sociedad**<sup>4</sup>. Ninguno de estos puede agredir los bienes sociales, lo que en los hechos implica una

<sup>1</sup> Trabajo presentado en el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Córdoba 2022)

<sup>2</sup> Para ampliar, ver Hansmann Henry y Kraakman Reinier “The essential role of organizational law”, Yale Law Journal, Vol. 110, No. 3 (Dec., 2000), págs. 387-440 (disponible en <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4603/110YaleLJ387.pdf?sequence=2>); y Alfaro Águila-Real Jesús, “El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del derecho de sociedades”, InDret 1.2016 (disponible en [https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1209\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2018/05/1209_es.pdf)).

<sup>3</sup> Ver, por todos, Richard Efraín Hugo, “Organización asociativa”, pag. 52, Zavalía, Buenos Aires, 1994; Palmero Juan Carlos, “Personalidad”, ponencia presentada en el I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y V Congreso de Derecho Societario, Huerta Grande, 1992 y “Relaciones entre contrato y personalidad” en Derecho económico empresarial, Estudio en homenaje al Dr. Héctor Alegria, La Ley, t. II, p. 1343, Buenos Aires, 2011. Ver también las conclusiones del V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Huerta Grande, Córdoba, 1992) (Comisión I.II. “Concepto de sociedad en el derecho moderno. Personalidad y tipicidad. Unificación del derecho societario argentino”)

<sup>4</sup> Cfrme Alfaro Águila-Real Jesús, ob. cit.

postergación en sus derechos de cobro respecto de los derechos de los acreedores sociales sobre estos bienes.

Si bien la separación patrimonial ocurre - en nuestro derecho - ante *todo* tipo de sociedad<sup>5</sup>, esta circunstancia genera menos tensiones cuando estamos ante una sociedad regular, debidamente constituida y registrada en el Registro Público. En efecto, por una decisión de política legislativa, asumimos que la sociedad inscripta (y por ende, la separación patrimonial que ella genera) se presume conocida por terceros, tal como ocurre con los derechos reales inscriptos.

Ahora bien, cuando nos encontramos con una sociedad que deriva de (o se origina en) una relación informal (es decir, no instrumentada y por supuesto tampoco inscripta) de dos o más personas en la cual estén presentes los elementos configuradores de la sociedad, la separación patrimonial que deriva de la existencia de la sociedad podrá provocar conflictos entre los acreedores sociales (es decir, del ente) y los personales de los socios.

## II.

Como es sabido, la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 ("LSC") se organizó a través de la predominancia del modelo "societario regular típico", sancionando con la nulidad, lo atípico y permitiendo la posibilidad de extinguir o rescindir el vínculo a pedido de uno de los socios, ante los negocios irregulares o de hecho (hostilidad normativa)<sup>6</sup>.

Es verdad que la LSC reconoció a las sociedades de hecho personalidad jurídica, pero "*precaria y limitada*". Concordante con ello, se estableció la "separación patrimonial" reducida, que no alcanzaba a los bienes registrables y se ofreció un ámbito que podríamos llamar hostil (sin oponibilidad

---

<sup>5</sup> Para las sociedades informales, el artículo 26 LGS - bajo el título "Relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios" - dispone: "Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables".

<sup>6</sup> Ver Etcheverry Raúl B., "Sociedades irregulares y de hecho"; Ed. Astrea; 1981

del contrato inter socios ni frente a terceros, con posibilidad de disolución de la sociedad<sup>7</sup>, con responsabilidad solidaria, en el cual nadie quería estar<sup>8</sup>.

Sin embargo, la realidad tomó su propio camino, distinto del pensado por el legislador de 1972. Así, aun sin abandonar el paradigma del modelo “societario” como el principal, el legislador de 1983 debió flexibilizar el régimen de la sociedad de hecho. Junto con la mejora del régimen de la sociedad de hecho, se incorporaron los contratos de colaboración empresaria para dar seguridad de que esos contratos (cuanto menos, esos contratos) no iban a ser calificados como sociedades de hecho<sup>9</sup>.

Llegamos así a 1987 y el proyecto de unificación, que incorpora del derecho italiano la figura de los “contratos asociativos”<sup>10</sup> en un título especial con disposiciones generales (cap I) y un capítulo II con normas sobre “Sociedad”. Es decir ubicaba al contrato asociativo como “género”, de la cual la “sociedad” (que podía o no tener personalidad jurídica<sup>11</sup>) era una de sus especies.

Este método es seguido por el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales del año 91, que no habla de Contratos Asociativos sino de “Negocios de Participación” pero que en esencia sigue el mismo sistema, al regular también dentro del género “Negocios de Participación” a la sociedad de hecho<sup>12</sup>.

Si bien con algunas diferencias, el método es seguido por el Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión del Ministerio de Justicia del año 92 que vuelve al término “Contratos Asociativos” e incluye – ahora sí – como

<sup>7</sup> La Exposición de Motivos de la ley 19.550 la denomina como “sociedad rescindible”

<sup>8</sup> Para una crítica al método de la ley 19.550 puede verse Le Pera Sergio, “Principio y dogma en la ley de sociedades comerciales”; La Ley, 1980-A; 750. La doctrina se ocupó de señalar el error de esta concepción, que presentaba a la opción societaria como la principal y a la contractual como la secundaria, contrariamente a la estructura jurídica propia de nuestro ordenamiento, según la cual el contrato es un término abarcador de la sociedad (Lorenzetti, Ricardo, “Contratos asociativos y “joint venture””, La Ley 1992-D, 789)

<sup>9</sup> Zaldivar, Enrique y otros, “Contratos de colaboración empresaria”, Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1989; Cabanellas, Guillermo y Kelly Julio, en “Contratos de colaboración empresaria”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1987; Escuti Ignacio (h), “Sociedades”, Astrea, Buenos Aires, 2006.

<sup>10</sup> Fontanarrosa Rodolfo, “Derecho comercial argentino. Doctrina comercial de los contratos comerciales”, Zavalía, Buenos Aires, pág. 1139 y sgtes; Richard Efraín Hugo, “Sociedad y contratos asociativos”, Zavalía, Buenos Aires, 1987.

<sup>11</sup> Justamente, este fue uno de los aspectos más criticados del Proyecto del 87. Puede verse Palmero, Juan C. “La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la nación”, RDCO 1987-817 y Manóvil Rafael M., “Las simples ‘sociedades’ y otras cuestiones críticas del Proyecto de Unificación Civil y Comercial en materia societaria” en Revista Jurídica de Buenos Aires (Facultad de Derecho, UBA), 1988-III, p. 29.

<sup>12</sup> Proyecto de reformas a la ley de sociedades comerciales (Comisión MJ 465/91), Astrea, Buenos Aires, 1993.

definición del concepto el mismo concepto que el Proyecto del 87 había utilizado para la “Sociedad”, tomada del Código Suizo de las Obligaciones<sup>13</sup>.

Con el Proyecto del 93 esta propuesta de modificación se deja de lado, y se adopta un nuevo método que separa ambos mundos, por un lado el contractual (que queda en el Código Civil<sup>14</sup>) y por el otro, el societario que continúa en la Ley de Sociedades, mejorando el régimen de la ley 19.550 para las sociedades de hecho.

La regulación propuesta -en esencia- luego se repite en el Proyecto del 98 y en el Anteproyecto del 2012, sancionado en el 2014 como Código Civil y Comercial (“CCC”):

- regula los Contratos Asociativos en el CCC (capítulo 16 – libro tercero);
- Si bien no define la figura del contrato asociativo, señala muy claramente que las disposiciones del Capítulo 16 se aplican a todo “*contrato de colaboración, organización o participativo, con comunidad de fin, que no sea sociedad*”, aclarando que estos contratos “*no son ni por medio de ellos se constituyen personas jurídicas ni sujetos de derecho*”;
- traslada los contratos “típicos” de la LGS (UTE y ACE y el negocio en participación- que deja de ser sociedad) al CCC (esto es, al mundo contractual), junto con el *consorcio de cooperación* de la ley 26.005;
- ratifica que podemos usar estos contratos, con este contenido o con “*otros contenidos*” y que también podemos usar “*cualquier otro contrato*”<sup>15</sup>;
- ratifica que – inscriptos o no – estos contratos tienen plena validez entre las partes<sup>16</sup>.

Junto con esta *primera* modificación estructural, el CCC realiza una *segunda* modificación estructural, que es una derivación lógica del cambio de paradigma de la nueva regulación: desaparece la hostilidad que – desde 1972 - nuestra LSC tenía con las sociedades irregulares o de hecho.

---

<sup>13</sup> Proyecto de Reformas al Código Civil de la Comisión del Ministerio de Justicia, 1992, Astrea.

<sup>14</sup> Arts. 1648 y sgtes del Proyecto del 93

<sup>15</sup> Art. 1446 CCC

<sup>16</sup> Art. 1447 CCC

Se otorga plena vigencia interna a las cláusulas de administración, organización y representación del contrato (si existiere) y se dispone expresamente que el contrato social puede ser “invocado” entre los socios y es oponible a los terceros que lo conocieron efectivamente.

Es decir se pasa de un régimen de total inoponibilidad entre socios y terceros a un régimen de oponibilidad total entre socios y oponibilidad reducida al conocimiento efectivo, en el caso de los terceros.

Junto con estos cambios – como sabemos - se derogan las normas sobre sociedad civil, se modifica el art. 17 para eliminar la sanción de nulidad por atipicidad y se crea - en la Sección IV LGS - un régimen residual al cual quedan sometidas las sociedades irregulares, las de hecho, las ex sociedades civiles y las atípicas.

### III.

Tenemos así dos regímenes bien diferenciados, con normas “amigables” en ambos ámbitos para dos institutos diferentes pero con elementos comunes, como la sociedad y el contrato asociativo.

Y tenemos una definición legal de sociedad en el art. 1 LGS, no así del “Contrato Asociativo”. El art. 1442 CCC nos dice que las disposiciones sobre contratos asociativos del Capítulo XVI no se aplican a la sociedad. La aclaración es necesaria ya que – si esta norma no estuviera – las disposiciones **sí** se aplicarían por representar la sociedad una especie del género (contrato asociativo).

La pregunta entonces, cuando nos encontramos ante una relación informal asociativa/societaria, es ¿cómo hacemos para distinguir si estamos ante un contrato asociativo o ante una sociedad?

Una primer posibilidad sería estar a la calificación, al nombre jurídico dado por las partes<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Así Salvochea, quien señala “La elección entre un contrato asociativo y una sociedad atípica, en el régimen actual, estará en la calificación que las partes den a la relación, y no en los presupuestos fácticos de la situación. Con el sistema actualmente vigente, sólo si las partes omiten dar cualquier calificación a la relación, podrá inquirirse sobre su naturaleza. Y en tal caso, la interpretación de que existe sociedad deberá aplicarse restrictivamente” (Salvochea Ramiro, “Requiem a la tipicidad societaria”, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho

No creo que ese sea el camino correcto, la respuesta – en opinión – debe buscarse en acontecimientos de la vida real, puntualmente en la conducta de las partes. A partir del análisis de las conductas de las partes, debemos buscar los “**hechos condicionantes**” de cada instituto, para “enmarcar” una u otra realidad social en el instituto en particular y recién ahí aplicar las “**condiciones jurídicas**” de esa disciplina, que – como vimos – son diferentes entre sí<sup>18</sup>.

Será entonces la presencia (o no) de esos **hechos condicionantes** lo que nos llevará (o no) a los **conceptos jurídicos** y de ahí a la **disciplina jurídica** aplicable a esos conceptos o al instituto en particular.

#### IV.

La dificultad está en que algunos de los elementos configuradores de los contratos asociativos y de la sociedad (que deberán verificarse a partir de la comprobación de los hechos condicionantes) son – dado su raíz común - comunes.

En efecto, en ambos institutos (contrato asociativo y sociedad), vamos a encontrar:<sup>19</sup>

- una relación duradera o estable;
- una cierta organización, que por supuesto será más tenue en las relaciones informales;
- un fondo común; y

---

Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016, pág. 875.

<sup>18</sup> Para ampliar, ver Fernández de la Gándara Luis, “La atipicidad en derecho de sociedades”, Pórtico, Zaragoza, 1977, pág 215, nota 48 y – de manera general - Rezzonico Juan Carlos, “Contrato. Concepto y tipo”, LL 1985-B-930.

<sup>19</sup> Los elementos configuradores mínimos de la sociedad están descriptos en el art. 1 de la LGS. La referencia a la tipicidad es incorrecta y debería ser eliminada atento que dicho elemento no constituye ya un elemento esencial de la sociedad a partir de la modificación del art. 17 LGS y el reenvío de las sociedades atípicas al régimen residual de la Sección IV LGS, junto con las sociedades irregulares y de hecho (ver Salvochea Ramiro, “Requiem ...”, ob. cit.). Correctamente, el Proyecto del 93 y el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades del año 2005 eliminaban la referencia a la tipicidad en el art. 1 LGS.

- una comunidad de fin<sup>20</sup>.

En la sociedad, este último elemento (comunidad de fin) se acentuará hacia una *comunidad de riesgo*: los socios correrán el riesgo empresarial de manera conjunta, participando de manera integral de los beneficios y pérdidas.

Finalmente, y – **fundamentalmente**– para que exista sociedad deberá existir una *actuación externa conjunta como un ente distinto de los socios*, que es un elemento necesario para que estemos en presencia de una sociedad en nuestro derecho positivo. Por eso, por no interactuar en el mundo exterior, por no exteriorizarse, la “sociedad en participación” (hoy negocio en participación) – que reúne los otros elementos – no es sociedad y, correctamente, ha sido trasladada al mundo contractual.

Debemos buscar **hechos, conductas**, que deben estar presentes en la relación asociativa /societaria. Verificada su presencia, aparecerán los conceptos jurídicos, como el centro de imputación diferenciada y la personalidad jurídica, que son precisamente las **consecuencias jurídicas** del instituto que habremos reconocido.

## V.

La separación patrimonial derivada de una relación informal societaria no inscrita puede, en algunos casos, provocar perjuicios en terceros, atento la postergación de los derechos de los acreedores personales respecto de los bienes sociales. Por ello, el Proyecto del 93 y también el del 98 contenían una norma (que fue eliminada del Anteproyecto luego sancionado como CCC), que indicaba que “la existencia” de un contrato asociativo excluía entre sus contratantes la invocación de sociedad y respecto de terceros que conocían ese contrato.

---

<sup>20</sup> Para ampliar, ver Palmero Juan Carlos, “Relaciones entre contrato y personalidad”, ob. cit., y Araya Tomás M. “Sobre el concepto de sociedad y sus elementos esenciales”, LL 12/10/2021. Botteri (h) y Coste sostienen que también la “personificación” es uno de las notas esenciales de la sociedad, a partir de la “exteriorización como un sujeto diferente de sus integrantes” (Botteri José David (h) y Coste, Diego, “El nuevo concepto de sociedad en las reformas de la ley 26.994” ponencia presentada al XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016)

*Art. 1649: “La existencia de un contrato asociativo excluye entre sus contratantes la invocación de sociedad. También la excluye respecto de terceros que conocían ese contrato y es presunción contraria respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual”.*

La norma daba preminencia al “*nomen juris*” por sobre las conductas efectivamente realizadas, lo que – como señalé - no me parece correcto<sup>21</sup>. Menos aún, respecto de terceros por el solo “conocimiento del contrato” o por la fecha de su vínculo posterior o anterior al contrato, que puede no haber tenido ninguna incidencia en la relación.

Pero la norma, equivocada en su redacción, tenía conciencia del problema al que me estoy refiriendo. El reconocimiento de una sociedad (persona jurídica) no limita sus consecuencias al ámbito interno de los socios sino que produce efectos respecto de todos los terceros<sup>22</sup>, precisamente por la separación patrimonial que genera.

No es infrecuente que nos encontremos frente a situaciones vidriosas, no claramente distinguibles. En estas situaciones, la determinación de la presencia (o no) de los elementos esenciales de la sociedad – que nos llevarán a la disciplina jurídica “societaria” - debe ser manifiesta e incontestable. Y de los elementos más arriba indicados, el de la *comunidad de riesgo* y – fundamentalmente- el de la *actuación externa conjunta como un ente distinto de los socios* serán determinantes para distinguir una relación asociativa de una societaria. Si logra demostrarse a través de *hechos* que existió una *actuación externa conjunta*, una *exteriorización* como sociedad, se reduce el riesgo de que terceros (acreedores personales de los socios) puedan sufrir algún perjuicio por

---

<sup>21</sup> Para ampliar, puede verse Manóvil Rafael M, “Las sociedades de la sección IV del Proyecto de Código”, La Ley 24/10/2012

<sup>22</sup> Autorizada doctrina ha criticado que se reconozca esta preferencia de los acreedores sociales frente a aquellos terceros (acreedores personales de los socios) que no hubieran tenido conocimiento del contrato de sociedad (Filippi, Laura - Richard, Efraín H. “Oponibilidad del contrato a terceros que lo conocían y subordinación de acreedores sin importar conocimiento”, en “Nuevas perspectivas en el derecho societario y el Anteproyecto de reforma a la ley de sociedades comerciales”, Vítolo Daniel y Pardini Marta, coordinadores, Ad Hoc, 2005, pág. 553 y sgtes; la ponencia es sobre el Anteproyecto de Reformas de la ley 19.550 del año 2005, cuyo texto – en esencia - no difiere del actual art. 26 LGS). No comparto la crítica ya que la preferencia de cobro de los acreedores sociales sobre los bienes sociales es precisamente la consecuencia del reconocimiento de la personalidad jurídica.



# DECONOMI

AÑO V – NÚMERO 17

la separación patrimonial y la preferencia de los derechos de los acreedores sociales por sobre sus derechos.



# DECONOMI