

SOBRE LA PERSONIFICACIÓN DE LA SOCIEDAD DE HECHO

Efraín Hugo RICHARD

Publicado en el tomo I de la publicación previa al XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, pág. 671, Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires, 7 de octubre de 2010.

Se discurre sobre el riesgo de joint venture (negocios en participación) en nuestro país por la concepción dogmática de un sistema societario y de contratos de colaboración empresaria. Así, junto a personalidad jurídica e inoponibilidad de la misma se ha convocado a trabajar sobre la sociedad de hecho y sobre tipos contractuales organizativos no personificados.

Por ello formalizaremos algunas reflexiones sobre el limitado alcance práctico de la personificación dogmática de la sociedad de hecho.

I – INTRODUCCIÓN - LA CUESTIÓN DOGMÁTICA.

¿Es económicamente útil regular la sociedad de hecho o la no regularmente constituida como persona jurídica? Creemos que la respuesta es negativa.

Regular esas sociedades como sujeto de derecho –personas jurídicas en nuestro sistema- genera un grado de inseguridad jurídica, derivado que la personalidad no resulta indubitable sino de una apreciación judicial, que puede ser diferente... Quiénes intenten hacer un negocio asociativo o participativo –no personificado- corren en riesgo de ser así considerados, imponiendo efectos externos e internos no queridos, limitando la autonomía de la voluntad, imponiéndolos como sujetos tributarios y obligando a su oportuna disolución y liquidación como centro imputativo.

Esa falta de personalidad no empece a la responsabilidad de los contratantes, conforme su actitud o comportamiento en cada relación jurídica con terceros.

No es tarea menor distinguir sociedad de otros contratos que “es a veces ambigua, por ejemplo cuando en la locación de servicios el locador tiene derecho, además de la retribución fija, a una participación en las utilidades. No obstante el criterio para diferenciar a un contrato de otro radica en la presencia o ausencia de “*affectio societatis*”, la cual supone la igualdad de partes, de modo que la situación de dependencia del habilitado o locador de servicio excluye la posibilidad de existencia de sociedad...”¹.

Fallos permiten advertir la zona gris. En el caso “Barghini Mac Cromaxk de Presas, Luisa B. c/ Tauro, José y otros, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala E, con fecha 12 de noviembre de 2004², rechaza la demanda contra una supuesta sociedad de hecho que habría recibido inversiones porque “siendo que la existencia del sujeto sociedad requiere su exteriorización a través de la actuación en nombre colectivo”. El criterio de la mayoría en cuanto coincide con el “concepto estricto” de sociedad. Se advertirá que “la comunidad de intereses y una distribución de fondos producidos por la actividad” es también propio de una sociedad accidental o negocio en cuentas en participación. En cambio corresponde a un criterio societario estricto “la actuación en nombre colectivo” o “la actividad llevada a cabo en conjunto”, agregaríamos en cuanto exteriorizada.

La Comisión Federal de Unificación, en su Proyecto, en torno al negocio en participación, sin atribuir en ningún caso personalidad determinó en el art. 1653. 2a. parte que “La parte que no actuó con los terceros no tiene acción contra éstos, ni éstos contra aquél, en tanto no se proyecte la apariencia de una actuación común”, y esa apariencia resultará sin duda de una actuación a nombre colectivo, sin por ello determinarse la existencia de personalidad. Ese criterio fue el seguido por la Comisión de Unificación del 95, en criterio que mereció las alabanzas de Etcheverry, a la par de fijar ciertos criterios³. Se resuelve adecuadamente la cuestión en un plano de factor de atribución de responsabilidad.

II – DIFERENCIA PRIMARIA.

Si se acepta el nacimiento de personalidad por mera actuación, a interpretación de terceros o jueces, el criterio de apreciación debe ser restrictivo. Esto cala en el análisis de esa jurisprudencia sobre

¹ CNCiv. Sala F, marzo 25, 1997 in re “Díaz, Francisco c/ Alvarez, Mario R. y otro” (DJ 1998-3-683:

² Publicado en La Ley 12.11.2004.

³ *Negocios, contratos asociativos y Mercosur* de Raúl Anibal Etcheverry, por la importancia de sus apreciaciones doctrinarias y las substanciales reformas que en la estructura del sistema societario aparecen en el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades, publicado poco después que este libro y que corresponde a la autoría –ya indicada- de Anaya, Bergel y el autor de este trabajo. Define la importancia del problema “Probablemente lo que más detiene al empresario dispuesto a estudiar y hacer contratos o crear entes transfronterizos, no son las vicisitudes del negocio en sí, sino las dificultades, interrogantes e inseguridades que encontrará, él y sus abogados, en los ordenamientos legales de cada país...” en “SOCIEDADES - Revista de Derecho Privado y Comunitario 2003 – 2”, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe septiembre 2003, 691 páginas.

la sociedad de hecho, en un punto central: la diferencia entre contrato de participación y sociedad de hecho.

Sociedad implica, dentro de nuestro sistema normativo, una disposición negocial para realizar una actividad conjunta y organizada, generando un sujeto de derecho, con finalidad común lucrativa⁴, o sea una sociedad en común a nombre colectivo. Las construcciones doctrinales tienden a destacar, como aspecto primario y más relevante de la actividad común, la contribución por todos los socios a la promoción del fin. Se trata de una verdadera ACTUACION A NOMBRE COLECTIVO, imputable a las contribuciones realizadas para la actuación en común.

Seguimos la dirección determinada, en seguridad jurídica por la Comunidad Económica Europea donde se reserva a la expresión sociedad a las relaciones societarias personificadas⁵. 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. Se corresponde a las tendencias que se advierten de referir las relaciones marginales a un género cuyo diseño de normas importan un desafío. En ese sentido el art. 1873 del Código Civil Francés norma que las disposiciones del Capítulo referido a las sociedades en participación es aplicable a las sociedades de hecho, y que no existiendo matriculación carecen de personalidad⁶ lo que ha generado una polémica del conceptualismo tradicional, posiblemente al no generarse un sistema bien concreto sustitutivo del generado por doctrina y jurisprudencia en torno a la personificación de la sociedad de hecho.

La causa fin en el contrato de sociedad, desde el punto de vista objetivo, abstracto, intrínseco, impersonal e inmutable, es la constitución, por los exteriorizantes de la voluntad negocial, de una nueva persona jurídica a través de cuya actuación se obtengan utilidades, soportando el riesgo o pérdidas. Por lo que el objeto de ese contrato es la operación jurídica que las partes pretenden realizar, y objeto de las obligaciones cuya causa fuente es el contrato, son las prestaciones que escindiéndose del patrimonio del socio, constituyen el patrimonio del nuevo sujeto de derecho, a través de una causa subjetiva o motivación exteriorizada solo en el cumplimiento del objeto social, como dato del negocio constitutivo⁷ exteriorizante de la motivación. La finalidad común es tanto el medio, como la utilización del medio.

Lo estructural es la sociedad y lo funcional la actividad que cumple para la realización del objeto atribuido. No basta la existencia de un fin común, de aportaciones, de fin lucrativo en el reparto de ganancias y soportación de las pérdidas, sino media actuación a nombre colectivo o sea imputable a un sujeto distinto de las personas que lo integran. Ello no obsta a que de ese negocio que no puede tipificarse como sociedad de hecho resulte responsabilidad de los actuantes que, como hemos sostenido, son dos cuestiones distintas. Ponemos énfasis en la separación patrimonial.

Miremos hacia atrás para enfrentar el futuro. En el viejo Código de Comercio la sociedad de hecho no estaba reconocida como persona jurídica, criterio al que también recurre Alberti en su voto en el fallo Establecimientos Klockner S.A. y otro c/ Saccani y Cibulsky sociedad de hecho, y también

⁴ Cuando se descarta el fin lucrativo o económico de la sociedad, como lo hacen muchos autores, debe advertirse que se están refiriendo al concepto de sociedad en sentido amplio, que abarca incluso a las asociaciones, como lo hace el art. 1451 CPE, que a su vez al referirse a las asociaciones en el art. 1464 las define en "realizar desinteresadamente, con aportes de bienes o trabajos, una actividad conjunta y organizada, con una finalidad de bien común, sea religiosa, cultural, docente, científica, literaria, artística, deportiva, recreativa o similar, distinguiéndola así claramente de la sociedad en sentido estricto. Algunos autores (Broseta Pont *Manual de Derecho Mercantil*" p. 181. Spota *Instituciones de Derecho Civil-Contratos* Vol. I, Depalma 1975, p. 126. N° 101. V. Sociedad) entienden que esa causa se corresponde a un fin lucrativo, pero entendemos que ello es mediato, siendo la causa inmediata el cumplimiento del objeto social. Nos referimos al objeto social como la actividad o actividades para cuya realización la sociedad se constituye, lo que permite distinguirlo del fin social o fin de los socios que puede ser la obtención del lucro. Pero al hablar del objeto social surge inescindible lo "social" como perteneciente a un sujeto distinto al de las personas individuales y/o jurídicas que conciben la "sociedad". Como fin inmediato de las partes aparece entonces un fin estructural: concebir un nuevo sujeto de derecho para el cumplimiento de la finalidad común a nombre común: el objeto social, que también aparecen como elementos funcionales. El medio negocial es aquel a través del cual se puede desenvolver el fin autónomo del o los constituyentes.

⁵ Cfme. Odette Loy *Le marché unique et les sociétés* en «Droit et pratique du commerce international», 1989, p. 249 y ss..

⁶ Cfr. Alfred Jauffret «Manuel de Droit Commercial" *Notions Générales sur les sociétés*, p. 118/119).

⁷ Cfme. Cazeaux-Trigo *Represas Obligaciones*. p. 35.

conforme al derogado artículo 208 sólo se presumía la existencia de la sociedad cuando se ejerciten actos propios de sociedad, tales como el uso del nombre con el aditamento y compañía, que implica la negociación externa a nombre colectivo.

La personalidad impone la exteriorización de una voluntad diferente a la de quién la manifiesta, imputable a un patrimonio autónomo. No altera esto 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.

Existen elementos indispensables para determinar frente a terceros la existencia de una sociedad-persona: la actuación a nombre colectivo o sea imputable a un sujeto distinto a los propios socios. Y este es un elemento fundamental para la configuración de una sociedad de hecho.

De resultas de una apreciación lata del concepto de sociedad y de la aplicación del régimen sancionatorio de las sociedades irregularmente constituídas, si un negocio participativo se considera sociedad irregular o de hecho, las partes no podrían invocar el contrato mismo, ni resolver el contrato respecto de una de ellas⁸, ni accionar entre sí para exigirse el cumplimiento del contrato⁹, ni plantear la resolución¹⁰, sino para su disolución¹¹, y sólo dentro de ésta exigirse la rendición de cuentas¹²; cualesquiera de las partes podría asumir obligaciones frente a terceros imputables a la supuesta sociedad -pese a las disposiciones del contrato donde quizá alguna se había reservado el rol de gestora-, aún cuando el contrato dijera lo contrario; las partes no podrían ejercer control sobre lo que la otra realizara, permitiéndoselo únicamente si promueve aquella disolución. Tema distintivo debería serlo la prescripción¹³, dentro de la que, paradójicamente se desidentifica a la sociedad de hecho del régimen general de las sociedades.

Como es de advertir 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". La zona de riesgo es evidente y sólo la actitud de la jurisprudencia cautelar generada por buenos asesores ha evitado esos riesgos, al precio

⁸ No es compatible con el régimen particular de las sociedades irregulares o de hecho ni la disolución parcial ni la exclusión de uno de los socios, correspondiendo su disolución total. Datos: (CNCom. ,SALA B , marzo 30 - 979 --- Orta, Alberto C. c. Bravo, Rosendo A. y otro) LA LEY, 1980-C, 564 (35.448-S); La acción de exclusión de socio prevista en el art. 91 de la ley 19.550 (ADLA, XXXII-B, 1760), no es procedente cuando se trata de sociedades irregulares o de hecho, ya que la misma, sólo es viable respecto de los tipos societarios a que hace referencia la norma legal mencionada. Datos: (CNCom. ,SALA B , marzo 30 - 979 --- Orta, Alberto C. c. Bravo, Rosendo A. y otro) LA LEY, 1980-C, 564 (35.448-S).

⁹ En las sociedades irregulares ni la sociedad ni los socios pueden invocar derechos nacidos del contrato social. SC Buenos Aires , noviembre 16 - 982, Lanes Longueiras, Juan c. Colángelo, Dante y otros) DJBA, 124-325. En una sociedad irregular no es lícito que los socios entre sí invoquen derechos o defensas emergentes de las estipulaciones del contrato social. CNCom., sala C, marzo 15 - 988. - Spak de Fink, Rosa B. c. Naftilsan, Ricardo H.) LA LEY, 1989-D, 71, con nota de Miguel Schiffer.

¹⁰ Las sociedades irregulares o de hecho tienen una personalidad jurídica precaria, no siendo compatible con su régimen particular ni la resolución parcial ni la exclusión de uno de los socios, ya que lo que corresponde es su disolución total. CNCom. ,SALA B , marzo 30 - 979 --- Orta, Alberto C. c. Bravo, Rosendo A. y otro) LA LEY, 1980-C, 388, con nota de Salvador R. Perrotta.

¹¹ La sociedad irregular es una persona de existencia ideal que goza de capacidad para ser titular de derechos y obligaciones con independencia de los reclamos que los socios tuvieren entre sí a raíz de incumplimientos en la consumación de los aportes pactados, lo que surtirá efectos legales en la etapa de liquidación y partición de la sociedad. C1^aCC San Isidro ,SALA II , abril 10 - 979 --- C., S. E. c. C., R.) SP LA LEY, 979-549. La sentencia que declara disuelta la sociedad irregular habida entre los contendores, operó con efecto inmediato para ellos, colocando a dicho ente en estado de liquidación. Siendo ello así, cesa la prohibición para los socios de oponer lo pactado en el respectivo contrato (art. 22, "in fine", ley 19.550 -Adla, XXXII-B, 1760, y doctrina del art. 296, Cód. de Comercio, CNCom. ,SALA C , abril 3 - 981 - Torres de Fernández c. Estudio Gráfico 1970); Si bien la última parte del art. 22 de la ley 19.550 (Adla, XXXII-B, 1760) dice que "la liquidación se rige por las normas del contrato y de esta ley", ello lo es, respecto del contrato, siempre que no se trate de una cuestión o cuestiones en que la sociedad o los socios entre sí tengan necesidad de invocar derechos o defensas nacidos del contrato social (art. 23, apart. segundo: "Acción contra terceros y entre socios"). CApel. CC Paraná ,SALA II , agosto 13 - 979 --- Raiteri de Carulla, Zunilda A. y otros c. Carulla, Julio O. y otro) Z, 19-147.

¹² En la sociedad irregular cada uno de los socios tiene acción para pedir a los otros rendición de cuentas de las operaciones realizadas en común, pero no para exigir el cumplimiento del contrato para el futuro. Es lo que ordenaban los arts. 41 y 296 del Cód. de Comercio y, actualmente, el art. 23, párr. 2º de la ley 19.550 (Adla, XXXII-B, 1760). C1^aApel CC San Isidro, SALA I , junio 22 - 978 --- Ruggeroni, Tomás c. Instituto San José O. Don Orione) SP LA LEY, 979-30 - R, DJ, 979-13-51, sum. 67.

de imponer a los agentes económicos soluciones tradicionales: la constitución de una sociedad. El riesgo de configurar un contrato de colaboración empresaria típico, con actividades desbordantes, no ha sido todavía suficientemente analizado¹⁴.

Aceptando ese riesgo la jurisprudencia ha determinado que “la prueba de la sociedad de hecho, si bien se basa en un criterio amplio... se encuentra limitada en lo que se refiere al rigor en la valoración de los hechos y circunstancias... la prueba del contrato debe ser no sólo convincente e idónea sino inequívoca y concluyente”¹⁵.

No sólo interesa distinguir entre negocio en participación y sociedad de hecho por la responsabilidad, sino por cuanto los partícipes pueden hacer otros reclamos distintos a la acción única de disolución entre los socios de la sociedad irregular, pudiendo usar el contrato entre ellos, no existe personalidad diferenciada ni patrimonios diferenciados, y por tanto no existe representación legal u orgánica que permita al partícipe, incluso al gestor o gestores, adoptar decisiones imputables a otro patrimonio. Esto acaecería si se considerara a un contrato participativo atípico como sociedad de hecho o sociedad atípica y por tanto devenida de hecho, agravándose con la posibilidad que un contrato al ser considerado "sociedad de hecho", facilite a un partícipe incumplidor su liquidación intempestiva, generando incluso un intento de remoción del gestor e intervención judicial.

Raúl Aníbal Etcheverry alerta sobre esas dificultades y amplía su catálogo¹⁶. La doctrina señaló que, pese a que se declamaba la libertad para concertar negocios de participación, fuera de los dos negocios típicos: agrupamiento de colaboración y unión transitoria de empresa, se generaba un marco de inseguridad haciéndolos sospechosos de ser sociedades de hecho a los negocios participativos atípicos¹⁷, inclusive a la llamada "sociedad" en participación. Se extendía el marco de la sociedad de hecho en forma excesivamente genérica, confundiéndola en muchos casos con negocios participativos, incluso haciendo alcanzar a los mismos la prohibición del art. 30 LS¹⁸.

Palmero expresa, refiriéndose al nacimiento de la personalidad jurídica, que a su criterio -tomando en cuenta a Ferro Luzzi en "I contratti associativi"-, debe existir primeramente una base o sustrato de organización. Continúa que a todo esto hay que agregarle una segunda y principalísima observación: toda esta organización sólo da lugar a una entidad (real o jurídica) si media una "finalidad común"; quizá para ser más exactos, habría que afirmar una "finalidad autónoma" -para incluir el

¹³ Un problema distintivo debería serlo la prescripción, no obstante se fija la decenal, propia de los contratos y en otra ocasión le aplica la misma trienal también a la sociedad en participación, conforme la confusión conceptual que señalamos. Las acciones que derivan de una sociedad irregular prescriben a los diez años. SC Buenos Aires, diciembre 4 - 984. - Suárez Ismael A. c. Olege, Alfredo M. -Ac. 33.205-) LA LEY, 1986-E, 533 (37.271-S) .- La pretensión ejercida por uno de los socios de una sociedad irregularmente constituida está sujeta a la prescripción ordinaria de diez años contemplada en el art. 840 del Cód. de Comercio. CApel. CC Morón ,SALA I, abril 14 - 983, Joandet, Norberto J. c. Sohijvarger, Benjamín, ED, 106-456.- La ley no hace distinción alguna de las sociedades a las que puede aplicarse la prescripción trienal, de modo que el precepto del art. 848, inc. 1º del Cód. de Comercio debe entenderse referido a las sociedades de cualquier naturaleza -aun cuando algunos autores exceptúan a las irregulares-, ya que cuando el artículo habla de publicaciones sólo exige este requisito a aquellas sociedades que necesitan hacer saber su existencia, disolución y liquidación a los terceros, pero es indudable que las sociedades accidentales no existen para terceros, no estando consiguientemente comprendidas en la exigencia de un requisito que no están obligados a llenar. CNCom., sala A, febrero 23 - 985. - Bortolin, Oscar c. Costa, Luis M.) LA LEY, 1986-D, 650 37.367-S.

¹⁴ Sobre el punto puede verse nuestro último capítulo en libro colectivo “Negocios en participación y sociedades”, Córdoba, Editorial Advocatus.

¹⁵ Conforme lo señaló la CNCom. Sala C en la causa “Pedrido, Federico Guillermo c/ Pichel, Néstor Olsvado s/ sumario con fecha 2 de julio de 1999, y con anterioridad la misma Sala en “Estraviz, Roberto c/ Pousa, Héctor s/ sumario” con fecha 6 de marzo de 1990 y en “Quiroles, Héctor Guillermo c/ Valenzallo, Liborio” el 9 de febrero de 1995; La Ley 1995-D-576 fallo 93587.

¹⁶ *El veneno para ratas, la petrolera extranjera y el concepto de sociedad en la legislación argentina* en Revista La Información, número de abril de 1993.

¹⁷ Cfme. Juan Carlos Palmero *Régimen de participación de las sociedades por acciones* en "Anomalías societarias" cit. p. 123, específicamente p. 130.

¹⁸ La ley uruguaya ha superado la cuestión, no conteniendo norma alguna limitativa en similar sentido. Cfme. ntos. trabajos *Personalidad de las sociedades civiles y comerciales, tipicidad e inoponibilidad de la personalidad jurídica como extensión de la responsabilidad de socios o controlantes en el Derecho Argentino* en Revista de Derecho Mercantil, Núms. 193-4 Madrid 1989, p.851 y ss., otros pueden verse en www.acaderc.org.ar.

negocio unilateral-. Esa finalidad común interna, adquiere relevancia en el mundo jurídico -acotando cuando es exteriorizada. El criterio preexpuesto impondría un fuerte control estatal para la generación o conservación de la personalidad, congruente a la existencia de esa funcionalidad. Entendemos que el argumento se corresponde más a la problemática de la legitimación o de la imputabilidad de relaciones jurídicas a la nueva persona jurídica, y a la llamada teoría de la desestimación. La personalidad, como dice ese autor, existe o no existe, y por eso debe simplificarse la constatación de su existencia. Ese medio técnico, que específicamente puede ser configurado en el acto constitutivo, conforme un tipo y determinando específicas relaciones, queda igualmente configurado como sociedad de hecho si falta el acto formal constitutivo y sólo se exterioriza por la actuación asociativa de los integrantes.

El derecho francés –ya lo apuntamos-, al igual que el resto del continental, en su art. 1842 del C.C. dispone que la personalidad nace con la matriculación. Si pensamos en el derecho comunitario, salvo Uruguay, que siguió con modificaciones el actual derecho argentino, el derecho paraguayo determinó en su Código Civil unificado que la personalidad nace con la inscripción, al igual que en el Derecho Brasilerio, donde el art. 18 del Código Civil determina: "Comienza la existencia legal de las personas jurídicas de derecho privado con la inscripción de sus contratos, actos constitutivos, estatutos o compromisos en su registro particular, regulado por ley especial, o con la autorización o aprobación del Gobierno, cuando es necesaria". Con esa precisión, las sociedades -aún la mercantil¹⁹ sólo adquiere personalidad jurídica con la inscripción de su contrato social, enfatiza Raúl Aníbal Etcheverry²⁰:

Pese a reconocerse una supuesta personalidad (precaria y limitada) se pretende una limitación con la interpretación del art. 25* LS en cuanto a la supuesta incapacidad de las sociedad de hecho de publicitar bienes registrables a su nombre, sosteniendo que lo que señala el artículo es que se estará a lo que registralmente se publicite para no afectar derechos de terceros.

III – PERSONIFICACIÓN: en beneficio de quién o para que?

La personificación encuentra su razón no sólo en el resguardo del interés de los socios para el alcance del objeto común que los aglutina, sino también en la tutela de terceros que contratan con la sociedad, a fin que conozcan los bienes con que la sociedad responderá por sus créditos, al ser su patrimonio activo la prenda común de sus acreedores. No siempre se tiene en cuenta que la operatoria de una sociedad, con su personalidad jurídica, no sólo beneficia a los que constituyen el nuevo ente, sino a los terceros que se vinculan a la misma –en cuanto la generación de la personalidad se haya formalizado por las vías de adecuada publicidad para evitar la sorpresa de terceros (acreedores individuales de socios que son subordinados)-.

La cuestión sería muy distinta si se entiende que los que deben ser protegidos son los acreedores individuales de los socios. Tal punto de vista es apuntado por Mario Rotondi²¹ "...Para la originación de una autonomía patrimonial lo esencial no es tanto la escritura de sociedad como la publicidad de esa escritura. "La escritura no publicada regularmente, sino guardada en los bolsillos de los socios, libres prácticamente de valerse o no de ella, de invocarla o negar su existencia, origina el arbitrio de constituir y resolver una autonomía patrimonial, lo cual constituye un privilegio a favor de algunos acreedores... parece, en verdad, bastante grave que, por efecto de un simple acuerdo ... entre varios sujetos, algunos elementos del patrimonio de éstos pueda separarse del restante y devenir autónomos para garantizar

¹⁹ Cfme. Amador Paes de Almeida *Manual das Sociedades Comerciais* p. 9. A pág. 48 al referirse a las sociedades irregulares o de hecho, reitera la personalidad con la inscripción, pese a citar a Carvalho de Mendoça, de que esas sociedades existen, niega la distinción, entendiendo que la sociedad irregular o de facto no puede ser vista como sociedad, faltando como es obvio el elemento fundamental de personalidad jurídica, y por tanto las facultades de determinarse, el patrimonio propio y autónomo, la responsabilidad exclusiva por las obligaciones contraídas, y la representación en juicio. Cita a Aldemar Ferreyra que niega una existencia propia y distinta a la de sus miembros, por tanto no se puede ejecutar ningún patrimonio social y la acción es directa contra el responsable.

²⁰ Ponencia de Raúl Aníbal Etcheverry al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, Octubre de 1993, que identifica e ilumina los ejes de una reforma al sistema societario argentino "El sistema societario argentino -civil y comercial- debe adaptarse a las necesidades modernas del tráfico. Dentro del mismo, es necesario modificar, de modo radical, el sistema de las sociedades no constituidas regularmente y el de nulidades, abriéndose al mismo tiempo la posibilidad de otorgar un campo más amplio a los negocios asociativos conjuntos (joint ventures, consorcios). (Tomos del Congreso, Libro I pág. 174).

²¹ *Contrato de sociedad y ente social en la reforma de los Códigos*, Revista de Derecho Privado, 1941, págs. 438 y sgtes.

una serie privilegiada de acreedores: aquellos que son tales en virtud de las operaciones sociales” Al negar este autor no sólo personalidad jurídica, sino autonomía patrimonial a las sociedades irregulares (de hecho, informales, etc.), plantea el problema de la contraposición de intereses entre los acreedores sociales y los acreedores individuales de los socios, que es quiénes hay que proteger principalmente.

Los acreedores sociales pueden, si quieren, conocer la irregularidad acudiendo al Registro mercantil; su ignorancia sólo relativamente puede ser excusada. Los acreedores individuales contratan en la más absoluta ignorancia, como es la de quien contrata con un particular en orden a la posibilidad de que sea o vaya a ser miembro de una sociedad irregular. Pues bien, si se admite el principio de la autonomía patrimonial, este inocentísimo y diligentísimo acreedor particular –dice Rotondi- podrá verse luego desprovisto de gran parte de aquella garantía que él confiaba encontrar en el patrimonio personal del socio. Claro que este criterio no es congruente con la política jurídica seguida por la legislación argentina, con la formulación del art. 24 LS, que se magnifica en el Proyecto de Reformas 2005, pues a sociedades de hecho e irregulares, agrega la sociedad simple o informal, la sociedad en formación sin inscripción y la sociedad atípica, siempre beneficiando a los acreedores sociales²².

Aceptar la preterición de los derechos de los acreedores individuales de socios ante la “aparición” de una sociedad de hecho incluso permitiría que en connivencia personas que trabajan vinculadamente pero no societariamente, reconocieran la existencia de una sociedad de hecho para perjudicar a los acreedores individuales.

La problemática actual de la sociedad de hecho como persona jurídica, que corresponde a una dogmática jurídica, implica fundamentalmente la posibilidad de subordinar a los acreedores individuales de los supuestos socios, en beneficio de los acreedores sociales.

Es bueno señalar que no existe la posibilidad en nuestro derecho de demandar a una "sociedad de hecho" como tal, sino a través de sus integrantes, en cuanto intente imputárseles una actividad en común, factor de atribución de responsabilidad en nuestro derecho vigente. Salvo que mediara un documento formal de todos los socios, lo que descarta la sociedad de hecho y lleva a otra tipificación. El art. 26 LS tendería más bien a determinar la existencia de una preferencia en favor de acreedores nacidos de una actividad específica. La actividad mercantil generaba un privilegio de los acreedores sobre los bienes afectados al comercio. Es otro recurso técnico distinto al de la personalidad.

El criterio que la sociedad de hecho, civil o comercial, configura una persona jurídica contradice el fin fijado en el 2º Congreso de Derecho Civil referido al “sólo fin de darle publicidad y certeza por el simple registro” superando el otorgamiento de la personalidad jurídica. También el criterio fijado por el art. 46 CC para reconocer a ciertas asociaciones como sujetos de derecho, basado siempre en el principio de certeza y publicidad para no afectar derechos de terceros. En España es clara la atribución de personalidad a la sociedad civil o a la sociedad de hecho²³.

La personificación de la sociedad de hecho afecta derechos de terceros, y parece desproporcionado su reconocimiento, bastando la responsabilidad de los socios en cuanto hayan generado apariencia en tal sentido²⁴. Explicitamos el particular en un ejemplo: Se pacta un

²² Nto. *Estructura de relaciones societarias y de colaboración y el anteproyecto de reformas 2003 a la ley de sociedades* en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004 tomo XVIII pág. 1321. Nto. SOCIEDAD DE HECHO O ACCIDENTAL. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD, en “Problemas y cuestiones sobre las sociedades”, libro dirigido por Daniel R. Vitolo y Marta Pardini, Ed.Ad Hoc, Bs. Aires 2006, pág. 53, publicación de las XIII JORNADAS DE INSTITUTO DE DERECHO COMERCIAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA Bahía Blanca, 2006.

²³ VICENT CHULIA, Francisco *Introducción al derecho mercantil* 10ª edición, pág. 165 donde relata la Res. DGRN del 31 de marzo de 1997 en el caso Electricidad Divaluz Sociedad Civil, y refiere que la ley dispone que a la sociedad de hecho o irregular se le aplican las normas de la sociedad colectiva, lo que podría hacer presumir que esas sociedades adquieren algunos efectos de la personalidad, lo que normalmente ocurre mediante el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro mercantil, citando a los arts. 118-120 C de Com.. Fernando Sanchez Calero –*Instituciones de Derecho Mercantil* 15ª Ed. p. 162 –: “Nuestro Código de Comercio reconoce a toda sociedad mercantil personalidad jurídica una vez que cumpla las formalidades de la constitución.... Como sabemos, todas las sociedades deben hacer constar en su documentación y correspondencia mercantil los datos identificatorios de su inscripción en el Registro (art. 241 C. de C...)” Este autor, respecto a la sociedad irregular afirma a pág. 164 “En el aspecto externo, esto es, en la relación con los terceros, se dice que como la sociedad no adquiere personalidad jurídica, los encargados de la gestión social son responsables...”.

²⁴ Con MUIÑO, Orlando en X CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO y VI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA en La Falda, 2007: EN TORNO A LA NO PERSONIFICACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE HECHO, tomo I p. 693..

contrato de colaboración y se alquila un local entre cuatro personas, organizadas en negocios diferentes pero complementarios, donde el alquiler es una unidad, pero cada uno paga una cuarta parte (mancomunación). Luego un empleado sostiene que se trata de una sociedad de hecho, la justicia laboral declara que es así, y que incluso el contrato innominado es prueba de esa sociedad. De repente las partes quedan unidas, se impone una disolución, se mezclan acreedores y se altera la responsabilidad pese al conocimiento que algunos terceros tenían de la relación ...(o se distinguirá entre terceros que conocían el contrato y otros terceros?).

Aparentemente declarada la existencia de una sociedad de hecho la única forma de desvinculación sería la disolución. Una sentencia en juicio de terceros que determinara la existencia de sociedad de hecho llevaría a que únicamente la disolución los desvincularía de algo que no era sociedad. La regularización no les satisfaría pues no pretendían ser socios. Ese es el resultado de considerar que la sociedad de hecho es una persona jurídica: si existe lo es a todo fin. En posición divergente, relativizando la personificación de la sociedad de hecho, sólo tendría virtualidad conforme el art. 26 LSC en supuestos de quiebra, sería aplicable subsidiariamente y a falta de norma expresa de la ley de sociedades, sería aplicable la del Código Civil en cuanto dispone en su art. 1666 “La sentencia pronunciada, declarando la existencia de la sociedad a favor de terceros, no da derecho a los socios para demandarse entre sí, alegando tal sentencia como prueba de la existencia de la sociedad”. O sea que se convierte en un sistema de responsabilidad, no generándose una persona jurídica y, como tal, un centro imputativo autogestante. Sólo es prueba de la existencia de la sociedad de hecho en el Código Civil “La sentencia pronunciada entre los socios en calidad de tales” (art. 1665 ap. 4).

El reconocimiento extrajudicial entre socios de la existencia de una sociedad de hecho no puede invocarse para afectar derechos de terceros, en el marco de lo dispuesto por el art. 1195 C.C., pues de tal forma se podría intentar preterir a acreedores individuales. Sólo en la quiebra de la sociedad de hecho podrá tener virtualidad la existencia de las masas separadas –si realmente se detecta patrimonio-. En juicio individual deberá probar que el tercero acreedor individual conocía la existencia de la sociedad, al intentar preterirlo en una ejecución de un bien social²⁵. El punto lo hemos desenvuelto²⁶.

Nissen²⁷ ha formalizado una defensa de la personalidad aunque aceptando que “ella no producirá la plenitud de los efectos normales”, marcando que esa personalidad tiene particular relevancia en la liquidación, aspecto este último que compartimos pues en tal supuesto se ha reconocido judicial o privadamente la existencia de la sociedad y quiénes son los socios..

A la postre deberá estarse a la publicidad por los hechos y actuación pública, o por los propios actos de los socios para determinar la existencia de una sociedad de hecho cuando ello no es aceptado por todos los presuntos componentes. Así cuando se demanda judicialmente por disolución y liquidación de sociedades de hecho, es natural que se requiera, no sólo la prueba de la existencia de las sociedades sino también de aquello que deba ser objeto de liquidación, o sea, la de un patrimonio común, o de aportes o de gestiones o negociaciones no liquidadas (ganancias y pérdidas)²⁸.

Muchos problemas.

²⁵ *TORTUOSIDAD PARA ACCIONES ENTRE SOCIOS DE SOCIEDADES DE HECHO*, en Lexis Nexis Córdoba, n° 4 año 2007, Abril, pág. 301.

²⁶ Nto. Sociedad de hecho o accidental. En torno al concepto de sociedad en relación a tres fallos en RDCO n° 215 pág. 846. Con MUIÑO, Orlando *Derecho Societario*, Ed. Astrea Buenos Aires 1999, pág. 918 “Las presunciones para reconocer la existencia de una sociedad de hecho”.

²⁷ NISSEN, Ricardo A. “Ley de sociedades comerciales”, 3ª ed. Astrea, Bs.As. 2010 p. 21 y ss.

²⁸ CNCiv. ,SALA D , agosto 21 - 978 --- Bellone, Bartolomé S. c.Martínez, Néstor O. y otros) JA, 980-I-675