



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

CONTRATOS ASOCIATIVOS: Autonomía de la voluntad e interpretación contractual, a la luz del nuevo Código Civil y Comercial.

Dra. Luz G. Masferrer ¹

El Código Civil y Comercial de la Nación, en un capítulo especial y bajo la denominación de contratos asociativos, regula contratos con características especiales en los que prevalece la comunidad de fin, claramente diferenciados de las sociedades. Se receptan las figuras ya reguladas en la Ley 19550 como contratos de colaboración empresaria y sociedad accidental o en participación, además de los consorcios de cooperación antes regulados por la Ley 26005, reconociéndose expresamente la facultad de las partes para configurar los contratos con otro contenido.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad permitirá encauzar las relaciones jurídicas patrimoniales según las necesidades colaborativas, lo que conlleva a definir sus límites para evitar que su estructura y finalidad se vean desdibujadas y se confundan con la figura societaria.

Las pautas de interpretación de los contratos receptadas por el Código Civil y Comercial abrevan en las que ya contenían los Códigos anteriores y estaban diseñadas para la interpretación de contratos paritarios. Bien cabe la reflexión acerca de los parámetros que habrán de guiar la interpretación de los contratos asociativos, destacándose la buena fe, el respeto a la intención común de las partes y la naturaleza y finalidad contractual.

Contratos asociativos

La noción de “contratos asociativos” nos lleva al mundo de los negocios y nos presenta un recurso técnico destinado a que sociedades y personas alcancen finalidades empresarias comunes o mejoren los beneficios de una actividad a través del esfuerzo común y coordinado, sin voluntad de constituir una sociedad. Mediante ellos, los contratantes sumarán esfuerzos hacia a un objetivo común, limitado a la realización de un determinado emprendimiento, sin comprometer sus propias organizaciones más allá de dicho objetivo.

¹ Académica Correspondiente en Corrientes.

El presente trabajo tiene como objetivo principal profundizar sobre el concepto de contratos asociativos y su recepción legislativa en el derecho argentino, para definir el alcance de las facultades autorregulatorias reconocidas a las partes y proponer pautas generales de interpretación para este tipo de contratos. Sin pretender agotar la temática propuesta, aspira a generar nuevas discusiones sobre temas propios del Derecho Comercial y abrir camino a investigaciones que aporten nuevos puntos de vista, enriqueciendo a la teoría general de los contratos.

I- Antecedentes:

El Código Civil de Velez Sársfield, que construyó la regulación contractual en base a los contratos de cambio conforme a la evolución de la doctrina de la época, no contaba con normas sobre contratos plurilaterales, de colaboración, o asociativos. Hasta ese momento, el fenómeno asociativo captado por el legislador fue el contrato de sociedad civil (arts. 1648 y sges C.C.) y las compañías o sociedades reguladas entre los contratos del comercio (arts. 282 a 449 del Código de Comercio). La elaboración doctrinaria que, por oposición a los contratos de cambio, identificó caracteres diferenciados sirviendo de base para la noción de los contratos asociativos, se desarrolló con posterioridad a la sanción de ambos Códigos.

Históricamente, la distinción entre contrato de cambio y contrato asociativo, comienza con los primeros trabajos realizados sobre la naturaleza del acto constitutivo de la sociedad, donde se debatió sobre su origen contractual señalando la insuficiencia de la noción contractualista clásica para explicar la pluralidad de partes y el interés común perseguido por los socios; y aún quienes reaccionaron a la calificación contractual pusieron énfasis en el fin común como uno de los aspectos distintivos².

En este sentido, autores de la talla de Grocio ya habían insinuado la diferencia entre contratos en los que cada contratante protege sus intereses a expensas de los demás, y contratos donde se produce una comunidad de intereses; y hacia 1877 Ihering había clasificado a los negocios económicos en dos grandes categorías, según importan un cambio de prestaciones o la fusión de ellas encaminadas a un objeto común³.

² Farina, Juan M. Tratado de Sociedades Comerciales – Parte General. Zeus. Rosario, 1980, pág. 197, citando a Messineo en Manual, t. II, págs. 346 y 347, señala que para este autor “...la voluntad de dos o más sujetos son del mismo contenido, están dispuestas paralelamente, se unen entre sí (pero permanecen distintas y discernibles) y tienden a un fin común y a un efecto jurídico común, en el que participa cada uno de los declarantes”.

³ Fontanarrosa, Rodolfo. O. “El contrato plurilateral”, en Juris T. XIII, pág. 351; Fargosi, Horacio P. “Sobre la naturaleza del acto constitutivo de las sociedades”, R.D.C.O. Año 1- Junio 1968, N°3, pág. 250.

Por su parte, Ascarelli, que propuso la distinción a partir de la plurilateralidad, señalando la instrumentalidad y la función organizativa del contrato, consideró que una vez constituida la sociedad tiende a una finalidad común a todos los socios, de allí que el contrato plurilateral se presenta como un contrato con comunidad de fin, donde cada una de las partes se obliga hacia todas las otras y adquiere derechos de todos los demás. El fin constituye el elemento común, unificador de las varias adhesiones y concurre en la determinación y límites de derechos y deberes de las partes⁴.

Así, comenzado el siglo XX, se reconocieron como características propias del contrato de sociedad, tres aspectos fundamentales: la plurilateralidad, la organización y la comunidad de fin. La *plurilateralidad* permite la intervención de más de dos partes, en un contrato abierto que admite la participación de contratantes distintos de los originarios, en el que las declaraciones de éstos –que sientan las bases de la relación– producen efectos sobre adherentes posteriores, y las prestaciones son atípicas y no necesariamente equivalentes. La *organización* se presenta como necesaria para reglar el comportamiento de sus integrantes y las relaciones de éstos con terceros, pudiendo recurrirse a la personalidad jurídica a tal efecto, en cuyo caso existirá un centro de imputación diferenciado de los socios, a quien se atribuirá el carácter de sujeto de derecho⁵. La *comunidad de fin*, motiva la vinculación contractual, orienta las aportaciones y unifica las voluntades para determinar los derechos y obligaciones de las partes.

Desarrollos doctrinarios posteriores han señalado que las características descriptas se presentan en general en los fenómenos asociativos, sin ser privativos de las sociedades, reconociéndolas en los contratos de colaboración que tienen finalidad común con sus diferentes variantes. En tal sentido, el núcleo central que distingue a los contratos asociativos, es la “finalidad común”, la que se manifiesta en la cooperación para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato, fin que puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener o una utilidad a conseguir y partir⁶.

En un sentido amplio, la colaboración asociativa puede generar vínculos que no impliquen necesariamente una total integración jurídica y económica de sus miembros, ni la creación de una persona jurídica para lograr el fin común perseguido. Es, entonces, en este marco donde se encuentran los contratos

⁴ Ascarelli, Tulio. “*Il Contratto Plurilaterale*”, Saggi Giuridici, 1949, Giuffrè -Editore pág. 276.

⁵ Esta ha sido la solución consagrada por el derecho argentino para las sociedades, al reconocer su carácter de sujetos de derecho (art. 2 de la Ley 19550).

⁶ Richard, Efraín H. Organización asociativa, Zavalía, Bs.As. 1994, pág. 114, citando a Spota, en Instituciones de Derecho Civil. Contratos, Bs.As., 1975, T.I, p.124). Véase cuadro sinóptico de clasificación de los contratos de colaboración en pág. 111 y explicaciones correspondientes.

asociativos propiamente dichos, que si bien comparten con la sociedad algunos caracteres, configuran un concepto jurídico distinto.

I-I- Formas jurídicas reguladas en la Argentina:

Las figuras jurídicas que hoy denominamos contratos asociativos fueron reconocidas paulatinamente en el derecho argentino, de una manera asistemática. La Ley 19550 había regulado a la sociedad accidental o en participación como un tipo societario. Al plantearse la reforma de este régimen legal, la Ley 22903 receptó a los contratos de colaboración empresaria, en un capítulo especial. Más adelante, en el año 2005, vieron la luz los consorcios de cooperación mediante una ley especial: la Ley 26005.

I-I.1. Sociedad accidental o en participación

En la Ley 19550 (arts. 361 a 366) aparecía regulada como un tipo societario, la “sociedad accidental o en participación”, cuyo objeto era la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias, a cumplirse mediante aportaciones comunes y a nombre personal del socio gestor. Carecía de personalidad jurídica, carecía de denominación social, no estaba sometida a requisitos de forma, ni se inscribía en el Registro Público de Comercio.

La Exposición de motivos de la Ley 19550 señalaba que se la reguló como una sociedad anómala, que mantenía el concepto del art. 395 del Código de Comercio en una concepción netamente argentina, aunque se reconocía que parte de la doctrina le negaba a este vínculo el carácter de sociedad y lo asimilaba a los negocios parciarios.

Para cierto sector, se trataba de un contrato asociativo bilateral sin personalidad jurídica, ni fondo social, ni *affectio societatis*, al no constatarse una voluntad de colaboración activa porque la gestión de los negocios sociales, tanto en el ámbito interno como externo, le incumbe únicamente al socio gestor, pero sí existe una situación interesada en el asociado que está dada por la comunidad de fin⁷.

Sin embargo, otro sector las consideraba verdaderas sociedades al reunir todos los demás elementos de una sociedad, excepto la personalidad jurídica, entendiendo que la circunstancia de que carezca de personalidad jurídica no altera lo expuesto, pues ello es consecuencia de su carácter oculto, ya que la personalidad es un instrumento que facilita la proyección social hacia el exterior⁸.

Tal como había sido regulada, la sociedad en participación no trascendía a terceros, pero los aportes se efectuaban para la formación de un fondo común a

⁷ Anaya, Jaime. Sociedades accidentales o en participación. Cangallo, Bs. As., 1970, p.96.

⁸ Nissen, R. Ley de Sociedades Comerciales T, 5, Abaco, Bs.As., 1996, pág. 196, citando a Etcheverry, R. en Sintético panorama actual de las sociedades de personas, p. 53.

aplicarse a una actividad económica de la que se dividirían ganancias y pérdidas entre quienes participen del acuerdo. Esta era la principal diferencia entre esta figura y el negocio en participación, en el cual quien aporta capital o trabajo participa de los beneficios resultantes de la actividad patrimonial que lleva adelante otra persona, sin asumir necesariamente las pérdidas.

La sociedad accidental se constituía para la realización de una o varias operaciones determinadas y transitorias, las que una vez concluidas, colocaban a la sociedad en causal de disolución. Se excluía la realización permanente y regular de una actividad comercial a través de esta figura.

Se entendía que si bien sociedad en participación y sociedad accidental no constituían conceptos equivalentes, los mismos resultaban interdependientes, ya que una sociedad accidental no podía ser sino en participación, y toda sociedad en participación debía ser necesariamente accidental⁹. Vale decir que, para poder llevar adelante emprendimientos de carácter transitorio debía conformarse una sociedad de carácter oculto, lo que muchas veces no se correspondía con la intención de las partes.

Además, para concretar contratos con el Estado u organismos internacionales era requerida necesariamente la identificación de los participantes, por lo que, la agrupación velada hacia terceros propia de esta figura jurídica implicaba un gran obstáculo para promover el desarrollo de aventuras comunes (*Joint ventures*).

Por otra parte, tal como estaba regulada, la sociedad accidental o en participación debía configurarse con los requisitos establecidos por el art. 361. La omisión de dichos recaudos hacía aplicable lo dispuesto por el art. 17 de la LSC, sancionándola con nulidad absoluta -por atipicidad- y provocando su liquidación; interpretación que era coherente con el carácter societario asignado a las mismas por la Ley, aunque fueran sociedades internas sin trascendencia a terceros y carentes de personalidad jurídica.

No obstante los esfuerzos que realizaba la doctrina para afirmar que no eran sociedades en sentido estricto, el peligro de la aplicación del art. 30 LSC haciendo caer a estas sociedades en las previsiones de la sociedad de hecho, con el gravoso régimen de responsabilidad que estaba previsto para éstas, conspiraba en contra de su utilización.

La doctrina, en general, reclamaba una válvula de escape a esta situación muchas veces de bloqueo -y de irregularidades, otras veces- en momentos en que todos los mercados mundiales ponían de manifiesto instrumentos de asociación, de colaboración y figuras de *joint venture* o similares. Hubo que esperar diez años

⁹ Zavala Rodríguez, Carlos J. Código Comentado y Leyes complementarias, Depalma, Bs.As. 1959, pág. 508.

desde la sanción de la Ley 19550 para que se incorporara a su texto legal algún principio de solución a los problemas planteados¹⁰.

I-I-2 Contratos de Colaboración empresaria

La Ley 22903 que reformó la Ley de Sociedades Comerciales (19550) incorporó al texto societario el Capítulo III denominado “De los Contratos de colaboración empresaria”, estableciendo dos figuras contractuales: las “agrupaciones de colaboración empresaria” y las “uniones transitorias de empresas”.

Con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades, las agrupaciones de colaboración (ACE) establecen una organización común mediante el contrato. Sus integrantes conservan su individualidad jurídica y empresarial, creando una organización de actuación interna destinada a prestar servicios o a permitir que los partícipes se beneficien con la actividad desarrollada.

En una unión transitoria de empresas (UTE) sociedades y empresarios individuales se reúnen para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto. En este caso, la actuación de los partícipes trasciende hacia terceros mediante la ejecución individual de las tareas o actividades que cada uno asume con respecto a la realización de la obra, servicio o suministro, las que deben determinarse de manera precisa en el contrato. Si bien se designará un representante con poderes suficientes de cada uno de los miembros para ejercer derechos y contraer obligaciones que refieran al desarrollo o ejecución de la obra, servicio suministro, no se trata de un representante orgánico ya que la UTE no reviste el carácter de persona jurídica.

Según expresó la Exposición de motivos de la Ley 22903, la incorporación de formas contractuales de cooperación empresaria permitirá dotar a la legislación argentina de estructuras jurídicas aptas para propender a la satisfacción de una amplia gama de finalidades económicas, que si bien podrían satisfacerse a través de vinculaciones societarias –con la limitación del art. 30 LSC-, ello supone un recargo de gastos y un dispendio de los medios y estructura respecto del propósito buscado.

La doctrina comercialista de ese momento afirmaba que, la reforma del año 1983 había recogido esquemas de fórmulas de colaboración y coordinación entre empresas que se habían hecho frecuentes en nuestras prácticas mercantiles bajo denominaciones inapropiadas para nuestro lenguaje, especialmente los denominados *joint ventures* y consorcios¹¹. Y al comentar las figuras jurídicas

¹⁰ Vítolo, Daniel R., Manual de Contratos T 2, Estudio, Bs.As., 2017, pág.211.

¹¹ Zaldívar, Enrique – Manovil, Rafael. - Ragazzi, Guillermo. Contratos de colaboración Empresaria, Abeledo Perrot, Bs. As., 1989, p. 72.

contractuales reguladas bajo el Capítulo III de la Ley de Sociedades Comerciales, se expresaba que son formas contractuales mediante las cuales sociedades o personas físicas pueden reunirse para el desarrollo y ejecución de actividades empresariales conjuntas sin constituir una sociedad¹².

En orden a la finalidad pretendida, se expresaba que, mediante la conformación de estos contratos, se buscaba la organización de una estructura complementaria destinada a auxiliar las economías de las empresas coligadas, sin que éstas pierdan individualidad económica y jurídica¹³. La idea de autonomía entre de los partícipes fundamenta este tipo de vinculación, ya que estos contratos permiten que la imputación de los derechos y obligaciones que se contraigan o adquieran recaiga directamente sobre los participantes del respectivo contrato, facilitando de esta forma un grado de integración menor al tradicional esquema societario¹⁴.

Sobre los contratos que dan nacimiento a estas figuras -a los que sin unanimidad se los comenzaba a denominar "contratos asociativos"-, se expresaba que los mismos constituían una especie dentro de los contratos de colaboración y que pudiendo tener o no actuación externa, organizan funcionalmente una actividad siguiendo una finalidad común¹⁵. Tienen la naturaleza del contrato plurilateral y de organización, en el cual la convergencia de varias partes en pos de la atención de un interés común que se proponen satisfacer mediante la actividad organizada, otorga al contrato la nota de plurilateralidad traducida por la confluencia de intereses que, por lo dicho, no aparecen contrapuestos -como en los contratos bilaterales- sino superpuestos¹⁶.

Recordemos que, antes de la regulación de estos contratos, para encarar grandes emprendimientos, los operadores económicos podían recurrir a la constitución de una sociedad anónima, o a las vinculaciones societarias. Lo primero, implicaba organizar una estructura de excesiva onerosidad y complejidad para el despliegue de una actividad transitoria. Lo segundo, tropezaba con la limitación establecida por el artículo 30 de la Ley 19550 que solo permitía a las sociedades anónimas y en comandita por acciones formar parte de

¹² Roitman, Horacio y otros, "Joint Venture", en RDCO 1993-A-248.

¹³ Etcheverry, Derecho Comercial y Económico -Formas Jurídicas de la organización de la empresa, Astrea, Bs.As., 1989, pág. 198. Citando, en igual sentido, Guyenot, J. en "La práctica de los Grupos de interés económicos". LL, 23-2-84 y Ascarelli, Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales, p. 120.

¹⁴ Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael - Ragazzi, Guillermo. Ob. cit., pág. 79.

¹⁵ Richard, Efraín Hugo. "En torno a los contratos de colaboración y asociativos: Clasificación y efectos". Ponencia presentada en colaboración con García Claudio, al V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa - Huerta Grande - Córdoba, Octubre 1992. Derecho Societario y de la Empresa T I, Advocatus, Córdoba 1992, pag. 36 y sgtes.

¹⁶ Verón Alberto - Zunino, Jorge Osvaldo, Reformas al régimen de sociedades comerciales, Astrea, 1984, pág. 563.

sociedades por acciones, vedando la posibilidad de unirse con sociedades de otros tipos o con empresarios individuales.

A partir de la reforma producida por la Ley 22903, a través de estos contratos podrían sortearse las dificultades que presentaba aquel régimen legal, siendo éste el primer paso hacia la regulación de formas suprasocietarias destinadas a realizar finalidades económicas de importancia, en un esquema contractual de cooperación. Se trata de contratos de cooperación y coordinación entre los partícipes para el desarrollo o la prestación de una actividad en la cual participan conjuntamente, sin generar relaciones de subordinación o control societario¹⁷.

Por ello, más allá de las críticas que se expresaron con respecto a la inclusión de los contratos de colaboración en la Ley de Sociedades Comerciales, estas figuras lograron reconocimiento legislativo, ingresando de este modo al derecho argentino formas jurídicas de agrupamiento de empresas con finalidad cooperativa y mutualista, prescindentes de la noción de personalidad.

La ley estableció para los contratos de colaboración regulados (ACE y UTE) el requisito de la inscripción en el Registro Público de Comercio. Sin embargo, no estableció los efectos de la falta de inscripción, ni se reconoció expresamente la posibilidad de realizar otros contratos con similares características que no encuadren en los tipificados. Pues, la simple posibilidad de que ante la falta de inscripción o la creación de contratos atípicos pudiera aplicarse el régimen de irregularidad previsto con carácter sancionatorio para las sociedades comerciales no inscriptas constituía el punto débil de la regulación, dando que hablar a la doctrina con opiniones diversas.

I-I-3- Consorcios de Cooperación

La ley 26.005, promulgada en el año 2005, incorporó la figura de los "consorcios de cooperación", con naturaleza contractual, no societaria, no constituyendo sujeto de derecho, ni persona jurídica. Mediante el consorcio se crea una organización común con la finalidad de facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros. Se incorporan al derecho argentino una figura con un objeto similar al de las AC, pero von aptitud para perseguir fines de lucro, mediante la facultad de concretar operaciones relacionadas a la actividad económica de sus miembros¹⁸.

Esta es su finalidad genérica aunque también tenía un propósito específico consistente en promover la formación de consorcios de empresas PyMES, con

¹⁷ Racciatti, H. "Capítulo III- De los Contratos de colaboración empresaria", en Código de Comercio comentado y anotado, dir. Rouillón, Adolfo, T III, La Ley, Bs.As., 2006, pág. 852.

¹⁸ Junyent Bas, Francisco - Ferrero, Luis F. "Consortios de cooperación en el Código Civil y Comercial de la Nación", Revista del Derecho Privado y Comunitario, 2017 -3, pág.365.

particular énfasis en aquellos vinculados con la exportación, mediante otorgamiento de beneficios por el Poder Ejecutivo Nacional (CdeC art. 11)¹⁹.

El contrato constitutivo, debía realizarse por instrumento público o privado con firma certificada, e inscribirse por ante la Inspección General de Justicia de la Nación o por ante la autoridad de contralor que correspondiere según la jurisdicción provincial que se tratara.

Sin embargo, grandes críticas generó la sanción que preveía la ley 26.005 para el caso de la falta de registración de los contratos, al fijar como sanción rigurosa y paradójica²⁰ que en tal caso el consorcio tendría los efectos de una sociedad de hecho, confiriéndole en tal caso el carácter de sujeto de derecho, aunque con las particularidades que tenían las sociedades no constituidas regularmente en el régimen de la Ley 19550.

I-II- Régimen legal actual

La Ley 26994 que sancionó el Código Civil y Comercial, siguió el criterio de regular a los contratos asociativos en un capítulo especial de este Código, derogando los arts. 361 a 366, el Capítulo III de la Ley de Sociedades Comerciales, y la Ley 26005. Se excluye a la sociedad accidental o en participación de la Ley de Sociedades para incluirla dentro de los contratos asociativos en un capítulo especial del Código Civil y Comercial, junto a los contratos de colaboración regulados en dicha Ley y los consorcios de cooperación.

Los Fundamentos expresados para la incorporación de los contratos asociativos al Código, mencionan 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 doctrina, en general, considera un acierto metodológico la inclusión de los contratos asociativos en el Código, siguiendo los Proyectos Legislativos de 1993 y 1998, trasvasando la regulación que existía en las leyes especiales y estableciendo disposiciones generales.

La decisión fue impulsada por la necesidad de establecer una diferenciación tajante con esquemas de tipo societario, a fin de crear figuras diferenciadas de la sociedad que permitan que la imputación de derechos y obligaciones que se contraigan o adquieran recaigan directamente sobre uno o más de los partícipes del respectivo contrato, facilitando de esta forma un grado de integración menor al tradicional esquema societario²¹.

¹⁹ Otaegui, Julio O. *“El consorcio de cooperación”* La Ley, 2008-C, 1286.

²⁰ Farina, *Contratos comerciales modernos*, T 2., Astrea, Bs.As. 2014, p. 423. “..estos consorcios no son sociedades; pero si no se inscriben se transforman en sociedades de hecho”.

²¹ Heredia, Pablo D. *“Contratos asociativos”* en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dir. Lorenzetti, Ricardo L., T VII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 352, citando a Zaldívar – Manóvil – Ragazzi en *Contratos de colaboración empresaria*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, pág.79.

De este modo, los contratos asociativos han ocupado su lugar en el Código junto a otros contratos y la regulación societaria quedó reservada para la persona jurídica.

En palabras de Richard podemos decir que se logró sistematizar las sociedades por un lado en la LGS, sustrayendo la sociedad civil del CCC e incorporando a éste un título o capítulo especial con los contratos de colaboración, aceptando llamarlos asociativos -sociedad en sentido lato-, apuntando que cabe distinguir la sociedad en sentido lato, propia de los contratos asociativos o de participación, y la de la sociedad-sujeto, que se refiere al concepto de sociedad en sentido estricto, conforme establecían los derogados artículo 1648, CCA y art. 1° LS²².

I-II-1 Figuras reguladas

Con una regulación similar a la derogada, el nuevo Código incluyó como figuras asociativas, al “negocio en participación” (arts. 1448 a 1452), las “agrupaciones de colaboración” (arts. 1453 a 1462), las “uniones transitorias” (arts. 1463 a 1469), y los “consorcios de cooperación” (arts. 1470 a 1478).

El “negocio en participación” mantiene las dos categorías de contratantes (el socio gestor que actúa con los terceros y el socio partícipe que carece de actuación), el objeto del contrato limitado a la realización de una o más operaciones determinadas (aunque ya no se exige que éstas sean transitorias), y la necesidad de que se realicen aportaciones comunes de ambos socios, a nombre personal del socio gestor. El contrato no tiene denominación social, no está sometido a requisitos de forma y no se inscribe en el Registro Público.

El contrato de “agrupación de colaboración” prevé 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. Cada integrante de la agrupación ejerce su propia actividad en forma autónoma respecto de los otros miembros y las ventajas económicas generadas por dicha actividad recaen directamente en el patrimonio de las partes agrupadas, ya que la agrupación en cuanto tal no puede perseguir fines de lucro, ni puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros.

El nuevo régimen no establece limitaciones en cuanto a quienes pueden ser partes de este contrato, eliminando la enumeración que contenía el anterior. Se establecen las mismas exigencias de forma al prever la necesidad de instrumento público o privado con firma notarial, como también la inscripción en el Registro

²² Richard, Efrain H. “Contratos asociativos” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2017-3, Contratos comerciales, pág.304.

Público, con remisión al organismo de aplicación del régimen de defensa de la competencia. Las normas referidas a dirección y administración de la agrupación, resoluciones relativas a la realización de su objeto, fondo común operativo y responsabilidad de los participantes respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación, se mantienen sin modificaciones en el nuevo texto legal.

La “unión transitoria” receptó sin mayores modificaciones la fisonomía asignada por el régimen anterior a la unión transitoria de empresas. Mediante este contrato las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, pudiendo desarrollar o ejecutar obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal. Al indicarse en plural el objeto a desarrollar, se permite que el contrato se utilice para varios emprendimientos.

No se establecen limitaciones en cuanto a las partes de este contrato, y las reglas en cuanto a instrumentación e inscripción son idénticas a las establecidas en el régimen anterior, de igual modo que las reglas referidas al representante – aunque se admite expresamente que pueda serlo una persona humana o jurídica-, y a la responsabilidad de los miembros de la unión por los actos y operaciones que realicen en la unión y frente a terceros, que no presume solidaridad, excepto disposición contraria del contrato.

El “consorcio de cooperación” se da cuando las partes establecen una organización común para facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados. Se recepta el concepto ya previsto por la Ley 26005 y, con idénticas previsiones en cuanto a la instrumentación, admite que el contrato se realice por instrumento público o privado con firma certificada notarialmente. Si bien requiere la inscripción en el Registro Público, no se establece una sanción específica para el supuesto de falta de inscripción, a diferencia del régimen anterior.

La prohibición de que el consorcio ejerza funciones de dirección con relación a la actividad de sus miembros, en el régimen actual se mantiene, agregándose que, tampoco podrá ejercer funciones de control en relación con dicha actividad. De este modo, se deja en claro que la finalidad pretendida por el consorcio es de cooperación, alejando toda idea de que la organización buscará fijar políticas comerciales o unificar conductas de los partícipes con el objetivo de intervenir en el mercado.

I-II-2 Disposiciones generales

A diferencia del régimen anterior, el Código Civil y Comercial ha establecido un capítulo de disposiciones generales aplicables a los contratos

asociativos que ratifica la naturaleza contractual de los mismos y determina que a estos contratos no se les aplican las normas societarias.

El artículo 1442 CCC categóricamente expresa que estos contratos no son personas jurídicas, ni pueden constituirse, por medio de ellos, personas jurídicas, sociedades, ni sujetos de derecho. Puede decirse que esta regulación también constituye un acierto, ya que provee de normas generales aplicables a estos contratos. Un largo anhelo de la doctrina anterior que criticaba la falta de normas generales aplicables a los mismos.

I-II-3 Concepto

El artículo 1442 dispone la aplicación de las disposiciones generales a todo contrato de colaboración, de organización o participativo con comunidad de fin, que no sea sociedad. Sin embargo, desde la normativa no se precisa un concepto de contrato asociativo.

Para Roitman, el CCC no incorpora un concepto de contratos asociativos; se limita a fijar pautas a las que deben ajustarse las partes en orden a la configuración de un contrato de este tipo, señalando que el legislador ha puesto énfasis en sus caracteres, enunciados genéricamente y aplicables a típicos y atípicos, con definiciones en cada una de las subespecies reguladas²³.

Según Gebhardt, el artículo ayuda en la línea pedagógica a generar una definición de contratos asociativos, señalando que estamos ante acuerdos entre dos o más sujetos (generalmente empresarios o sociedades) que, sin constituir sociedad, se unen para colaborar, o participar u organizar actividades que confluyen en un fin común. Cada sujeto asociado conserva su individualidad y procura un fin propio de su actividad, con la particularidad de que ese fin es común al otro sujeto con quien se asocia²⁴.

Los Fundamentos del Código (Punto XI), que ponen de manifiesto la noción tenida en cuenta por el legislador, afirman que el contrato asociativo es un vínculo de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no es sociedad. Claramente, lo apuntado en este párrafo no brinda mayores explicaciones conceptuales, ya que -excepto la mención que hace a la plurilateralidad-, se limita a reiterar lo dispuesto por la norma.

Resulta más ilustrativa la referencia que indican los Fundamentos con respecto a la colaboración asociativa, destacando que ésta -y de igual modo que la societaria- presenta comunidad de fines. De modo que, las partes actúan en un

²³ Roitman, Horacio - Sanchez, Victoria - Lopez Revol, Agustina. "Los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial (Parte general)", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2017-2. Contratos. Parte Especial -II, pág.104.

²⁴ Gebhardt, Marcelo. "Contratos asociativos" en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, dir. Bueres, Alberto J. 3-D, Hammurabi, Bs.As., 2018, pág.630.

plano de coordinación y compartiendo el interés, lo que la diferencia claramente de la colaboración basada en la gestión. Ello implica reconocer como dato relevante del concepto de contrato asociativo, la comunidad de fin.

Podemos afirmar, entonces, para aproximarnos a un concepto, que mediante un contrato asociativo las partes armonizan sus esfuerzos y prestaciones para encauzar la cooperación asociativa funcional generando una estructura organizativa en vista a un fin común a todas ellas. Tanto la cooperación asociativa, como el fin común constituyen el núcleo central y caracterizador de los fenómenos asociativos, como la brújula que ha orientado al legislador argentino.

Ahora bien, si la comunidad de fin es un rasgo que comparten contratos asociativos y sociedades, se impone la diferenciación de ambas figuras a partir de otros elementos. Ya señalaba Anaya²⁵, citando a Ascarelli que la comunidad de fin importa una nota funcional de relevancia en la causa típica de los contratos asociativos, pero no se puede construir una categoría de contratos con comunidad de fin. Ello tropieza con la dificultad de incluir en su ámbito a todas las relaciones asociativas, es decir, tanto las sociedades y asociaciones, la participación, la aparcería y la mediería.

Un dato que resulta de utilidad para la diferenciación de los contratos asociativos y la sociedad, que también aparece delineado en los Fundamentos, es la referencia a que, en los contratos asociativos existiría una integración parcial y no total, sin disolución de la individualidad, ni creación de una persona jurídica. Esta noción -integración parcial sin pérdida de individualidad de los partícipes- refuerza la idea de que las partes se unen para lograr finalidades empresarias concretas, sumando esfuerzos pero limitados a ese objetivo, sin comprometer sus propias organizaciones y actividades.

Por otra parte, sabemos que la cooperación asociativa y el fin común generan la necesidad de crear una estructura organizativa a través de la cual se coordinen los intereses de los partícipes. El elemento organizativo puede revestir grados diversos de complejidad, por lo que podrá asumir la forma de personificación en las sociedades²⁶ (mayor grado de complejidad) o bien otras modalidades organizativas que excluyan la personificación (menor complejidad). En los contratos asociativos, el instrumento mediante el cual las partes coordinan

²⁵ Anaya, Jaime. Sociedades accidentales o en participación. Editorial Cangallo Sociedad Anónima. Bs.As., 1970, pág. 106/107. *"Tal variedad de especies comprendidas en el ámbito de los contratos con comunidad de fin tendría muy escasas normas comunes a todos los casos, constituiría una categoría heterogénea y por ello insuficiente para determinar principios comunes importantes"*.

²⁶ Fernández de la Gándara, Luis. La atipicidad en el Derecho de Sociedades, Pórtico, Zaragoza, s/fecha, pág. 280. *"En los contratos de sociedad es fundamental la finalidad de organización del ente. Todos los ordenamientos consagran, junto a los aspectos jurídicos-negociales, modelos de disciplina destinados a regular tanto la participación de los socios en el ejercicio de la actividad social y en los resultados que de ella derivan por la relevancia de esa actividad frente a terceros"*.

sus intereses, es el mismo contrato, sin necesidad de conformar a tal efecto una persona jurídica.

Entendemos que estas directrices -cooperación asociativa, integración parcial, organización no personificante- resultan relevantes a la hora de identificar un contrato asociativo. Pero, el concepto de sociedad será referencia necesaria para caracterizarlos, dada la previsión legal establecida por el art. 1442 CCC. Bien se ha señalado que el problema está en determinar si una determinada relación de organización asociativa es o no sociedad, ya que de tener dicho carácter estaremos fuera del mundo contractual²⁷.

En ese camino, la nota diferenciadora más patente será la personalidad jurídica, ya que en tal caso se estaría en presencia de una sociedad. Así, si el contrato crea una persona jurídica distinta de las partes, será ésta el centro imputativo de derechos y obligaciones y el sujeto encargado de llevar adelante la actividad común propuesta. En los contratos asociativos, si bien existirá una organización interna a fin de ordenar las actividades individuales de los partícipes, no se crea un sujeto de derecho nuevo.

Otro aspecto a considerar será el modo de llevar adelante la actividad, ya que si se está en presencia de una actividad común exteriorizada a nombre colectivo²⁸, de cuyo resultado se generarán las ganancias y pérdidas para los intervinientes, tendremos configurada una sociedad, y no un contrato asociativo. En éstos, si bien existirá una actividad negocial, ésta será desplegada a título individual por cada uno de los partícipes, quienes a tal efecto mantendrán su individualidad jurídica.

Consecuencia de lo anterior será -y allí encontramos otra diferencia- el modo en que quienes participan del contrato obtendrán sus beneficios y soportarán las pérdidas. Si de la actividad desplegada en cumplimiento del objeto propuesto se asume un riesgo común, es decir, se participa en ganancias y se contribuye ante la pérdida, estaremos frente a una sociedad. Por el contrario, en un contrato asociativo el riesgo que derive de sus propias actividades individuales no será compartido con los demás partícipes del contrato.

Estas son las diferencias más significativas que advertimos entre los contratos asociativos propiamente dichos y las sociedades. A ellas podría agregarse, que en caso de realizarse aportaciones comunes por los partícipes de un contrato asociativo, las mismas formarán un fondo común operativo que estará administrado del modo establecido en el contrato, pero no constituirán aportes societarios, ya que éstos se efectúan a la persona jurídica sociedad y se destinarán al cumplimiento del objeto social.

²⁷ Araya, Tomás M. *"Sobre el concepto de sociedad y sus elementos esenciales"*, LA LEY 12/10/2021, 12/10/2021, 1 - LA LEY 2021-F, 258, LALEY AR/DOC/2864/2021.

²⁸ Richard, Efraim H. *Derecho Societario*, Astrea, Bs.As., 1999, pág. 9. *"La sociedad estará caracterizada por la actividad en común, exteriorizada (a nombre colectivo), con finalidad común, con participación en las utilidades y pérdidas..."*.

II- Autonomía de la voluntad

De modo general puede afirmarse que el contrato, como institución jurídica constituye el vehículo de la circulación de la riqueza en los ordenamientos que reconocen la propiedad privada, ya que ello se vincula con el principio de libertad contractual, que es la expresión de la autonomía de la voluntad de los particulares. Nuestro país reconoce entre sus garantías al derecho de propiedad (art. 17 C.N.) y a la libertad de contratar (art. 14 C.N.), lo que se concreta en el Código Civil y Comercial al reconocer que las partes son libres de celebrar un contrato y de determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958 CCC).

El problema de la libertad contractual es el problema de sus límites. Entre ordenamiento jurídico y autonomía negocial existe una polaridad inmanente cuyo alcance y contenido constituye uno de los temas centrales del actual Derecho privado. Ello ha obligado a una constante revisión de los fundamentos dogmáticos y funcionales de la autonomía privada²⁹.

Siguiendo a Fontanarrosa, podemos decir que el concepto amplio de la autonomía de la voluntad comprende dos aspectos que la doctrina suele distinguir: la libertad de conclusión del contrato, que significa la facultad de que gozan los particulares de celebrar o no cualquier tipo de contrato, y la libertad de configuración interna que implica la facultad de dar al contrato el contenido deseado por los celebrantes, facultad que existe frente al ordenamiento jurídico como posibilidad de derogar o modificar sus normas o de crear una regulación no prevista por la ley.³⁰

La libertad de configuración interna, es decir, la posibilidad que tienen las partes de dar al contrato el contenido más apto para satisfacer sus intereses, en relación con la tipicidad contractual nos presenta una nueva dicotomía: la libertad de creación de figuras contractuales que no pertenezcan a los tipos dotados de una disciplina particular y la libertad de determinación del contenido de los contratos legalmente regulados, es decir, establecer a través de las cláusulas contractuales las reglas que habrán de regir la relación contractual.

En el derecho argentino, el Código Civil receptó el principio de la autonomía de la voluntad en el art 1197 y consagró implícitamente la libertad de

²⁹ Fernández de la Gándara, Luis. La atipicidad... cit., pág. 1.

³⁰ Fontanarrosa, Rodolfo O. Derecho Comercial Argentino, t II, Zavalía, Bs.As., 1969, pág. 35/36. Y citando a Franceschelli en *I Consorzi Industriali*, Cedam, Padova, 1939, pág.15, "En particular, (el legislador) no ha pretendido reservarse para sí solamente la función productiva material, sino que la ha reconocido también a los particulares, emitiendo, por así decirlo, una norma en blanco cuyo alcance reside en garantizar, dentro de los límites y en las condiciones que se verán, efectos jurídicos a la voluntad privada".

configuración interna en el art. 1143, con lo cual quedó establecida ampliamente la libertad de creación y la libertad de contenido.

En la misma línea, el Código Civil y Comercial reconoce ambas libertades, de la mano de los artículos 957, 958 y 970, admitiendo la posibilidad de crear y regular relaciones jurídicas patrimoniales, en ejercicio de la libertad para celebrar contratos y determinar su contenido dentro de los límites impuestos.

En materia de contratos asociativos, el Código Civil y Comercial consagra una norma específica en las disposiciones generales previstas para estos contratos (art. 1446 CCC) reconociendo la libertad de contenidos. A fin de reflexionar sobre el alcance del ejercicio de la autonomía de la voluntad en estos contratos analizaremos dicha norma y su correlación con las normas referidas a los contratos en general.

II-I- Libertad de configuración en materia de contratos asociativos

Sobre la posibilidad de crear contratos de colaboración empresaria distintos de los previstos en el capítulo III de la Ley 19550, se expresó la doctrina anterior al Código Civil y Comercial, reclamando además una norma expresa que brinde mayores precisiones al respecto.

Con fundamento en las normas constitucionales (art. 14, 19, 20 CN) y del Código Civil (arts. 19, 21, 1143, 1197, entre otros) se sostenía firmemente la posibilidad de pactar un convenio de cooperación transitorio entre empresas, que no sean UTE, para lo que debían evitarse las formas de cualquier sociedad regular, irregular o de hecho³¹. Sin embargo, se alertaba sobre la inexistencia de una norma autorizando la autonomía de la voluntad para generar otras formas contractuales de colaboración empresaria, señalando que ante la tendencia a personificar todas las relaciones asociativas, éstas quedarían bajo el riesgo de ser calificadas como sociedades atípicas.³²

En el mismo sentido Otaegui, expresaba que la incorporación de dos tipos específicos o nominados de contratos bajo el título de los contratos de colaboración empresaria no impedía, la posibilidad de realizar otros contratos de similares características (cooperación o coordinación) que no encajen en algunas de las formas que se contemplan en la ley de sociedades comerciales, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad previsto por nuestro Código Civil. Entendía que, no existe en el caso de los contratos de colaboración empresaria un régimen cerrado de tipicidad como el previsto para las sociedades comerciales en los artículos 1 y 17 de la ley 22903, por lo cual cabe concluir la admisibilidad legal

³¹ Etcheverry, Raúl A. Formas Jurídicas de organización de la empresa, Astrea, Bs.As., 1989, pág. 208.

³² Richard, Efraín H. "La reforma del Código Civil y Comercial: los contratos asociativos y la ley general de sociedades". Revista de la Facultad -UNC- 2013-1, 01/04/2013, 1, LALEY AR/DOC/1366/2013.

para otros contratos innominados de colaboración empresarial³³. También la Jurisprudencia tuvo la oportunidad de expedirse en ese sentido³⁴. Sin embargo, disposiciones registrales impedían la inscripción como tales, a los contratos de colaboración o coordinación que no respeten las estipulaciones previstas en la ley 19550 para las UTE o ACE.

De modo que, la imposibilidad de inscribir contratos de colaboración atípicos desalentaba el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia, y la falta de claridad en los efectos jurídicos a asignar a la facultad autorregulada - peligro de ser consideradas sociedades de hecho- restringía las posibilidades contractuales. La discusión se llevó a las Comisiones reformadoras de la legislación civil y comercial, donde se debatiría sobre el alcance de la libertad de formas o de configuración de los contratos de colaboración o a la creación de una nueva figura societaria al estilo del sistema español o al proyectado por la doctrina francesa³⁵.

Si bien con algunos reparos por parte de la doctrina, y contrario al Proyecto de 1998 que no admitía en este tipo de contratos la libertad de contenidos, restringiendo a determinada creación con origen legal³⁶, el Código Civil y Comercial notoriamente se ha apartado de este antecedente y consagró de manera expresa una norma que consagra la libertad de contenido.

II-I-1 Libertad de contenido

El artículo 1446 expresa: “Libertad de contenido. Además de poder optar por los tipos que se regulan en la Sección siguiente de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos”. Entendemos que al mencionar “estos contratos” la norma se refiere al negocio en participación

³³ Otaegui, Julio C., *“Informalidad y exorbitancia en los contratos de colaboración empresarial”*, ED 152-919/920.

³⁴ Anaya, Jaime. *“La autonomía privada en los contratos de colaboración empresarial”*, ED 123-383. Caso Colva Sa c. Concisa SA, Calzetta c/ coordinadora de servicios RASA, refiriéndose a las UTE y ACE, *“la previsión legal de estas figuras contractuales de colaboración, “no ha precluido en modo alguno la posibilidad de alcanzar la consecución de sus finalidades a través de otras variantes negociales, que si ya eran aceptables antes de la ley 22903, no media razón para que hayan dejado de serlo con posterioridad”*.

³⁵ Richard, Efraín H. – Muiño, Orlando M. *Derecho societario*, Astrea, Bs.As. 1997, p. 762. *“El punto se vincula a la política legislativa de encorsetar las relaciones de colaboración en formas rígidas, o en sostener que el legislador debe respetar la libertad del empresario para adoptar en cada supuesto concreto la forma social o contractual que estime más adecuada por su simplicidad, economía y concordancia con la verdadera esencia de las relaciones subyacentes, o si esa libertad sería excesiva si otorgara una ilimitación de procedimientos para conseguirlos, imponiendo ña figura de la sociedad anónima para la sociedad de empresas.”*

³⁶ Vítolo, Daniel R. *Manual de Contratos*, t. 2, Estudio, Bs.As. 2017, pág. 217. Refiere que la doctrina señalaba *“...que la propia categoría de contratos asociativos resultaba insuficiente e inconsistente para contemplar la variedad de sistemas jurídicos para la administración de patrimonios, los que deberían tener su origen en la ley, dado que ello interesaba al orden público, y tienen que registrarse en un Registro Público, cumpliendo –necesariamente- una función que apunte en forma directa o indirecta el bienestar general o al bien común”*

(1448 CCC), la agrupación de colaboración (1453 CCC), la unión transitoria (1463 CCC) y el consorcios de cooperación (1470 CCC).

Podría interpretarse que dicha referencia, que remite a estos contratos en forma exclusiva, resulta limitativa de la autonomía contractual, desconociéndose la posibilidad de avanzar en la autorregulación creando figuras contractuales que no pertenezcan a los tipos legislados. Y resulta importante definirlo, a fin de determinar si mediante lo normado se admite el ejercicio de la facultad regulatoria pero manteniendo los rasgos de identidad contractual de las figuras legisladas, o se podrían fijar -mediante el contrato- reglas que resulten incompatibles con el contenido de los tipos legalmente regulados³⁷.

Sabemos que en materia de contratos se entiende por contenido del negocio a lo querido por las partes, tal como ellas lo han querido, y que dentro del concepto de contenido deben incluirse aquellos elementos integrantes del propósito perseguido, tales como la finalidad económico-social (causa) del contrato, las obligaciones a las que se comprometen y las prestaciones que constituyen el objeto de éstas, incluidos los elementos accidentales, como por ejemplo: modo, plazo, condición etcétera³⁸. Determinar el contenido contractual consiste básicamente en disciplinar o reglamentar, de modo vinculante relaciones jurídicas patrimoniales que afectan los intereses de las partes, llevadas a cabo en el complejo de sus determinaciones negociales³⁹.

Entendemos que a la luz de la norma del art. 1446 CCC, en ejercicio de la libertad de contenido podrían las partes reglar derechos y obligaciones sin desnaturalizar las cuatro figuras jurídicas típicas reguladas, ya que claramente el artículo refiere a la libertad de contenido. En ese sentido es conteste la doctrina señalando que la realidad de los negocios y la inventiva empresaria no puede encorsetarse en los negocios típicos de organización que se prevén, por lo que en el art. 1446, se autoriza la "libertad para configurar estos contratos con otros contenidos"⁴⁰.

II-I-2 Libertad de creación

Con respecto a la libertad de creación de nuevas figuras contractuales, debe considerarse que, aun cuando el artículo 1446 no refiera a ella, dicha facultad -con respecto a contratos asociativos- no puede ser negada. Por el contrario, debe ser ampliamente reconocida como posibilidad material para los contratantes, en

³⁷ Fernandez de la Gándara, Luis. La atipicidad... cit., pág. 191/192.

³⁸ Fontanarrosa, Rodolfo O. Derecho Comercial Argentino, t cit., pág 42.

³⁹ Aparicio, Juan M. Contratos -1, Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pág. 52.

⁴⁰ Richard, Efraim H. "Contratos asociativos", cit., pág.344. En igual sentido, Roitman, Horacio - Sanchez, María V. - Lopez Revol, Agustina, en "Contratos asociativos", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, pág. 31; señalando que "se propugna la libertad de contenidos para contar con instrumentos contractuales flexibles y dinámicos que permitan a las partes definir el contenido que más se adapte a las necesidades concretas del negocio a celebrarse".

virtud de las reglas generales dadas por los artículos 958 y 970 del Código Civil y Comercial.

En tal sentido se ha expresado la doctrina expresando que en la actualidad nuestro derecho reconoce de manera expresa la primacía de la autonomía de la voluntad en aquellas relaciones de organización asociativas que no constituyen sociedad⁴¹. Y afirmando que queda librada a la autonomía de la voluntad (art. 958 CCC) reglar el contenido de los contratos asociativos que se celebren cuando juzguen insuficientes las modalidades contractuales previstas en las secciones subsiguientes⁴².

Una interpretación armónica de todo el ordenamiento nos lleva a sostener la existencia un amplio margen a la autonomía de la voluntad en materia de contratos asociativos. Los contratos asociativos pueden asumir tantas formas como permite el artículo 958 del CCC, dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público.

Las partes pueden utilizar algunas de las figuras legales tipificadas o bien celebrar un contrato innominado (art. 970 CCC). Las normas que pueden adoptar las partes deben respetar el género establecido y estructurar el convenio de acuerdo a las estipulaciones generales de los artículos 1442 y siguientes.

Entendemos que el legislador no ha colocado a los contratos asociativos en una situación de excepción ante las reglas generales que reconocen el ejercicio de la autonomía de la voluntad⁴³, y cuando se conforma un contrato diferente y con contenido propio, se regirán por lo normado por el art. 970, norma que se admite la existencia de contratos innominados de manera general y sin diferenciar tipos de contratos.

Por otra parte, si solo se permitiera la libertad de contenido aplicada a los contratos específicamente regulados, la regulación de los contratos asociativos sería más restrictiva que la legislación societaria. Recordemos que la reforma de la Ley 26994 eliminó el efecto de nulidad por atipicidad, permitiéndose que las sociedades que no se constituyan con sujeción a los tipos regulados encuadren en el régimen previsto en el Capítulo IV, con lo cual, al admitirse la constitución de sociedades atípicas, se ha dado mayor campo de desarrollo a la autonomía negocial en materia societaria.

III- Interpretación de los contratos

En materia de interpretación de los contratos, el régimen anterior contenía reglas de interpretación para los contratos comerciales en el art. 218 del Código de Comercio y la pauta interpretativa general prevista en el art. 1198 del Código Civil que fijaba el principio rector de la buena fe.

⁴¹ Araya, Tomás M. *"Sobre el concepto de sociedad y sus elementos esenciales"*, cit. LA LEY.

⁴² Richard, Efrain H. *"Contratos asociativos"*, cit., p. 344.

⁴³ Vítolo, Daniel R., *Manual de Contratos*, t. 2, Estudio, Bs.As. 2017, pág. 216.

El Código Civil y Comercial ha dedicado un capítulo a la interpretación de los contratos, en el que se regulan parámetros y fuentes de interpretación, que básicamente recogen los fijados por los Códigos anteriores (arts. 1061 a 1068).

En la faz contractual, se advierte la recepción de la diferenciación entre contratos paritarios y no paritarios, distinguiendo a estos últimos en contratos por adhesión a cláusulas predispuestas y contratos de consumo. Se regulan separadamente los que son celebrados entre partes en un pie de igualdad - paritarios- y los de consumo; distinguiéndose además entre los contratos celebrados por adhesión y los contratos conexos. También se advierte que se han expresado pautas especiales para la interpretación de estos contratos que aparecen diferenciados en el Código.

Según entiende la doctrina, el esquema en materia de interpretaciones el siguiente: los contratos en general deben interpretarse de buena fe (art. 961), los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas tienen un régimen especial (art. 987), los contratos paritarios se interpretan conforme a las reglas generales de interpretación (art. 1061 y ss), los contratos conexos tienen una regla especial (art. 1074), y los contratos de consumo tienen sus propias normas (art. 1094 y ss)⁴⁴. Vale decir que, para las categorías contractuales mencionadas el Código ha previsto especiales normas de interpretación. No así para los contratos asociativos, por lo que habrá que recurrir a las pautas generales.

III-I- Interpretación de los contratos. Reglas generales

Cabe señalar que en la noción de negocio jurídico y, por ende en la de contrato que es una de sus categorías -arts. 259 y 957-, uno de sus elementos estructurales es el acto exterior -comportamiento o manifestación de voluntad- expresado como consentimiento. La exteriorización trasluce la intención negocial que habita el interior del sujeto. Interpretar un contrato es establecer su sentido y alcance, es indagar sobre la voluntad efectiva del agente a través de la manifestación de las partes. Si bien la labor interpretativa comienza por las expresiones del lenguaje, no se interpreta el documento, sino la declaración documentada; no la fórmula que concluye el negocio, sino el negocio en su totalidad⁴⁵.

III-I- 1 Intención común y conducta de las partes

El artículo 1061 CCC establece para la interpretación de los contratos la fórmula "intención común". Alude al libre consentimiento de las partes -acuerdo

⁴⁴ Lorenzetti, Ricardo L. "La interpretación de los contratos". LL Suplemento especial (2015) febrero.

⁴⁵ Etcheverry, Raul A. "Interpretación del contrato". LL-1053. Derecho Comercial - Doctrinas Esenciales, t II La Ley, pág. 84.

de voluntad común- como expresión de manifestaciones que se encuentran conectadas y dirigidas a un fin práctico.

Siguiendo a Fontanarrosa, la noción de intención, puede definirse como la preordenación de un hecho voluntario, por el sujeto que lo realiza, a la consecución de un fin. Es la persecución consciente de un fin o, en otros términos, representación intelectual de dicho fin y acción voluntaria para conseguirlo⁴⁶, lo que a los fines interpretativos se traduce en la libre manifestación negocial como intención común.

Así, la intención común que debe determinar el intérprete es lo que ambas partes tuvieron en mira al pronunciarse exteriormente, sus objetivos y sus aspiraciones al concluir el negocio, dejando de lado lo que cada uno en forma particular pudo pensar o querer pero sin exteriorizarlo⁴⁷. Refiere a la que podría formarse un tercero, puesto en la situación de los contratantes, atendiendo a las circunstancias de la contratación, es decir en la atmósfera en la que se origina y tiene eficacia un contrato, ya que, para conocer el sentido del contrato es preciso indagar el sustrato económico que lo sustenta, el juego de intereses de las partes y la práctica que éstas han dado a dichos intereses⁴⁸.

Una pauta concreta para esclarecer la intención común, es la propia conducta de las partes, que debe ser valorada desde la etapa preliminar, coetánea y aún posterior a la celebración del contrato. Esta regla del art. 218 inciso 4° del Código de Comercio, está presente en el régimen actual en el inciso 2 del artículo 1065 CCC, cuando refiere a la conducta de las partes posterior a la celebración.

III-I- 2 Buena fe

El art. 1061 refiere también a la buena fe como parámetro interpretativo. La buena fe es un principio superior y general de todo el ordenamiento social jurídicamente organizado, que en la jerarquía de los valores jurídicos se lo debe ubicar como el valor fundamental. Vale decir, que la buena fe constituye una directriz fundamental que debe dominar en la materia contractual⁴⁹.

Aún antes de la Ley 17.711, faltando un precepto expreso que consagrara la buena fe, la doctrina y la jurisprudencia había considerado que dicho principio estaba implícito, como un deber inherente a todas las relaciones jurídicas entre los sujetos e incluido en los extremos que constituyen el acto jurídico. Con la reforma del art. 1198 CC se receptó el principio de buena fe en la interpretación de los contratos, reglando que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse

⁴⁶ Fontanarrosa, Rodolfo O. Derecho Comercial Argentino, t. cit., pág.25.

⁴⁷ Fernandez - Gomez Leo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial. Buenos Aires Depalma, 1986, pág.136.

⁴⁸ Ariza, Ariel. Interpretación de los contratos, Hammurabi, Bs.As., 2005, pág. 140.

⁴⁹ Fernandez - Gomez Leo. Ob y t. cit., pág.131.

de buena fe. Esta importante fórmula se mantuvo en el régimen actual, tal como lo demuestran los preceptos de los arts. 9, 961, 990, 1061 y 1065 CCC.

Hoy, la buena fe se ha constituido en un principio jurídico medular que domina todo el derecho, sentado expresamente por el art. 9 CCC, que impone a las partes el deber moral y jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados que la orientan –lealtad y honestidad– como presunción en todos los actos de la vida civil⁵⁰.

En la faz interpretativa de los contratos la buena fe debe estar tanto en la celebración, ejecución y extinción de la relación jurídica, como también en la etapa precontractual –art. 991 CCC– y permanecer en la etapa poscontractual por un tiempo razonable o de acuerdo a lo estipulado por las partes. Tanto en la etapa preliminar y antes de la oferta las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustamente, y el incumplimiento de este deber genera responsabilidad⁵¹. Se trata de un principio perdurable en toda la vida de las relaciones jurídicas patrimoniales: celebración, ejecución y extinción –961 CCC–, que traduce claramente del art. 1061 CCC al reglar el marco para la interpretación.

III-I- 3 Naturaleza y finalidad del contrato

La doctrina señala que la intención común de las partes y el principio de buena fe constituyen pautas hermenéuticas primarias⁵². Junto a ellas, no puede soslayarse a la hora de la interpretación, la regla que refiere a la naturaleza y finalidad del contrato.

Dicho parámetro ya aparecía en el artículo 218 del Código de Comercio propiciando dar prevalencia a las cláusulas contractuales en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos. El Código Civil y Comercial la consagra entre las fuentes de interpretación en el art. 1065 inciso c) señalando que cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente se debe tomar en consideración la naturaleza y finalidad del contrato.

Para realizar una correcta interpretación es fundamental tener en cuenta qué negocio jurídico se propusieron hacer las partes, cuál es su naturaleza y dentro de ella, sus grados; ya que al determinarse la naturaleza jurídica del contrato se sabrá todo el sistema de reglas aplicables al mismo⁵³. De modo que en

⁵⁰ Roitman, Horacio – Tinti, Guillermo. “La buena fe en los contratos”, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-3, Contratos – Parte General.

⁵¹ Lorenzetti, Ricardo L. “Contratos Asociativos y Joint Venture”. LL-1992-D, 789.

⁵² Hersalis, Marcelo J, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, dir. Bueres, Alberto J, 3-C, hammurabi, 2018, pág.296

⁵³ Etcheverry, Raul A. “Interpretación del contrato”, cit., pág. 100.

la tarea interpretativa debe considerarse la naturaleza y finalidad del vínculo que se observa, a efectos de encauzar adecuadamente la mirada sobre la intención común de los contratantes.

Refiriendo a esta pauta interesará distinguir contratos de cambio y contratos asociativos, clasificándolos según su naturaleza y siguiendo un criterio eminentemente funcional.

III-II- Interpretación de los contratos asociativos

Partiendo de la base de que la teoría general del contrato se ha construido sobre el paradigma de los contratos de cambio, en el Código Civil y Comercial no se encuentran legisladas disposiciones específicas que refieran a reglas de interpretación de los contratos asociativos.

Según se ha señalado, conforme a autorizada doctrina, junto a las normas generales de interpretación, existen en el Código provisiones específicas en materia de interpretación para los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 987) distintas de las reglas generales que rigen a los contratos paritarios (art. 1061 y concordantes). También se han dado reglas especiales de interpretación para los contratos conexos (art. 1074) y para los contratos de consumo (art. 1094 y ss). Pues, para los contratos asociativos, no se han dado pautas específicas que puedan servir de referencia en la tarea del intérprete.

Reflexionando sobre la cuestión, y siguiendo el criterio del codificador, en primer lugar, debemos situar a los contratos asociativos dentro de la categoría de contratos paritarios, considerando que éstos se celebran entre partes que tienen posibilidad de discusión de las cláusulas contractuales y generalmente se encuentran en un pie de igualdad para lograr el consentimiento. En consecuencia, a los contratos asociativos habrán de aplicarse las disposiciones generales previstas para la interpretación contractual (arts. 1061 y siguientes) y no las previstas para los contratos celebrados por adhesión o con cláusulas predispuestas, o para los contratos de consumo.

Considerando la naturaleza y finalidad del contrato como pauta interpretativa funcional, habrá que establecer seguidamente, si el contrato en su estructura general constituye un contrato de cambio o un contrato asociativo, para que una vez realizada la calificación del tipo contractual, teniendo en cuenta la fisonomía de estas dos grandes categorías negociales en su estructura y función, se fijen diferentes pautas de interpretación para cada una de ellas.

Resumiendo las diferencias que se presentan entre estos tipos de contratos, podemos decir que los contratos de cambio tienen por objeto la permuta de prestaciones recíprocamente prometidas por las partes que se encuentran en

posiciones antagónicas y pretenden mediante el contrato satisfacer sus intereses individuales. En los asociativos, las partes, sin perder de vista sus intereses individuales, en lugar de ponerse una frente a la otra, colaboran y unen sus esfuerzos en función de una finalidad común.

Del análisis de la causa en los contratos de cambio y asociativos, surge que los primeros son negocios con prestaciones recíprocas, pudiendo verse en la prestación de una de las partes, la causa de la contraprestación debida por la otra. En los contratos asociativos, la finalidad común que persiguen las partes, hace residir la causa de dicho negocio en la finalidad común, y por ello, la prestación de cada una de las partes no encuentra su causa en las prestaciones de los demás, sino en la participación que cada contratante se propone obtener en la gestión de las prestaciones asociadas encaminadas al fin común.

En este sentido, tratándose de contratos asociativos, el intérprete deberá considerar que, en este tipo de contratos, las partes armonizan esfuerzos y prestaciones para encauzar la cooperación asociativa funcional, dentro de una estructura organizativa, en vista de una finalidad común.

La cooperación como género se vincula de modo inescindible a la faz asociativa y en esa interrelación se retroalimentan funcionalmente dando base a la primera regla negocial que caracteriza a estos contratos con comunidad de fin, lo que constituye el elemento central de toda interpretación. Ello se trasluce e impacta en la actividad que se llevará adelante conforme a los objetivos acordados y en la estructura organizativa autónoma que se establecerá contractualmente para llevar adelante la finalidad común propuesta.

De este modo, la “cooperación asociativa funcional y permanente”, noción que caracteriza a todas las figuras asociativas, marca claramente una gran pauta de interpretación, al proporcionar un deber genérico de cooperación, que abarcará tanto a la faz objetiva -en cuanto a las prestaciones convergentes-, y subjetiva -en cuanto a la intención expresada para formar el consentimiento-, como a toda la actividad que posteriormente se despliegue mientras dure el vínculo contractual, en base a la organización fijada contractualmente.

Citando a Fontanarrosa en este punto, debe destacarse que la pluralidad de intereses en juego se subordina a la consecución de un objetivo o finalidad común, que viene a constituir el elemento unificador de los diversos consentimientos y concurre a determinar los derechos y deberes de las partes, orientando y rigiendo toda la actividad ulterior a la que va destinado el contrato⁵⁴. Ello es así, ya que el fin común constituye la causa de la figura asociativa y representa una pauta de interpretación en relación con la naturaleza y finalidad del negocio jurídico.

En consecuencia, la intención común de las partes (art. 1061 CCC) deberá buscarse en este tipo de contratos considerando la cooperación asociativa funcional y permanente que los caracteriza, por lo que, en el caso de consagrarse

⁵⁴ Fontanarrosa, Rodolfo O. Derecho Comercial Argentino, T. cit. pág. 143.

una regla general interpretativa para este tipo de contratos en el Código Civil y Comercial, la misma debería referir a este concepto.

Por su parte, la buena fe del art. 1061 CCC, para este tipo de contratos, deberá considerarse integrada al concepto de cooperación asociativa funcional y permanente, exigiendo la lealtad que se espera de quien compromete poner todos sus esfuerzos en un objetivo común, transformada en una colaboración activa que impulse con diligencia la actividad trazada para el cumplimiento del fin común. Se constituye así una buena fe especial, propia de los contratos asociativos, como directriz fundamental de interpretación de estos contratos.

BIBLIOGRAFIA

- Anaya, Jaime. Sociedades accidentales o en participación. Cangallo, Bs. As., 1970.
- Anaya, Jaime. *“La autonomía privada en los contratos de colaboración empresaria”*, ED 123-383.
- Aparicio, Juan M. Contratos -1, Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- Araya, Tomás M. *“Sobre el concepto de sociedad y sus elementos esenciales”*, LA LEY 12/10/2021, 12/10/2021, 1 - LA LEY2021-F, 258, LALEY AR/DOC/2864/2021.
- Ariza, Ariel. Interpretación de los contratos, Hammurabi, Bs.As., 2005, pág. 140.
- Ascarelli, Tulio. *“Il Contratto Plurilaterale”*, Saggi Giuridici, Giuffré -Editore, 1949.
- Etcheverry, Derecho Comercial y Económico -Formas Jurídicas de la organización de la empresa, Astrea, Bs.As., 1989.
- Etcheverry, Raul A. *“Interpretación del contrato”*. LL-1980-D, 1053, Derecho Comercial - Doctrinas Esenciales, t II La Ley.
- Fargosi, Horacio P. *“Sobre la naturaleza del acto constitutivo de las sociedades”*, R.D.C.O. Año 1- Junio 1968, N°3.
- Farina, Juan M. Tratado de Sociedades Comerciales - Parte General. Zeus. Rosario, 1980.
- Farina, Contratos comerciales modernos, T 2., Astrea, Bs.As. 2014.

- Fernández de la Gándara, Luis. La atipicidad en el Derecho de Sociedades, Pórtico, Zaragoza, s/fecha.
- Fernandez - Gomez Leo. Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial. T 3-A. Bs. As., Depalma, 1986.
- Fontanarrosa, Rodolfo O. Derecho Comercial Argentino T.II, Zavalía, Bs. As., 1969.
- Fontanarrosa, Rodolfo. O. "*El contrato plurilateral*", en Juris T. XIII.
- Gebhardt, Marcelo. "Contratos asociativos" en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, dir. Bueres, Alberto J. 3-D, Hammurabi, Bs.As., 2018.
- Heredia, Pablo D. "Contratos asociativos" en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dir. Lorenzetti, Ricardo L., T VII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.
- Hersalis, Marcelo J, en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias, dir. Bueres, Alberto J, 3-C, hammurabi, 2018.
- Junyent Bas, Francisco - Ferrero, Luis F. "*Consortios de cooperación en el Código Civil y Comercial de la Nación*", Revista del Derecho Privado y Comunitario, 2017 - 3. Contratos comerciales.
- Lorenzetti, Ricardo L. "*La interpretación de los contratos*". LL Suplemento especial (2015) febrero.
- Lorenzetti, Ricardo L. "*Contratos Asociativos y Joint Venture*". LL-1992-D, 789.
- Nissen, R. Ley de Sociedades Comerciales T, 5, Abaco, Bs.As., 1996.
- Otaegui, Julio C., "*Informalidad y exorbitancia en los contratos de colaboración empresarial*", ED 152-919/920.
- Otaegui, Julio O. "*El consorcio de cooperación*", La Ley, 2008-C, 1286.
- Racciatti, H. "Capítulo III- De los Contratos de colaboración empresarial", en Código de Comercio comentado y anotado, dir. Rouillón, Adolfo., T III, La Ley, Bs.As. 2006.
- Richard, Efraín H. Organización asociativa, Zavalía, Bs.As. 1994.
- Richard, Efraín Hugo. "*En torno a los contratos de colaboración y asociativos: Clasificación y efectos*". Ponencia presentada en colaboración con García Claudio, al V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa - Huerta Grande - Córdoba, Octubre 1992. Derecho Societario y de la Empresa T I, Advocatus, Córdoba 1992.
- Richard, Efrain H. "*Contratos asociativos*" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2017-3, Contratos comerciales.
- Richard, Efraín H. "*La reforma del Código Civil y Comercial: los contratos asociativos y la ley general de sociedades*". Revista de la Facultad -UNC- 2013-1, 01/04/2013, 1, LALEY AR/DOC/1366/2013.
- Richard, Efraín H. - Muiño, Orlando M. Derecho societario, Astrea, Bs.As. 1997.

- Roitman, Horacio y otros, "*Joint Venture*", en RDCO 1993-A-248.
- Roitman, Horacio - Tinti 2016, Guillermo. "*La buena fe en los contratos*", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2016-3, Contratos. Parte General.
- Roitman, Horacio - Sanchez, Victoria - Lopez Revol, Agustina. "*Los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial (Parte general)*", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2017-2. Contratos. Parte Especial -II.
- Verón Alberto - Zunino, Jorge Osvaldo, Reformas al régimen de sociedades comerciales, Astrea, Bs.As., 1984.
- Vítolo, Daniel R., Manual de Contratos T 2, Estudio, Bs.As., 2017.
- Zaldívar, Enrique - Manóvil, Rafael M - Ragazzi, Guillermo E. Contratos de colaboración Empresaria. Segunda Edición. Abeledo Perrot, Bs.As. 1989.
- Zavala Rodriguez, Carlos J. Código Comentado y Leyes complementarias, Depalma, Bs.As. 1959.