III Congreso Nacional sobre Aspectos Empresarios, Mar del Plata 2016.

Comisión I, tema 1.1.

**“EMPRESA, SOCIEDAD Y CONTRATO ASOCIATIVO EN EL NUEVO DERECHO PRIVADO”.**

**Por Eduardo M. FAVIER DUBOIS y Lucìa SPAGNOLO[[1]](#footnote-1)**

I.- SINTESIS:

1.-La nueva regulación resultante del Código Civil y Comercial y de la Ley General de Sociedades reformula el concepto de empresa diferenciándola de la “actividad económica organizada” y requiriendo mayores elementos para su existencia.

 2.-La empresa marca el límite entre la configuracion de una sociedad y la existencia de un contrato asociativo atìpico, ya que

a) no hay sociedad si no hay una empresa; y

b) no hay contrato asociativo atipico cuando existe una empresa.

II.-FUNDAMENTOS

1.-EL NUEVO CONCEPTO DE EMPRESA.

1.1.-LA EMPRESA ENTRE LOS OBLIGADOS CONTABLES

Si bien no hay mas “comerciantes” existen nuevos sujetos comerciales que son los obligados contables.

La norma básica en la materia es el art. 320 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que dispone:

*“Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios….”*

Desde cierto punto de vista podrían llegar a identificarse la “actividad económica organizada” con la “empresa”, tal como resulta del art. 2082 del Código Civil Italiano de 1942, y conceptuarse al “establecimiento” como el elemento material de esta última: la “hacienda” (art.2555 del mismo Código).

Sin embargo, en el nuevo Código Civil y Comercial, se trata de elementos diferentes, a pesar de su apariencia[[2]](#footnote-2).

En efecto, al estar previstas en el art. 320 en forma diferenciada las personas humanas que realizan una “actividad económica organizada”, de las titulares de “una empresa” y de las titulares de un “establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios”, se les está asignando contenidos diferenciados a cada una de esas categorías económicas.

Corrobora tal conclusión la circunstancia que, además, la ley establece una graduación diferente entre “actividad económica organizada” cuando no es ejecutada u organizada en “forma de empresa” de cuando sí lo es, permitiendo que el profesional liberal o el productor agropecuario no tengan obligación de llevar contabilidad en el primer caso (art. 320, segundo párrafo)[[3]](#footnote-3).

En forma concordante cabe señalar que la ley tampoco identifica a la titularidad de una “empresa” con la titularidad de un “establecimiento”, lo que predica la posibilidad de que exista empresa sin establecimiento, o sea sin un “local” que concentre los bienes y servicios.

Vale decir que la ley computa aquí al establecimiento “físico”, o sea en sentido vulgar y no en sentido jurídico[[4]](#footnote-4), por lo que puede haber “establecimiento” sin que éste sea necesariamente la “hacienda” de una empresa.

Es por eso que, en el ordenamiento legal, puede haber personas humanas dedicadas a profesiones liberales o dedicadas a actividades agropecuarias (y conexas), que, no obstante tener “actividad económica organizada” y poseer un “local o establecimiento” en sentido vulgar (oficina o campo), no las “ejecuten” ni “organicen” en forma de “empresa” y, por ende, no estén obligadas a llevar contabilidad.

En definitiva, la “actividad económica organizada” sería el género, y tanto la “empresa” como el establecimiento serían dos especies, diversas entre sí.

La “actividad económica organizada”, como género, supone la reiteración de actos bajo una organización que funciona como unidad independiente de su titular, con fines o efectos económicos.

1.2.-LA EMPRESA COMO UNA ACTIVIDAD ECONOMICA ORGANIZADA “CALIFICADA”.

Sobre tales bases, y conforme con la diferenciación contable, en el nuevo Código puede conceptuarse a la “empresa”, como una especie de “actividad económica organizada” pero cuya configuración require la presencia de elementos adicionales y especiales que la diferencian.

A nuestro juicio, tanto a nivel cualitativo como cuantitativo, serían elementos diferenciadores los siguientes:

a) profesionalidad en su dirección;

b) mayor complejidad en su organización;

c) permanencia y habitualidad;

d) asunción de riesgo;

d) utilización de trabajo ajeno, en dependencia o colaboración, para la prestación misma del servicio en grado de conferir neutralidad al factor personal de su titular;

e) mayor incidencia del capital en los resultados;

f) propósito de lucro por sobre la atención de necesidades económicas; y

g) recurrencia habitual al crédito.

Este nuevo concepto de empresa puede tener grandes repercusiones en materia tributaria[[5]](#footnote-5)

2.- LA EMPRESA COMO FRONTERA ENTRE LA “SOCIEDAD” Y EL “CONTRATO ASOCIATIVO”.

El artículo primero de la actual Ley General de Sociedades, establece que “Habrá sociedad si una o más personas, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas…”

Al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles de los arts. 1648 y siguientes del derogado código civil (ley 340), que no exigía, para que exista sociedad, la “forma organizada”, ni la aplicación de los aportes a “la producción e intercambio de bienes y servicios”, resulta que en el concepto legal actual de la “sociedad” resulta imprescindible el “objeto empresario”, o sea la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios[[6]](#footnote-6).

Al respecto, adviértase que los requisitos para que se configure una “empresa” resultan de los elementos exigidos por la ley de sociedades: “organización” (forma organizada) “actividad económica permanente” (objeto y plazo de duración), fin de “lucro” (participación en resultados, reparto de ganancias), direccionamiento al mercado (producción e intercambio de bienes y servicios), profesionalidad (exigencia de diligencia a los administradores y contabilidad) y riesgo empresario (responsabilidades de los socios y disolución por pérdidas).

Por su parte, el art. 1442 del Código Civil y Comercial, entre las disposiciones generales para los “contratos asociativos”, dispone que éstas se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, “que no sea sociedad”.

Cabe recordar que la ley 26.994 traslada al cuerpo principal del nuevo Código a los contratos asociativos que estaban en la ley de sociedades y en la ley 26.005, suprimiendo el requisito de que las partes sean empresarios o sociedades.

Estos “contratos asociativos”, están ahora regulados en una suerte de “parte general” por los arts.1442 a 1447 del nuevo código, cuyas características son: tener por objeto la colaboración, la organización o la participación, tener “comunidad de fín” entre sus miembros, no reconocimiento de personalidad ni de naturaleza societaria, libertad de formas, plenos efectos entre las partes, aun en caso que se previera su inscripción y esta no tuviera lugar[[7]](#footnote-7).

Vale decir que, por primera vez en derecho argentino, y en una forma que consideramos revolucionaria, se admite en forma amplia y no taxativa la concertación de negocios asociativos sin el riesgo de ser considerados sociedades[[8]](#footnote-8).

Las especies legisladas expresamente, sin ser limitativas, son la del “negocio en participación” (art. 1448), “agrupaciones de colaboración” (art.1453), “uniones transitorias” (art.1463) y “consorcios de cooperación”(art.1470).

Se trata de una gran oportunidad para instrumentar negocios y, en particular, para dar marco legal a las agrupaciones de profesionales que no desean o que no configuran una sociedad con personalidad diferenciada[[9]](#footnote-9).

El gran desafío que presenta la ley es poder diferenciar, en una situación determinada, cuándo nos encontramos ante un negocio asociativo “atípico” y cuando estamos frente a una sociedad simple “de la Sección IV”.

Para ello debemos tener presentes los elementos del negocio “sociedad” que para la doctrina tradicional eran:

a) “pluralidad” de dos o más personas, o sea que debe ser un “contrato” y no puede ser un acto unilateral

b) “aportes en común”, de todos y de cada uno para formar un fondo que permita cumplir un objeto

c) “gestión común”, en el sentido de que cada participante tenga el poder de administrar o, al menos, de designar al administrador y estar interiorizado de la marcha del negocio. Por la ausencia de este requisito el Maestro Jaime Anaya había sostenido en su tesis la no configuración como “sociedad” del negocio accidental o en participación.

d) suerte común, lo que significa que todos ganan o todos pierden en forma proporcional a lo pactado, sin que puedan haber diferentes resultados.

A dichos elementos, la derogación de las sociedades civiles y la subsistencia de las anteriores sociedades “comerciales”, con la exigencia de tener como actividad “en forma organizada” “la producción e intercambio de bienes y servicios” (art. 1º LGS), suma un quinto requisito: e) la explotación empresaria.

En consecuencia, para estructurar o tener por configurado un “contrato asociativo atípico” del art. 1442 del CCCN, que no constituya sociedad ni sea sujeto de derecho, resulta necesaria la ausencia de alguno o algunos de los requisitos referidos.

Vale decir que toda asociación de dos o más personas, con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades de su aplicación, pero sin explotar una empresa no será sociedad y quedará subsumida en algunas de las figuras de los “contratos asociativos” no tipificados[[10]](#footnote-10), que en el código son contratos sin personalidad jurídica (arts.1442 a 1478)[[11]](#footnote-11).

En definitiva, a partir de la ley 26.994, las sociedades no se denominan más “comerciales” pero deben ser todas “empresarias” y cuando no haya empresa pero existan sus otros elementos se estará ante un “contrato asociativo”.

En el punto, si bien el derecho tributario reconoce entidad fiscal a las Uniones Transitorias de Empresas (UTE), hoy “uniones transitorias” solamente, a pesar de no tener personalidad jurídica, queda cómo desafío que encuadramiento se les dará a las nuevas figuras previstas pero no tipificadas.

1. Para cualquier comentario se ruega comunicarse con la página web: www.favierduboisspagnolo.com [↑](#footnote-ref-1)
2. Bello Knoll, Susy Ines “La obligación de llevar contabilidad en el Código Civil y Comercial” en “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal”, Ed. D&D, Bs.As., 2015, pag.189. [↑](#footnote-ref-2)
3. Tal diferenciación de efectos legales deja sin sustento la postura que entiendo que los tres conceptos aluden al mismo presupuesto. Ver Fridman, Susana A. y Pereira, Mauro N. “Consideraciones críticas sobre el ámbito de aplicación del art. 320 del código civil y comercial de la Nación”, en “Los aspectos empresarios en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Fidas, Bs.As., 2015, pag.185. [↑](#footnote-ref-3)
4. Rojo, Angel “El establecimiento mercantil. Concepto. Clases. Elementos”, en “Curso de Derecho Mercantil”, Uría-Menendez, Ed. Civitas, Madrid 1999, pag.100. [↑](#footnote-ref-4)
5. Favier Dubois, E.M. (h) “La empresa en el nuevo Derecho Comercial. Importancia, delimitación e implicancias legales y fiscales”, La Ley, 2015-F (diario del 1-12-15, pag.1). [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver Vítolo, Daniel R. “Reformas a la ley general de sociedades 19.550”, tomo I, Bs.As-Santa Fe, Ed. Rubinzan Culzoni, 2015, pag. 51; Conf. la exigencia del art.324 de la RG 7/15 de la I.G.J. de que los bienes aparezcan afectados al objeto social bajo apercibimiento de iniciar acciones de inoponibilidad. Ver del autor “Reglamentación parcial del Código unificado y definiciones sobre incertidumbres societarias: la resolución general (IGJ) y/2015, en “Nuevas normas de la Inspección General de Justicia RG (IGJ) 7/2015, Ed., Coord. Marcelo Perciavalle, Ed. Erreius, Bs.As., 2015, pag.47 cap.XXVIII. [↑](#footnote-ref-6)
7. Richard, Efraín H.“Contratos Asociativos”,Rev.de D.Comercial y de las Obligaciones, nro.270, Enero-Febrero 2015, pag.1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver“La colaboración empresaria en el Mercosur mediante los Joint Ventures. Aptitud general y riesgo” en “VII Congreso Argentino de D.Societario...”, Edit.La Ley, tomo IV, Bs.As., 1998, pág.64. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ver del autor “Las sociedades entre profesionales para la prestación de servicios”, La Ley 2012-B, p.837, en co-autoría con Eduardo M. Favier Dubois (p). [↑](#footnote-ref-9)
10. En los contratos tipificados de “agrupación de colaboración”, “unión transitoria” y de “consorcio de cooperación”, puede haber o no “empresa” sin que puedan considerarse sociedades siempre que cumplan las formalidades y la obligación de inscribirse en el Registro Público. [↑](#footnote-ref-10)
11. Que no configuren una “empresa” no significa que no se trate de verdaderos contratos de “colaboración” y no de “cambio”, de la especie de “organización” y no personificados. Ver Richard, Efraín H. op.cit. pag.5. [↑](#footnote-ref-11)