

Por:

Álvaro Zegarra Mulánovich*

RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS MERCANTILES, CON PARTICULAR REFERENCIA A SU DURACIÓN TEMPORAL

Resumen

Este artículo analiza el puñado de normas positivas que el Código Civil y la Ley General de Sociedades dedican a regular la categoría de los “contratos asociativos”, para abordar luego una cuestión no prevista ni resuelta explícitamente en ninguna de ellas, a saber, el de la necesidad de someter todo contrato asociativo a un límite temporal máximo de duración.

Palabras clave: Contrato, contrato asociativo, contrato de duración.

Abstract

This article discusses the handful of positive rules that the Civil Code and the General Law on Corporations devote to the regulation of the category of contracts called “associative contracts”. It then addresses an issue not explicitly provided for or settled in any of these rules, namely the need to subject all “associative contracts” to a maximum duration limit.

Keywords: Contract, associative contract, duration contract.

Sumario

I. PLANTEAMIENTO. 1. *Delimitación de la noción legal de contrato asociativo.* 2. *Origen de la categoría y su engarce en la teoría general del contrato.* 3. *Problemas que plantea el fenómeno asociativo mercantil.* II. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS EN EL CC Y LA LGS. 4. *Invalidez y resolución parciales del vínculo asociativo.* 5. *Forma del contrato y registrabilidad.* 6. *Régimen de las contribuciones.* III. OBLIGACIÓN DE NO COMPETIR Y TEMPORALIDAD EN LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS. 7. *Planteamiento.* 8. *El principio de indisponibilidad de las libertades personales.* 9. *El caso de las sociedades.* 10. *La esencial temporalidad de los contratos asociativos.* 11. *Reglas de esta temporalidad.* IV. CONCLUSIONES.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña. Profesor Ordinario de Derecho Mercantil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Correo electrónico: alvaro.zegarra@udep.pe.

I. PLANTEAMIENTO

1. Delimitación de la noción legal de contrato asociativo

Todas las clasificaciones de los contratos son más o menos relativas, y por lo tanto la agrupación de los contratos que voy a abordar en este trabajo —los llamados contratos asociativos— responde, en buena medida, a un criterio de conveniencia didáctica y sistemática. Para algunas agrupaciones de contratos, tales consideraciones son prácticamente las únicas o resultan, en todo caso, decisivas; la condición de “categoría” diferenciada de los contratos asociativos se funda también, en cambio, en razones jurídicas positivas. La LGS, en efecto, ha recogido en sus arts. 438 y 439 una serie de normas aplicables de manera general a todos los contratos asociativos¹. También tratan específicamente de este grupo de contratos los arts. 223 y 1434 CC, que aunque no los llamen así², regulan, respectivamente, la invalidez y la resolución por incumplimiento o por imposibilidad sobrevenida de los contratos asociativos.

Es frecuente oír y leer críticas al legislador cuando introduce en las normas positivas clasificaciones de los contratos, tarea considerada más propia de la doctrina que de la ley³. Sin embargo, también es verdad que puede ser útil, y en ocasiones necesario, que el legislador haga referencia a determinada categoría de contratos, si de ello se han de seguir consecuencias normativas concretas. Como dice DE LA PUENTE⁴:

“es preciso establecer criterios para catalogar los contratos atendiendo a sus características, porque si bien el contrato en general es en sí una categoría abstracta, dentro de la cual caben todas las posibilidades contractuales, bajo este manto pueden celebrarse infinidad de órdenes (por no decir tipos, que tiene un significado diferente) de contratos, destinados a satisfacer necesidades diferentes y, en tal sentido, a producir efectos también diferentes”.

Y esta necesidad se hace especialmente apremiante en ámbitos, como el mercantil, en los que surgen cada vez más frecuentemente nuevas figuras contractuales, tanto típicas como atípicas.

En ese sentido, no considero en sí mismo criticable que la LGS haya regulado de manera general la categoría de contratos asociativos, incluso ensayando una especie

¹ Con esto, como dice GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “Los contratos asociativos”, *Gaceta Jurídica*, núm. 52, 1998, p. 62-A, la LGS está creando normativamente un género de contratos, que no tienen por qué agotarse en los regulados específicamente por la propia ley.

² El art. 223, claramente inspirado en el art. 1420 CC it. que denomina “plurilaterales” a los contratos de que trata, habla sólo de “actos” en los que “intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común”; el art. 1434 CC (inspirado en los arts. 1459 y 1466 CC it.) utiliza la denominación “contratos plurilaterales con prestaciones autónomas”, claramente por contraste con los contratos “con prestaciones recíprocas” a que se refieren los arts. inmediatamente precedentes.

³ ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*, Normas Legales, Trujillo, 2002, p. 942.

⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección primera del Libro VII del Código Civil*, reimp. de la 2ª ed. actualizada, t. I, Palestra, Lima, 2003, p. 161.

de definición⁵. Tal definición se encuentra en la primera parte del art. 438, según el cual:

“se considera contrato asociativo aquél que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes”.

Aunque expresado con otras palabras, el referente es claramente el mismo del art. 223 CC, esto es, un contrato en el cual “las prestaciones de cada uno” de los contratantes “vayan dirigidas a la consecución de un fin común”. Se debería también considerar como parte de la definición el comienzo de la frase siguiente del mismo artículo 438 LGS, en la cual parece que se adentrara ya en aspectos propiamente normativos, porque en realidad el hecho de que el contrato asociativo no genere (ni esté nunca destinado a generar) una persona jurídica no es una consecuencia de que el contrato sea asociativo, sino uno de los elementos que lo hacen precisamente asociativo, distinguiéndolos de los contratos de sociedad (y demás negocios “de institución”)⁶.

Según esto, la definición del contrato asociativo mercantil debería quedar más o menos así:

“aquel contrato que, sin estar destinado a generar una persona jurídica independiente de las partes, crea y regula relaciones de participación e integración en empresas determinadas, en interés común de los contratantes”.

Esta definición solo es aplicable a los contratos asociativos mercantiles, puesto que se hace expresa referencia a unos “negocios o empresas determinadas”, y no a cualquier otra actividad, por ejemplo, de beneficencia. Pero ello ni excluye la posibilidad de que se celebren contratos asociativos meramente civiles ni que, de ser necesario, se les apliquen analógicamente las disposiciones sobre contratos asociativos mercantiles de la LGS. En cambio, es desde luego prudente que una ley de materia preponderantemente mercantil, como la LGS, se limite a su propio ámbito. Porque además, dentro de ese ámbito, la caracterización de los contratos asociativos que hace la LGS es acertada.

⁵ Por su parte, GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. 1998, p. 66-A, no sólo no lo considera criticable, sino un verdadero avance el mero hecho de que nuestra ley societaria haya incluido esta categoría de contratos.

⁶ La diferencia entre un carácter (definitorio o tipificador) y otro (regulador o propiamente normativo) de la ley tiene que ver con las consecuencias que se atribuyen al hecho de que el contrato se apartase de lo dispuesto en ella. Si la exclusión del ánimo de constituir persona jurídica se considera una prohibición (una disposición propiamente normativa), su transgresión debería dar lugar a algún tipo de sanción. Por lo pronto, tratándose de una disposición imperativa, tal pacto vendría a ser nulo por efecto de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del CC, sin que necesariamente se invalide todo el contrato. En cambio, si esta disposición, como parece ser lo más razonable, se considera como parte del tipo legal “contrato asociativo”, su falta de verificación tendrá por única consecuencia excluir tal negocio de las normas que tengan a este tipo como parte de su supuesto de hecho, sometiénolas a las que le resulten aplicables según su propia naturaleza, en este caso a las que disciplinan el contrato de sociedad.

En efecto, la referencia a la participación en “negocios o empresas” (términos que deben entenderse como sinónimos) diferencia los contratos asociativos de formas de participación en una operación jurídica concreta (un solo negocio en el sentido de “negocio jurídico”), las cuales hallan su forma adecuada de llevarse a la práctica mediante los llamados “actos colectivos”⁷. Como ya he dicho, la exclusión por todos los intervinientes de la posibilidad de actuar “por cuenta y en nombre de un centro autónomo de intereses y de imputación” (la exclusión del ánimo de formar sociedad), distingue claramente a los contratos meramente asociativos de los “de institución”.

La precisión de que el contrato se dirige a realizar una finalidad de “interés común de los intervinientes” (entendiendo por tal, con DE LA PUENTE⁸, el que es principal para todos ellos y no sólo para uno o algunos, ayudando el otro o los otros a conseguirlo a cambio de alguna prestación equivalente) señala el límite con los contratos de mera colaboración. En contraste con esta postura, hay quien considera⁹, siguiendo preponderantemente la doctrina argentina sobre la materia, que “la denominación “contratos asociativos” o “contratos de colaboración” resulta indistinta”¹⁰. Al parecer, la idea principal del autor de esta postura es defender el cambio de denominación que a este género de contratos proponía introducir el Proyecto de la Ley Marco del Empresariado (“Contratos de Colaboración Empresarial”), alegando que es la de uso más frecuente en la doctrina, y que a fin de cuentas significan la misma cosa. Sin embargo, sobre el primer extremo, pasa por alto que ese uso más frecuente de la denominación “contratos de colaboración empresarial”, y su relativa sinonimia de “contratos asociativos”, se da solo en la doctrina argentina (que a su vez parece haber adoptado este uso de la italiana). En la doctrina española (de influencia muy importante en nuestro Derecho Mercantil), en cambio, se usa la denominación “contratos de colaboración empresarial” en un sentido enteramente distinto del que pretende dársele en la nueva Ley, como aparece de la definición de ANGULO RODRÍGUEZ de los “contratos de colaboración” como contratos “de gestión de intereses ajenos”¹¹, noción diametralmente opuesta a la de “interés común” que recoge nuestra LGS como distintiva de los contratos asociativos. Ese sentido específico de la colaboración empresarial propio de la doctrina española, por último, ha encontrado aceptación en nuestra principal doctrina contractual, al punto que DE LA PUENTE establece expresamente la distinción entre unos y otros en la forma que acabo de comentar. Por todas estas razones debe considerarse claramente inconveniente el cambio de denominación que vengo criticando, incluso bajo el riesgo de que algunos

⁷ Vid. § 2, *supra*.

⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. t. I, 2003, p. 189.

⁹ ZAMBRANO ORTIZ, Luis Fernando. “La Reforma del Derecho Comercial y los Contratos de Colaboración Empresarial”, en: *Comisión de Reforma de Códigos*, Comisión de reforma de Códigos del Congreso de la República, t. II, Lima, 1999, pp. 831 y ss.

¹⁰ ZAMBRANO ORTIZ, Luis Fernando. 1999, p. 850, pese a que en la página anterior había considerado importante “establecer la distinción entre contratos de colaboración empresarial y contratos asociativos”.

¹¹ En JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo Jesús (Coord.). *Derecho Mercantil*, reimpr. de la 2ª ed., vol. 2, Ariel, Barcelona, 1995, p. 243. Hago esta referencia no porque sea más representativa o completa que otras que podría incluir (cosa que podría ser perfectamente, pero no lo puedo asegurar, pues no me he ocupado de verificarlo), sino porque el propio ZAMBRANO la recoge, sin aparente conciencia del enorme contraste que supone con su propia posición.

sectores (no mercantiles) del ordenamiento conserven referencias equívocas a formas contractuales “de colaboración”.

Como último elemento de la definición, la referencia al objeto del contrato como la “participación e integración” de los interesados en empresas o negocios indica el contenido positivo de los derechos y obligaciones asumidos por los partícipes en un contrato asociativo.

2. Origen de la categoría y su engarce en la teoría general del contrato

Desde el punto de vista del número de partes involucradas, los negocios jurídicos patrimoniales —así los civiles como los mercantiles— pueden ser unilaterales y plurilaterales¹². Es importante precisar el concepto de “parte” sobre el que se basa esta clasificación. No se trata simplemente del número de personas físicas distintas intervinientes en el acto. Puede haber negocios plurilaterales en los que sólo intervenga físicamente una persona, que declara todo el negocio por cuenta de dos o más “partes”: es el llamado “autocontrato” o “contrato consigo mismo” (cfr. arts. 166 CC y 261 CdC), en el que una misma persona actúa en el contrato en dos o más calidades, y en concreto como representante de, al menos, alguna otra persona. Y puede también haber negocios en los que la única (si es unilateral) o una misma de las varias partes (si es plurilateral) se componga, a su vez, de una pluralidad de personas: así, el poder que confieren varios condóminos para la administración de la cosa común (cfr. art. 971 CC), o una compraventa en la que la (única) posición de vendedor está compuesta por varios copropietarios. Una “parte” no es simplemente una “persona”, sino una persona o un conjunto de personas que polarizan o agrupan diferentes intereses jurídicos: un “centro” en el cual recaen los intereses jurídicos que se buscan satisfacer mediante el contrato, en definitiva¹³.

Me parece sumamente dudoso que puedan existir, en el campo patrimonial, negocios jurídicos estrictamente plurilaterales que no sean contratos. Hay al menos dos teorías que lo afirman: la doctrina “adversarial” o estrictamente “bilateralista” del contrato, por un lado (que afirma que en realidad ningún acto estrictamente plurilateral es verdadero contrato)¹⁴; y la que afirma la plurilateralidad de los actos colectivos (esto es, actos genuinamente plurilaterales que no son contrato).

¹² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. t. I, 2003, pp. 31-32. GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*, t. IV, Temis, Bogotá, 1987, p. 10.

¹³ MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*, reimpresión corregida, Giuffrè, Milán, 1973, pp. 100-101 (reclamando para sí la autoría primigenia de esta caracterización), obra prevista como el vol. XXI original del *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale* dirigido por CICU y MESSINEO y que lamentablemente quedó inconclusa a la muerte del ilustre italiano. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. t. I, 2003, pp. 56-57. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, PABLO CONTRERAS, Pedro de, PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel y PARRA LUCÁN, María Ángeles. *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, t. I, Colex, Madrid, 2000, p. 327 (§§ 117 y 118). LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al. *Elementos de Derecho Civil*, vol. 3, Dykinson, Madrid, 2000, p. 232.

¹⁴ Cuyo principal defensor (por no decir único) fue siempre MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Ara, Lima, 2007, pp. 100-102 y 122 (en nota núm. 20).

Durante bastante tiempo, una importante corriente doctrinal de origen italiano insistió en construir una noción (demasiado) estricta de contrato, basada únicamente en la idea de conciliar intereses opuestos. Consecuencia de esta teoría sería que el contrato en sentido estricto solo pudiera concebirse como estructuralmente bilateral, pues una estricta oposición (y, por tanto, su conciliación) solo puede mediar entre dos intereses al mismo tiempo¹⁵. Tomada estrictamente, esta teoría no solo compromete el carácter genuinamente contractual de los contratos gratuitos y unilaterales (en cuanto a las partes obligadas), sino también precisa y especialmente el de los contratos asociativos¹⁶. Ahora bien, como dice DE LA PUENTE, en el sistema de nuestro CC (y en el del CdC),

“aquella distinción entre contrato plurilateral (con finalidad común) y negocio plurilateral (sin comunidad de fin) no encuentra asidero y constituye una innecesaria elaboración dogmática. Si el artículo 1351 establece que el contrato es el acuerdo entre dos o más partes para crear una situación jurídica patrimonial, son contratos todos los actos jurídicos plurilaterales que reúnen estas condiciones, tanto si son de cambio como si son asociativos, cualquiera que sea el número de partes que los celebren”.

“Por otro lado, el artículo 1434 del mismo Código admite expresamente la existencia de los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas, lo que pone en evidencia que la plurilateralidad de partes (más de dos) no está reñida con el concepto de contrato según el ordenamiento peruano”¹⁷.

De hecho, en parte sobre la base de consideraciones (que personalmente encuentro demasiado “positivistas”) como las expuestas por el Profesor DE LA PUENTE (igualmente válidas en Italia, de cuyo ordenamiento tomó el nuestro la mayor parte de su régimen general del contrato y del negocio jurídico), el propio MESSINEO replanteó su postura en su valiosísima, aunque lamentablemente inconclusa, reexposición definitiva de sus tesis sobre el contrato en general¹⁸. De lo que puede concluirse que no cabe, por lo menos a partir del Derecho positivo vigente, poner en duda el carácter genuinamente contractual de los contratos plurilaterales y asociativos¹⁹.

¹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. t. I, 2003, p. 61.

¹⁶ Precisamente éste es el aspecto más polémico de la teoría de MESSINEO, Francesco. 2007, explícitamente defendida en las pp. 101 (nota núm. 4) y 122 (nota núm. 20) (con referencias a un estudio suyo sobre la estructura de la sociedad, publicado en 1942 en la *Rivista di Diritto Civile*, que no he podido consultar).

¹⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. t. I, 2003, p. 62.

¹⁸ MESSINEO, Francesco, 1973, concretamente en las pp. 633-635 y 648-649 del t. I. De todos modos, como expresamente indica el autor, en p. 649, especialmente en la nota núm. 152, su “capitulación” la realiza únicamente *de iure condito*, e insiste en la necesidad, *de iure condendo*, de eliminar una de las dos categorías de negocio jurídico (la de acto colectivo o la de contrato asociativo), que por su referente objetivo implicarían una “duplicación dogmáticamente injustificada”.

¹⁹ Entre los cuales MESSINEO, Francesco, 1973, pp. 633-635 y 648-649, continuaba encontrando una pequeña diferencia jurídicamente relevante: el “plurilateral” nunca podría tener menos de tres partes, mientras que el asociativo sí; en otras palabras, “plurilateral” sería todo contrato asociativo mientras, de hecho, no viese reducido el número de partes involucradas en él a menos de tres.

En cambio, respecto de la consideración de los llamados actos colectivos como negocios jurídicos plurilaterales, pero sin que sea contrato²⁰, me adhiero a quienes los consideran actos estrictamente unilaterales, aunque plurisubjetivos²¹, por representar la postura o la voluntad de un solo centro de intereses o “parte” en sentido estricto (la del grupo, ente o persona al que representa o del cual es órgano deliberativo el colegio que emite el acto colectivo).

Como dice GARCÍA-PITA, “pudiera ser que se esté tratando de someter a una misma consideración fenómenos diferentes”, porque no todos los “acuerdos colectivos” de los que hablan a este respecto los autores tienen la misma significación²². La mayor parte de los actos complejos o colectivos de los que se trata “no pueden calificarse de plurilaterales, aunque intervengan varias personas que emiten declaraciones de voluntad, porque —y cuando— sus declaraciones pierden la individualidad, absorbidas o unificadas estructuralmente en un acto superior”²³, como puede ocurrir en las deliberaciones de los órganos de una persona jurídica. En estos casos, que son los únicos que en mi opinión merecen el nombre de “actos colectivos” en sentido estricto, lo que hay es un negocio jurídico unilateral, aunque plurisubjetivo. En cambio, cuando en el supuesto “acto colectivo” subsisten, y se manifiestan como tales, los intereses diferenciados de cada uno de los integrantes de la pluralidad de intervinientes, por ejemplo, conciliándolos o reuniéndolos para crear el (nuevo) centro unificado de intereses (o “interés común”) que —luego, en un segundo momento— podrá manifestarse como un verdadero acto colectivo (por ejemplo, el acuerdo por el que la totalidad de los copropietarios convienen en vender a un tercero la integridad de la cosa común), hay, sí, un verdadero acto

²⁰ Aludida, por ejemplo, en LACRUZ BERDEJO, José Luis. t. I, vol. 3, 2000, pp. 232-233. LANGLE Y RUBIO, Emilio. *Manual de Derecho Mercantil español*, t. III, Bosch, Barcelona, 1959, pp. 41-43. Cfr. también GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. *Derecho Mercantil de Obligaciones. Parte General*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2003, pp. 313-315, aparentemente en el mismo sentido, pero con un importantísimo matiz al que me referiré más adelante.

²¹ VICENT CHULIÁ, Francisco. *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, 3ª ed., t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 17. MIRANDA SERRANO, Luis María. “Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general”, en: MIRANDA SERRANO, Luis María y otros, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2006, pp. 69-178 (p. 156), donde afirma además que es la doctrina mayoritaria. La postura de GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, Joaquín es curiosa: en su “Tratado de Derecho Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 1, Madrid, 1947, pp. 187-188, a propósito de los “actos de comercio”, menciona apenas, sin entrar en detalles, los negocios unilaterales junto al contrato; en el t. III, vol. 1, pp. 27-29, afirma el carácter más unilateral que plurilateral de los “acuerdos colectivos”, pero entiende por tales tanto el “acto de fundación social” (que en mi opinión es un verdadero contrato) como las “deliberaciones colegiales”; además, para mayor desconcierto, de ellos considera más próximo a la unilateralidad el primero que los segundos. Esto concuerda con lo que dice en el *Curso de Derecho Mercantil*, t. IV, Temis, Bogotá, 1987, p. 12, donde afirma que el “acto colectivo”, o algunos tipos de ellos, aun siendo actos plurilaterales, “no pueden calificarse como contratos”, postura que no puedo compartir. En cambio, me parece que la posición de BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*, Comares, Granada, 2000, pp. 256-263, se aparta de la que defiendo en el texto únicamente en diferentes preferencias terminológicas (“contrato” en sentido estricto como contrapuesto a “acuerdo” en sentido estricto; en mi terminología “contrato” es el género de ambos fenómenos, y los unos son “contratos recíprocos” y los otros “contratos asociativos”).

²² GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis, 2003, p. 314.

²³ GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis, 2003, p. 314, citando al Prof. GIRÓN TENA.

plurilateral, sin ninguna duda²⁴; lo que ocurre es que este “acto plurilateral” no deja de ser un contrato, aunque no pertenezca a la “clase” de los “contratos recíprocos” o “de cambio”, sino a la de los “contratos asociativos”²⁵.

3. *Problemas que plantea el fenómeno asociativo mercantil*

Ahora bien, aunque (de vez en cuando) lo haga correctamente, está claro que no es papel de la ley definir las distintas instituciones, sino el de regularlas ordenadamente y según justicia con vistas al bien común. Por eso es lícito preguntarse por los problemas fundamentales que se plantean en materia de contratos asociativos, y que son los que reclaman la atención de la ley. Se podrían resumir estos problemas en la siguiente enumeración:

1. Todo contrato asociativo, implícitamente al menos, conlleva la prohibición de hacerse la competencia en el ámbito del negocio común. Pero nadie —esto es, nadie que sea persona natural, único sujeto de los derechos fundamentales de libertad personal en sentido estricto²⁶— puede disponer válidamente de su libertad de empresa (u otra manifestación económica de su libertad personal) de manera definitiva, o de manera tan drástica que resulte definitiva en la práctica²⁷.

2. La propia limitación de la competencia que estos contratos suelen introducir, dado que la efectividad de la competencia es un objetivo central del sistema económico constitucionalizado (artículo 61 Const.), el cual a su vez protege como derecho fundamental la libertad de contratar en general (art. 2, inc. 14, y art. 62 Const.) y la libertad de asociación en especial (art. 2, inc. 13, Const.). Por lo tanto es necesario armonizar la existencia y licitud de los contratos asociativos con el principio de prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia²⁸.

3. Los problemas vinculados al fenómeno de agrupación de empresas, que suele instrumentarse mediante este tipo de contratos²⁹. Tales problemas, aparte de los relacionados con las restricciones de la competencia, ya mencionados, son fundamentalmente la protección de los llamados “socios externos”³⁰ (especialmente

²⁴ GARCÍA-PITA y LASTRES. José Luis, 2003, pp. 314-315. En este sentido, parece que la posición del autor coincide notablemente con la de BETTI, Emilio. 2000, según queda expuesta en la nota núm. 21, supra; en definitiva, la diferencia con la postura que adopto en el texto es fundamentalmente terminológica.

²⁵ Cfr. MIRANDA SERRANO, Luis María. 2006, pp. 157-158.

²⁶ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Grijley, Lima – Trujillo – Chiclayo – Arequipa, 2008, pp. 34-35.

²⁷ Cfr. FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*, reimp. de la 10ª ed. a cargo de FERRI, Giovanni B. y ANGELICI, Carlo, Utet, Turín, 1997, p. 200, al tratar de las limitaciones voluntarias a la libertad de concurrencia.

²⁸ FERRI, Giuseppe. 1997, pp. 199-200.

²⁹ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. 1998, p. 64-A.

³⁰ Cfr. FERRI, Giuseppe. 1997, pp. 518-522. Véase en nuestro medio HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Intereses afectados por la formación de los grupos de empresas y sus mecanismos de protección”, *Gaceta Jurídica*, núm. 60, 1998, pp. 33-B y ss.

apremiante cuando los empresarios interesados son sociedades, con grupos de socios minoritarios) y la responsabilidad de los miembros frente a los terceros que entran en relación con la empresa común³¹.

Como se advierte de su simple lectura, en las disposiciones de la LGS sobre contratos asociativos ni siquiera se insinúa el intento de resolver estos problemas. Por otra parte, considero que un tratamiento mínimamente profundo de cualquiera de los dos últimos requeriría una extensión mucho mayor de la disponible para este trabajo, por lo que me limitaré a abordar e intentar resolver sólo el primero de ellos, acudiendo a distintas fuentes, de variado valor jurídico, para hallar el régimen aplicable a él en el ordenamiento peruano.

Pero antes me ocuparé también de las normas que la LGS y el CC dedican al conjunto de contratos que son objeto de este estudio; normas que, sin dejar de ser útiles, resultan más bien secundarias³². De todos modos, como se verá a continuación, no dejan de plantear problemas de interpretación.

II. LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS EN EL CC Y LA LGS

4. *Invalidez y resolución parciales del vínculo asociativo*

La regulación que no ya la LGS sino el propio CC dedica a los contratos asociativos, o plurilaterales con prestaciones autónomas, se reduce a recoger diversas manifestaciones del principio según el cual las vicisitudes del negocio que afectan al vínculo de una de las partes no tienen por qué afectar a la integridad del contrato, salvo que la participación de la parte en cuestión deba considerarse esencial para la economía de la operación o, más en general, para la consecución del fin común³³.

El art. 223 CC materializa ese principio respecto de la “nulidad” que puede afectar únicamente el vínculo de uno de los asociados (por ejemplo, por incapacidad) sin comprometer en sí mismo el vínculo de los demás. Al englobarse en el régimen de la “invalidez”, recogido preferentemente en el Libro II del CC y no en el Libro VII (sobre las fuentes de las obligaciones), este artículo fue reexpresado íntegramente en los términos (pretendidamente generales) del “acto jurídico” a partir de un modelo original (el art. 1420 CC it.) que era explícitamente contractual. Pese a ello, es más

³¹ Cfr. FERRI, Giuseppe. 1997, pp. 522-525; HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. 1998, pp. 33-B y ss.

³² Por eso se ha dicho con acierto que “nuestros legisladores han sido austeros, pues sólo le han dedicado dos artículos a la parte general de estos contratos” (GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. 1998, p. 66-A). Podría decirse incluso, con expresión que Fernando DE TRAZEGNIES utiliza para otros fines, que han llevado “la economía legislativa hasta la avaricia” (*La responsabilidad extracontractual*, t. II, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1988, p. 279). Ya que se está proponiendo la dación de una nueva Ley Marco del Empresariado que incorporaría en su articulado a los contratos asociativos, sería deseable que esta “avaricia legislativa” se subsanara contemplando soluciones adecuadas para algunos de los problemas más graves relacionados con los contratos asociativos que menciono en este trabajo.

³³ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, reimp., vol. 3, Giuffrè, Milán, 1987, p. 56, a propósito de los arts. 1420, 1446, 1459 y 1466 CC it., antecedentes de nuestros arts. 223 y 1434 CC.

que dudoso —como ya dije³⁴— que pueda darse la “intervención de varios agentes en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común” en un acto jurídico que no sea específicamente un “contrato”. Pero además, el término “nulidad” utilizado en el texto de este artículo, y que proviene también de su antecedente italiano, debe entenderse en el caso peruano en el sentido genérico de “invalidez” (comprendivo, por tanto, de la “anulabilidad”), pues pese a presentar exactamente la misma *ratio* y exigir el mismo tratamiento, el legislador peruano no incorporó la regla específica que a la anulación de contratos asociativos o plurilaterales dedica el art. 1446 CC it.

El art. 1434 CC, por su parte, prevé no ya la invalidez (originaria) del contrato asociativo, sino la posibilidad de resolverlo —una vez más, sólo respecto de la parte cuyo vínculo se ve afectado por los acontecimientos en cuestión, salvo que tal vínculo sea esencial para la subsistencia de todo el contrato—, sea por imposibilidad sobrevenida (cfr. párr. 1°), sea por incumplimiento (cfr. párr. 2°), cuestiones que el CC it. desarrolla igualmente en dos arts. diferenciados (arts. 1459 y 1466, respectivamente).

5. *Forma del contrato y registrabilidad*

El art. 438 LGS, tras definir el concepto de contrato asociativo, dispone que “debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro”. Es necesario por tanto examinar los alcances de una y otra prescripción.

La primera es una exigencia de forma determinada, formulada de manera aparentemente imperativa. ¿Se trata entonces de una forma solemne exigida imperativamente por la ley, de modo que su inobservancia acarrea la nulidad del contrato? Para responder a esta pregunta es necesario remitirse, a falta de disposición más específica de la propia LGS sobre los efectos de su inobservancia, a lo dispuesto en el Derecho contractual general. En buena lógica, tratándose de contratos mercantiles, se habría que acudir a lo dispuesto en los arts. 51 y 52 CdC, que regulan la forma de celebración de los contratos mercantiles. Sin embargo, para entender lo que establece el inc. 1 del art. 52 (que no producen obligación ni acción en juicio “los contratos que, con arreglo a este Código o a las leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia”) es necesario interpretarlo a la luz de lo que dispone el art. 144 CC, aplicable supletoriamente a todo el ordenamiento (art. IX del TP del CC): “cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto”.

En conclusión, el art. 438 LGS no impone sino una formalidad más idónea o apropiada para la prueba de la existencia y contenido del contrato asociativo, en caso de una eventual controversia, sin afectar para nada la validez del mismo, cualquiera que sea la forma utilizada para su celebración³⁵. Norma, por lo demás, de escasa relevancia

³⁴ Vid. § 2, *supra*.

³⁵ En el mismo sentido, GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. 1998, p. 66-A. Ni ELÍAS LAROZA, Enrique. 2002, p. 947, ni MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*, 9ª edición, aumentada y actualizada, t. I, Grijley, Lima, 1998, pp. 743 y ss., afrontan el problema, limitándose a reproducir la norma.

práctica desde que el art. 198 CPC ha establecido el principio de valoración conjunta de la prueba, conforme a la apreciación razonada del juez, y no según el sistema de prueba tasada, vigente en el anterior ordenamiento procesal.

La segunda disposición del art. 438 es textualmente más clara, pero quizás de más difícil interpretación³⁶. En efecto, decir que el contrato asociativo “no está sujeto a inscripción en el Registro” sólo implica que no hay obligación alguna, ni siquiera una carga como la prevista para las sociedades, de inscribir el contrato; pero no necesariamente que no sea inscribible de ninguna manera. Por lo tanto, en principio, ningún contrato asociativo es de inscripción obligatoria en el Registro, ni el hecho de no inscribirlo menoscaba lo más mínimo su eficacia propia. Pero ello no significa, como regla general, que el contrato asociativo no pueda ser inscrito si así interesa a las partes y el contrato contiene extremos de aquéllos que la ley registral declara inscribibles (por ejemplo, en los consorcios, una representación común).

Ahora bien, ocurre que el texto de esta disposición del art. 438 LGS se ha tomado literalmente del art. 400 LGS ant., referido entonces tan sólo al contrato de asociación en participación. En este contexto, la norma fue interpretada repetidas veces por las autoridades registrales en el sentido de que excluían la registrabilidad del contrato³⁷.

Sin embargo es evidente que esta interpretación de los tribunales administrativos no puede tener el mismo valor en el nuevo contexto. No se pone en duda que hay buenas razones para excluir totalmente del Registro el contrato de asociación en participación. En él, por disposición de la propia ley, sólo es relevante frente a terceros, y capaz de fundar una responsabilidad concreta, la actividad del asociante y no la del asociado. La inscripción del contrato en estas circunstancias puede producir más confusión que seguridad jurídica. Lo mismo vale para otros contratos asociativos asimilados a la asociación en participación. Pero es claro también que en otros supuestos, como los contratos de consorcio, esa limitación no se justifica de ninguna manera. Por lo tanto, parece que el alcance de la “no sujeción al Registro” de los contratos asociativos debe examinarse de manera particular para cada tipo contractual.

6. Régimen de las contribuciones

El art. 439 LGS regula las contribuciones en dinero, bienes o servicios que las partes de un contrato asociativo deban hacer para obtener la finalidad común. La ley usa el término “contribuciones”, y no “aportes”, que se reserva para las prestaciones a cargo de los socios de la sociedad, porque además el hecho de contribuir no tiene por

³⁶ En ese sentido, es una regulación engañosa, y quizás ello explique que el problema que se discute a continuación no haya sido abordado por ninguno de los autores nacionales que he consultado para elaborar este trabajo.

³⁷ Así, por Resolución N° 041-77-DNRP-CF del 21 de junio de 1977, por Acuerdo N° 013-82-ONARP-CF, del 13 de mayo de 1982, y por Acuerdo N° 010-85-ONARP-JV, del 23 de julio de 1985, se rechazó la inscripción de asociaciones en participación en aplicación del art. 400 LGS ant.

qué producir un traspaso de la titularidad de los bienes, como en cambio es natural en los aportes³⁸.

Al tratarse de un área en la que prima la autonomía privada, la primera fuente de regulación de esta materia estará naturalmente en las disposiciones del propio contrato. En ellas se debe determinar la oportunidad, lugar y forma en que se harán las contribuciones³⁹. Pero para el caso de que las partes no hubieran establecido con claridad todos esos extremos, el artículo prevé algunas reglas supletorias.

En primer lugar, se determina el monto de las contribuciones, si no se hubiese hecho en el contrato, pero sí se hubiera establecido la participación de cada interesado en las utilidades. En tal caso, el conjunto de las contribuciones de todos los intervinientes debe igualar a las que sean necesarias para llevar adelante el negocio o empresa, debiendo cada uno efectuar las que proporcionalmente correspondan a su participación en las utilidades (art. 439 LGS, segunda frase). La ley no prevé el caso de que no se hubiese establecido ni el monto de las contribuciones ni la participación que a cada uno corresponde en las utilidades. En ese caso, debería aplicarse analógicamente a todos los contratos asociativos lo previsto especialmente para el consorcio en el art. 448 LGS: de no preverse la participación de cada interesado en los resultados, “se entenderá que es en partes iguales”⁴⁰.

Todavía cabe pensar en una aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo *in fine* del art. 439 LGS, para el caso de que se hubiera previsto el monto de las contribuciones, pero no la participación de cada parte en las utilidades. Así como conocer el porcentaje de participación permite deducir el monto de la contribución, de la misma manera, conocer el monto de las contribuciones deberá permitir que se deduzca la proporción que a cada uno corresponde en el resultado.

Sin embargo es evidente que en tema de contribuciones el monto o proporción que a cada uno corresponde no es el único aspecto determinante, ni resulta suficiente para determinar adecuadamente la obligación de cada partícipe. Hace falta también regular el modo de llevar a cabo la entrega, la transferencia del riesgo, la valorización de las contribuciones en especie, etc. Si el contrato no hubiese previsto alguna de estas cuestiones y fuese necesario determinarlas, el segundo párrafo del artículo 439 remite a las disposiciones de la propia LGS sobre los aportes (artículos 22 al 30), en cuanto fuesen aplicables.

³⁸ ELÍAS LAROZA, Enrique. 2002, p. 948. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. 1998, p. 67-A, no comparte el criterio conforme al cual se distinguen unas y otras prestaciones en la ley, prefiriendo llamar a ambas “aportes”, puesto que “contribuciones” sería un término más propio del Derecho Tributario. De todos modos, concede que se trata de una discusión puramente terminológica, sin mayores consecuencias de fondo.

³⁹ MONTROYA MANFREDI, Ulises. t. I, 1998, p. 743 y ELÍAS LAROZA, Enrique. 2002, p. 948.

⁴⁰ En el mismo sentido, en cuanto al resultado, ELÍAS LAROZA, Enrique. 2002, p. 948. En contra, GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, 1998, p. 67-A, para quien en este caso no se podría determinar los alcances de las obligaciones creadas por el contrato, el cual carecería de objeto y por lo tanto sería nulo.

III. OBLIGACIÓN DE NO COMPETIR Y TEMPORALIDAD EN LOS CONTRATOS ASOCIATIVOS

7. *Planteamiento*

Hecho el recorrido por las normas positivamente previstas por la LGS para todos los contratos asociativos, queda por examinar si el ordenamiento peruano da respuesta de alguna manera, aunque sea indirecta, al problema de la duración de los contratos asociativos. Hay que partir de la consideración de que mediante un contrato asociativo, al tiempo que se ejerce la libertad de empresa⁴¹, la parte interviniente se autolimita para el futuro en el ejercicio de esta misma libertad. Como todas las limitaciones de la libertad de iniciativa económica, puede ser valorada por el ordenamiento desde un doble punto de vista: desde la perspectiva del sujeto, en cuanto comporta una limitación de la libertad personal, y desde una perspectiva objetiva, es decir por la influencia que ejercen sobre el mercado, eliminando el libre juego de la competencia⁴², aspecto este último del que ya adelanté que no me ocuparé en este trabajo. Aquí trataré más bien del primer aspecto, recordando la salvedad hecha más arriba de que se trata de una problemática que, en cuanto tal, se presenta exclusivamente respecto de las personas naturales que como tales pretenden vincularse mediante un contrato asociativo, restricción que se ha de tener muy en cuenta para entender el alcance de la discusión que sigue.

Pues bien, aun en el supuesto de que la obligación de no competir fuese lícita desde el punto de vista de la libre competencia, la preocupación por la libertad individual del sujeto explica, en opinión de FERRI⁴³, que por ejemplo el CC italiano requiera, para que el acuerdo que restringe la iniciativa económica sea válido, que quede adecuadamente delimitado en cuanto a su objeto, su ámbito territorial y su duración, precisando que esta última no puede exceder de un quinquenio. Esa disposición es aplicable directamente sólo a los pactos de no concurrencia directos, es decir, aquéllos que tienen directamente por objeto la limitación de la competencia, sea como contratos autónomos (cuya licitud para el Derecho de la competencia será siempre problemática, por decir lo menos) o como pactos adjuntos a un contrato distinto con causa propia (como los pactos de exclusividad en muchos contratos de colaboración).

En cambio, las limitaciones indirectas de la competencia, es decir, las que resultan como efectos naturales concomitantes de un contrato con una finalidad propia, no destinado en cuanto tal a limitar la competencia (contratos de trabajo, locación de servicios, etc.), o que sirven a una mejor realización de su objeto, pueden extenderse lícitamente por todo el tiempo que dure el contrato en el que se inscriben. En estos mismos contratos, sin embargo, la obligación de no competir que se estipule para el periodo sucesivo quedará sujeta al límite temporal del quinquenio, en el ordenamiento italiano⁴⁴.

⁴¹ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. 1998, p. 62-A.

⁴² FERRI, Giuseppe. 1997, p. 199.

⁴³ FERRI, Giuseppe. 1997, p. 200.

⁴⁴ FERRI, Giuseppe. 1997, p. 201.

No cabe duda de que los contratos asociativos quedarán normalmente englobados dentro del segundo supuesto. De ellos, en efecto, se derivan limitaciones a la libertad de concurrencia como consecuencia de la persecución de una finalidad propia, perfectamente lícita (la participación común de los intervinientes en una empresa determinada), en el cual muchas veces se pactará además una cláusula de no competencia autónoma para el periodo sucesivo al término del contrato. Cabe entonces preguntar si en el ordenamiento peruano existe alguna forma de regulación paralela a la que recoge el CC italiano, o si ella puede deducirse de los principios generales que inspiran el ordenamiento (cfr. art. 139, inc. 8, Const.).

Es evidente que al menos la obligación de abstención de competencia que esos contratos suelen incorporar para tener eficacia aún después de su terminación debe tener un límite de duración máximo, que a falta de determinación legal debe apreciarse caso por caso, según un criterio abierto de razonabilidad. Ello, no sólo en atención a la protección de la libertad individual, sino también porque, de lo contrario, más allá de un plazo razonable, dentro del cual se pueden considerar medios lícitos de asegurar la consecución de la finalidad propia de los contratos a los que sirven, estos pactos se convertirían en acuerdos autónomos de prohibición o restricción de la competencia. En este sentido, deberían considerarse como *per se* prohibidos por el Derecho de la competencia⁴⁵.

8. El principio de indisponibilidad de las libertades personales

Pero parece claro, además, que la protección de la libertad de iniciativa reclama la previsión de un límite a la misma duración de los contratos asociativos, o al menos un límite a su fuerza vinculante, más allá de cierto tiempo. Lo exige el principio de indisponibilidad de los derechos fundamentales (cfr. art. 5 CC). Este principio es incompatible con la duración vitalicia de las relaciones jurídicas que impliquen vinculación personal⁴⁶ (las relaciones de mera garantía o de prestaciones de dar no se ven afectadas en la misma medida), lo cual es evidentemente aplicable a las relaciones que implican asociación.

Es fácil advertir que este principio está vigente y opera en el ordenamiento peruano, inspirando diversos conjuntos de normas. En el ámbito patrimonial, que es el que aquí interesa, se pueden señalar los siguientes ejemplos:

⁴⁵ Vid. los fundamentos de la decisión del Tribunal en *Segundo Miguel Ciccía Vásquez EIRL (CIVA) c. Empresa Turística Mariscal Cáceres SA*, (1997) TDC 206, del 13 de agosto de 1997, punto III.1, emitida bajo la vigencia de la LLC ant. Esta Resolución y el precedente de observancia obligatoria que aprobó en relación con contratos asociativos, de integración y de colaboración han vuelto a adquirir importancia con la introducción (directamente en la ley) de las “prácticas restrictivas sujetas a prohibición absoluta” por los arts. 8 y 11.2 LRCA.

⁴⁶ Según DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 5ª edición, t. II, Civitas, Madrid, 1996, p. 323, “la perpetuidad es opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria”. Pero así como es obvio que existen casos en los que la propia norma impone límites temporales concretos, o al menos que las partes señalen a su relación un plazo determinado, en otros casos la relación puede nacer sin que el plazo haya sido predeterminado.

1) Las normas que en defensa de la propiedad excluyen la posibilidad de prohibir contractualmente la facultad de enajenar o de gravar, salvo específica previsión legal (art. 882 CC), y limitan la duración del arrendamiento (art. 1688 CC) y del usufructo (art. 1001 CC). Aunque no se trata en este caso de la libertad personal, sino de un derecho, la propiedad, que afecta más bien poco la esfera estrictamente personal del sujeto, el ejemplo muestra hasta qué punto se extiende la necesidad de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, incluso cuando la limitación proviene de su propio titular.

2) La norma que, en defensa de la libertad personal, limita el efecto vinculante para el locador del contrato de locación de servicios⁴⁷ (art. 1768 CC). Se volverá más adelante sobre esta norma, porque aporta pistas de interpretación muy ilustrativas para encontrar soluciones concretas al problema planteado.

3) La norma general que concede a las partes de los contratos de duración indeterminada el llamado *ius poenitendi*⁴⁸ (art. 1365 CC).

4) Las normas que, en referencia concreta al ejercicio del derecho de asociación con fines económicos, imponen límites a la duración de las sociedades personalistas y garantizan el derecho de separación de los socios de las demás sociedades, cuando tengan duración indeterminada.

9. *El caso de las sociedades*

Examinando con más detalle el último caso, se toma como punto de partida de la discusión la norma general de que todas las sociedades pueden ser de plazo determinado o indeterminado (art. 19 LGS).

Pero para la sociedad colectiva se dispone expresamente (art. 267 LGS) que tiene plazo fijo de duración y que la prórroga requiere el consentimiento unánime de los socios, norma aplicable también a la sociedad en comandita simple por efecto del primer párrafo del art. 281 LGS.

En el caso de las sociedades anónimas (cuyas disposiciones se aplican a las sociedades en comandita por acciones⁴⁹ por efecto del primer párrafo del art. 282) y de

⁴⁷ ARIAS SCHREIBER, Max. *Exégesis*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, 1997, p. 101: "Este precepto tiene por objeto proteger al locador evitando que sus servicios se prolonguen indefinidamente en el tiempo y que resulte ser una suerte de siervo del locatario. La norma tiene su origen en la legislación francesa que, inspirada en el ideal de proteger la libertad humana, da a este contrato un carácter eminentemente temporal".

⁴⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. t. I, 2003, pp. 135 y ss. Según el autor es una norma de orden público, y por tanto inderogable por acuerdo de las partes (*vid.* p. 141), orientada "a garantizar la propia libertad de la persona". Lo mismo opina ARIAS SCHREIBER, Max. t. I, 1997, p. 119, para quien esta disposición tiene por finalidad "ponerle freno a los abusivos «contratos eternos»" y "por los intereses que defiende es imperativo y no admite pacto en contrario o distinto". Es discutible que la disposición sea enteramente inderogable, según se verá más adelante (*vid.* nota *supra*).

⁴⁹ En el caso de la sociedad en comandita por acciones, específicamente en relación con el tratamiento de los socios colectivos, existe un evidente vacío legislativo en la LGS. En efecto, por efecto de la remisión integral de su regulación a la propia de la sociedad anónima y a falta de norma expresa

responsabilidad limitada el principio de protección de la libertad de los socios se conserva mediante las normas que establecen la transferibilidad de las acciones o participaciones (art. 101 LGS, para la SA en general, inclusive la cerrada; inc. 1 del art. 254 para la SAA en especial; tercer párrafo del art. 291 para la SRL) y las que regulan el derecho de separación de los socios en determinadas circunstancias (art. 200 LGS para la SA, y último párrafo del art. 293 para las SRL).

Para las sociedades civiles, a su turno, se dispone expresamente que si la sociedad tiene duración indeterminada se deben prever los mecanismos que permitan al socio ejercer unilateralmente su derecho de separación (art. 303, inc. 2, de la LGS).

Por último, la sociedad irregular está legalmente sometida a una provisionalidad peculiar, que casi se puede llamar precariedad, al poder pedir su disolución y liquidación cualquier interesado (art. 426 LGS), sin perjuicio del derecho de separación del socio individual (art. 427).

Es evidente, entonces, que el ordenamiento no admite, ni aun en el ejercicio por el propio sujeto de su libertad de asociación, una forma de vinculación *sine die* o temporalmente indeterminada, si no se arbitran a la vez mecanismos que permitan al interesado separarse de la relación jurídica creada.

10. *La esencial temporalidad de los contratos asociativos*

De todo lo expuesto parece que puede deducirse sin ningún margen de duda que un contrato asociativo (o cualquier otro que implique una vinculación personal) no puede tener una duración vitalicia. Esta conclusión se ha de extender a los casos en que el plazo fuera formalmente limitado, pero en la práctica significase una vinculación vitalicia (plazos, que a veces se dan, aunque parezca pintoresco, de doscientos o de cien años, por ejemplo): lo que podríamos llamar un plazo exorbitante. En ese sentido, aunque la ley no lo diga, debe entenderse que es un elemento esencial de todo contrato asociativo la temporalidad⁵⁰.

Establecida esta conclusión, cabe preguntarse por sus alcances. Evidentemente no se presenta ningún problema si el contrato fuese de duración simplemente indeter-

que le imponga duración limitada, la sociedad en comandita por acciones podría en principio constituirse para durar por un tiempo indeterminado (art. 19 LGS). Ello no tendría nada de particular, si se conservase el principio de libre transmisibilidad de todas las acciones, pero el inc. 5 del art. 282 LGS hace tan gravosa la cesión de las acciones de los socios colectivos (autorización unánime de los demás colectivos y de la mayoría de los comanditarios), que en la práctica puede decirse que al socio colectivo no se le reconoce la libertad de dejar la sociedad antes de su terminación. Es verdad que el problema sólo se presenta en las sociedades en comandita por acciones de duración indeterminada, supuesto de hecho sumamente raro, pero debe admitirse que si el caso se diera le sería aplicable lo que en el texto se concluye sobre la temporalidad de los contratos asociativos.

⁵⁰ Parece ser de la misma opinión en cuanto a la conclusión ELÍAS LAROZA, Enrique. 2002, pp. 951 y 955, aunque en referencia a los contratos típicos de asociación en participación y consorcio (no a los contratos asociativos en general), y sin explicar los motivos.

minada⁵¹, pues entonces sería de aplicación el art. 1365 CC: cualquiera de las partes, actuando de buena fe, podría dar por terminado el contrato respecto de sí misma cursando a las demás una comunicación en ese sentido con una anticipación de al menos treinta días. Pero en los casos de plazo vitalicio o exorbitante se plantean dos problemas que es necesario resolver: dónde poner el límite de lo que se considera un plazo exorbitante y, dado que es clara su ilegalidad, qué consecuencias se han de atribuir a tal pacto.

Respecto del primer punto cabe tomar dos posiciones: o bien se examina la cuestión caso por caso si el plazo establecido en el contrato es razonable o no para lo que se pretende, o bien se pone un límite máximo general para todos los casos, por ejemplo, por analogía con el art. 1768 CC.

11. Reglas de esta temporalidad

De hecho, no hay un plazo específicamente previsto en la ley para los contratos asociativos. Luego, parece que lo más prudente sería seguir la primera solución, antes que deducir analógicamente la existencia de un plazo máximo determinado a partir de otras normas del ordenamiento. Parece ser la solución propiciada por la propia ley en el caso de las sociedades personalistas, para las que la LGS prevé específicamente que deben tener una duración limitada, pero no señala un límite máximo. Además, parecería que el intento de deducir de otras normas un plazo máximo determinado para los contratos asociativos, al limitar por vía analógica la libertad de las partes para configurar el contenido contractual, atentaría contra lo dispuesto en el art. IV del TP del CC (también en el inc. 9 del art. 139 Const.).

Contra este último argumento, sin embargo, cabe reafirmar que no se trata tanto de limitar un derecho (en el sentido de imponer un límite extrínseco a la libertad contractual) cuanto de defender otro (garantizar el contenido esencial de la libertad personal en relación con la posibilidad de vincularse contractualmente por largos periodos de tiempo). De ello se deriva el carácter altamente discutible de que el planteado sea uno de los casos de aplicación analógica prohibida por la Constitución y el CC. Es más, en el fondo, la otra solución implica también la utilización de un procedimiento analógico (en este caso con la disciplina de las sociedades personalistas), igual de discutible, si no más. En efecto, en los casos de sociedades personalistas en los que se haya cumplido formalmente con establecer un plazo determinado, pero éste deba a todas luces considerarse exorbitante en el sentido arriba expuesto, también deberá suplirse la ausencia de un límite máximo legislativamente previsto. Y qué mejor que hacerlo con algún tipo de analogía, capaz de fundamentar racionalmente la decisión de considerar ineficaz a partir de cierto momento la relación jurídica que, sin duda, tendrán que adoptar los jueces.

⁵¹ Cualquier contrato de duración indeterminada, y no solamente los que fuesen de ejecución continuada, como literalmente dice el art. 1365 CC. Así también, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. 2003, t. I, p. 415. GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter (Dir.). *Código Civil comentado*, 2ª ed., t. VII, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 136 (el autor del comentario es Manuel MUÑOZ ROJO).

De hecho, en la práctica, el prurito de defender la libertad contractual y asegurar que los pactos no serán modificados por aplicación analógica de las leyes expondría esa misma libertad contractual en mucha mayor medida al arbitrio de criterios jurisprudenciales que, si no usan una analogía razonable, tendrán fundamento dudoso, y son más idóneos para crear inseguridad jurídica que lo contrario.

A fin de cuentas, tratándose, como he explicado, de un principio fundamental del ordenamiento y de una exigencia irrenunciable de una de las libertades fundamentales, toda relación jurídica asociativa deberá ser dotada de un límite temporal máximo. Tan sólo se trata de hallar una regla más o menos objetiva y razonable para medir cuándo estamos ante un caso de duración razonable y admisible y cuándo, en cambio, el plazo acordado por las partes debe ser considerado exorbitante.

He de admitir, sin embargo, que la conclusión a la que se llegue por vía analógica nunca podrá tener la misma fuerza ni vincular al intérprete con el mismo rigor que la norma en la que se base la analogía. La conclusión que paso a exponer en seguida, pues, no pasará de ser una buena presunción acerca de cuándo, tiempo más, tiempo menos, debe empezar a pensarse que el plazo de duración de un contrato asociativo es exorbitante. Y ello, siempre que las circunstancias del caso concreto no obliguen a juzgar como un acto de mala fe de la parte que lo solicite la pretensión de liberarse de su compromiso antes del plazo previsto, aun en el caso en que éste deba considerarse exorbitante⁵².

Pues bien, la regla a la que propongo acudir para buscar el régimen analógicamente aplicable a la temporalidad de los contratos asociativos es la del art. 1768 CC, concretamente el plazo de 6 años previstos allí para las “prestaciones de servicios profesionales”, más que los 3 previstos para los “otros servicios”. Éste tiene la gran ventaja de resolver simultáneamente los dos problemas básicos a que me he referido más arriba sobre el problema que estamos examinando:

- 1) dónde poner el límite: en los 6 años; y
- 2) qué eficacia tiene el pacto en el que se fije un término mayor: vincula a las partes hasta llegar al límite temporal citado, y de allí en adelante autoriza a cualquiera de los interesados, a su elección, a abandonar la asociación, o si así lo prefiere, a continuar la ejecución de las prestaciones a su cargo.

⁵² Cfr. DIEZ-PICAZO, Luis. 1996, p. 324, quien por una vía semejante a la que se sigue en este trabajo pretende deducir para el ordenamiento español, que no lo recoge expresamente, la vigencia del principio contenido en el art. 1365 de nuestro CC. Cabe la reflexión, por lo demás, de que toda norma imperativa del ordenamiento, y con mayor razón en el campo contractual donde debe primar lo previsto por las partes, puede y debe interpretarse a la luz del principio de buena fe en el cumplimiento, de modo que si un pacto no debe considerarse exigible por ir contra norma imperativa expresa en materia de contratos, de todos modos debe apreciarse si la parte que pretende beneficiarse con su incumplimiento no debe, en cualquier caso, considerarse sujeta a la excepción de dolo, manifestada en este caso por el aforismo *venire contra factum proprium non valet*.

Nótese que, a diferencia de la regla aplicable al contrato de locación de servicios (que limita su efecto a la parte que intervenga como locador), cualquiera de los partícipes (que sean personas naturales) en un contrato asociativo puede valerse de la opción a que me refiero en segundo lugar, porque a este respecto todos ellos se hallarían exactamente en la misma situación de vinculación personal, que es la que se quiere limitar.

IV. CONCLUSIONES

Primera: Contrato asociativo mercantil es aquel contrato que, sin estar destinado a generar una persona jurídica independiente de las partes, crea y regula relaciones de participación e integración en empresas determinadas, en interés común de los contratantes.

Segunda: Los contratos asociativos mercantiles plantean algunos problemas jurídicos de gran calado que ni la Ley General de Sociedades ni ninguna otra norma jurídica de alcance general aborda e intenta resolver frontalmente, como son su capacidad de dar lugar a grupos empresariales, su delicado engarce con las normas reguladoras de la libre competencia y la necesidad de limitar su vinculatoriedad en el tiempo, con el fin de evitar obligaciones perpetuas o exorbitantes.

Tercera: En virtud de la indiscutida vigencia en nuestro ordenamiento del principio de indisponibilidad de las libertades personales, es necesario concluir que la vinculación personal a que puede dar lugar cualquier contrato asociativo debe tener ineludiblemente un límite máximo temporal.

Cuarta: Es posible y funcional construir analógicamente el régimen de esta temporalidad sobre la base de la regulada, para el contrato de locación de servicios, en el art. 1768 CC, con las debidas adaptaciones, como extender a todos los partícipes del contrato asociativo la facultad de receso del contrato, pasado el límite máximo de seis años previsto en esa norma.