

LOS CONTRATOS DE COLABORACION, UNA NECESIDAD INSOSLAYABLE DE LA ACTIVIDAD ORGANIZADA. SU VIABILIDAD JURIDICA FUERA DE LA LEY DE SOCIEDADES

María Cristina Mercado de Sala

1. El sistema jurídico argentino admite el derecho de las personas jurídicas constituidas en la República o en el extranjero y de las personas individuales nacionales o extranjeras de celebrar contratos de colaboración, de cooperación, de coordinación, de organización o de finalidad común diferentes de los previstos en la ley de sociedades 19550. Asimismo asiste el derecho a la conversión material del negocio.

2. Las partes pueden configurar el contrato libremente conforme las necesidades de su organización económica.

3. Los contratantes asumen la responsabilidad prevista en el contrato sin perjuicio de los derechos que pudieran nacer a favor de terceros, conf. arts. 1195, 1197 y 1199 DEL CC..

4. No obstante lo manifestado, y subsidiariamente, no consideramos inconveniente, una regulación general específica de los contratos de colaboración, cooperación, coordinación, de organización o de finalidad común, atendiendo al ánimo legisferante propio de nuestra comunidad argentina.

5. De regularse debería respetarse ampliamente la autonomía de la voluntad de las partes, la libertad de formas, y la inscripción registral como un derecho de los otorgantes.

6. La responsabilidad de los otorgantes entre sí, y con relación a los terceros, debe considerarse como el bien jurídico fundamental a proteger en toda regulación y único límite a la libertad de las partes para vincularse conforme las necesidades

e imperativos de su vida negocial.

7. Lo expresado sin perjuicio de que, si en la realidad de los hechos se ha publicitado una relación societaria, o de otra forma se ha actuado con establecimiento abierto al público, o sea entonces de aplicación el régimen de la ley de sociedades 19550, al sólo efecto de resguardar los derechos de los terceros, aunque las partes puedan entre sí exigirse el contrato de colaboración que las uniera.

CONSIDERACIONES GENERALES

De las "Trece ideas para hacer prosperar una empresa en el '92" mencionadas por Tom Peters*, experto en administración reconocido mundialmente, hay dos que debemos como juristas tener especialmente en consideración. La primera que rescatamos en esta ocasión es aquella que expresa *"Más que subcontratistas, co-contratistas"*, y que manifiesta que la integración vertical está muerta, por lo que la idea de cuadrillas pequeñas que se juntan *por un momento* es esencial. Propone así reemplazar "sub" por "co", y empezar a pensar en *"aquellos ajenos a la empresa (clientes y proveedores de equipos de desarrollo de productos) como asociados externos"*. La segunda es *"más que redes, conocimiento de valor agregado"*. Considera que la *"idea de la organización como red, según la conciben los teóricos, implica una secuencia pasiva de compañías"* sin dinamismo. *"El valor agregado no surge automáticamente al armar una red, sino de la capacidad de dicha red para acumular conocimiento propio y aplicarlo rápidamente en oportunidades de mercado ocasionales y pasajeras. Administrar el conocimiento y aplicarlo es un arte poco corriente: quienes se pongan a la delantera por este camino hoy, brillarán mañana"*.

Pues bien, si estos son los consejos de un conocedor de los temas de administración, es de esperar que los empresarios del '92 saldrán a buscar el relacionarse en las condiciones señaladas. Será nuestra labor como juristas el ofrecer el marco seguro a la contratación entre los hombres de negocios, tanto en función de los intereses de los mismos como de los consumidores en general, miembros de una comunidad que enfrenta cambios sustanciales. Su economía pretende ser desregulada para ajustarse a las exigencias de la hora mundial, caracterizada por ajustes internos e integraciones en lo externo y todo ello en un marco de economía que transita el camino de la apertura hacia y desde el exterior.

* Peters, Tom, "Más allá del caos" publicado en suplemento "The economist-Publications" del periódico cordobés "La Voz del Interior" -El mundo en 1992- N 6-Industria y Tecnología.

CONTRATO DE COLABORACION

La designación de contrato de colaboración, en general jurídicamente y desde el punto de vista de nuestra ley de sociedades sería omnicomprendiva de la de contratos en que las partes están dispuestas a colaborar, cooperar, coordinarse, organizarse o persiguen el afán de una finalidad común. No obstante ello en la actividad empresarial no siempre es dado distinguir el concepto con tanta claridad y menos aun si tenemos en cuenta la redacción de los arts. 367 y 377 LS.

Lo dicho justamente porque en el lenguaje común los términos no son en sí mismos totalmente equivalentes, tal por ejemplo colaborar y coordinar. El primero es siempre necesario para coordinar, sin embargo se puede perfectamente colaborar sin que se persiga coordinar. Todo ello sin considerar un elemento que hemos visto en la práctica negocial. Se trata de la voluntad de colaborar al mismo tiempo que se compete en la misma actividad, sin que por ello pueda la figura contractual incluirse dentro del concepto de la agrupación de colaboración empresarial de la ley de sociedades. En esta se persigue desarrollar o facilitar determinadas fases de la actividad empresarial y para ello se establece la organización común, en una suerte de contrato para la actividad internamente considerada sin estar destinada a la intermediación habitual dentro del mercado de bienes y servicios.

Mucho se han esforzado los autores en conceptualizar estos contratos de colaboración, en una forma mas genérica fuera de la expresa contenido en la ley de sociedades. Así el Dr. Odriozola menciona los grupos de colaboración como aquellos en los que no hay una dirección unificada, sino en que el motivo de su formación es la búsqueda de una colaboración empresarial sin que se produzca la pérdida de su individualidad y de su autonomía de decisión, ni la preeminencia de una empresa sobre la otra. También el Dr. Zaldívar, en numerosos trabajos ha dejado en claro que estos contratos proponen relaciones que sin afectar la identidad jurídica y económica de las participantés, determinan vinculaciones que generalmente se establecen en niveles de colaboración, cooperación o coordinación. Dicho autor incluso distingue la colaboración y cooperación de la coordinación, señalando que las primeras persiguen el mejor desarrollo de las propias actividades de los miembros, sin un beneficio o lucro directo, en cambio la coordinación se proyecta al exterior en la realización de alguna o algunas operaciones en común, que beneficiarán directamente a las participantes individualmente consideradas. Todas estas vinculaciones están orientadas a la cooperación, coordinación, colaboración creadas con la finalidad de alcanzar una mayor efectividad productiva.

El Dr. Richard en numerosas jornadas ha propiciado la idea de consensuar una clasificación de los contratos, al tiempo que distingue a) los contratos de organización de colaboración (agencia, filial común, UTE, de concesión, de

colaboración empresaria) de los que no nace la personalidad en nuestro derecho, y b) los de organización asociativa que generan el centro imputativo con personalidad. Considera inclusive que los contratos de colaboración o cooperación no siempre pueden considerarse con comunidad de fin, sino que se caracterizan porque en ellos la forma instrumental es más importante que las prestaciones que se intercambian. Lo que ocurre en mi opinión es que la colaboración o cooperación siempre estará presente en la causa de la negociación, independientemente de si las partes elijan para colaborar la forma meramente contractual o si lo hacen a través de una "herramienta" más permanente como es la sociedad con categoría de sujeto de derecho.

Brunetti por su parte al distinguir entre los contratos sinalagmáticos (que caracteriza con prestaciones recíprocas y dependientes entre sí, u obligaciones de distinta naturaleza económicamente equivalentes) y los asociativos, considera que en estos últimos no se concibe ventaja a expensas de la otra parte, sino que se persigue un fin común con el de aquélla, lográndose la ventaja del fin común.

El Dr. Julio Cueto Rúa, señala que en los contratos de colaboración y en los asociativos, principalmente la razón de ser del contrato parece apoyarse más en el intercambio prestacional razonable y equilibrado que en la sola voluntad de los contratantes en la génesis del mismo.

Vemos, entonces, cómo los autores no oponen siempre los mismos términos en la comparación, con lo que la calificación con exactitud del concepto de cada uno de ellos, no resulta siempre posible, ya que parte de supuestos que al parecer no serían siempre unívocos a todos los autores. No obstante, considero que estamos llegando a una aproximación.

CONTRATO DE COLABORACIÓN Y DERECHO ARGENTINO

Dejando de lado las explicitaciones de la doctrina, con relación al concepto de colaboración, deberíamos recordar la nota al 1143. En opinión de Durantón la división entre los contratos nominados e innominados debe existir, basándose en el hecho de que en cuanto a la acción, los efectos son los mismos en unos y otros, pero la diferencia en cuanto a sus efectos posibles y a la extensión de la obligación, no puede dejar de existir. A continuación da el ejemplo de los vecinos que tienen un buey que trabaja el campo de ambos, con lo que se da un contrato innominado (de colaboración diríamos nosotros) por descarte de otras figuras tales sociedad, alquiler, préstamo, cambio. Con lo cual, si bien no nominado en su momento, la necesidad de reconocer la colaboración como elemento del acuerdo ya existía a la época de la nota que comentamos.

Recordemos además el 1197, y la jurisprudencia al mismo que refrenda la fuerza obligatoria de los contratos nominados e innominados, expresando que es idéntica en ambos. Ya que el principio aplicable es el de que las convenciones constituyen la ley para las partes. (CCiv C 19-4-61 LL 102- 603). Así también se ha dicho que "...el principio sentado en esta norma continúa siendo uno de los pilares del ordenamiento jurídico, pese a las nuevas orientaciones inspiradas en el solidarismo social, por lo que las normas que restringen la libertad contractual deben a su vez interpretarse restrictiva mente" (CCiv D 29-12-59 LL 9-317).

Si a lo expresado agregamos la jurisprudencia referida al 1198 en cuanto a que "para establecer cuál es la voluntad de las partes debe investigarse la causa determinante de la celebración del contrato, es decir los móviles concretos, individuales que inspiraron a las partes" CCiv D 21-7-69 LL 138-24, necesariamente reconoceremos el móvil de colaborar.

Móviles dice esta jurisprudencia, motivos decía el Dr. Odriozola. Queda así legitimada la posibilidad de reconocer en el sistema jurídico argentino los contratos de colaboración independientemente de la inclusión que ha hecho el legislador en la LS de las ACE y las UTE.

Lo expuesto independientemente de las teorías o concepciones que visualizan el contrato y su interpretación en forma objetiva (intercambio equilibrado de las prestaciones) y subjetiva (centralizada en el consentimiento). Ello por que en este caso lo que interesa es la causa del contrato, y ella es la voluntad de las partes de colaborar, siendo indiferente el hecho de que las partes obtengan resultados diferentes cada una de ellas, relacionados al riesgo que cada una asumió.

Finalmente, recordemos que la ley de sociedades en su reforma por la 22.903, vino a dar respuesta a las necesidades negociales de los tiempos, derivadas de la realidad mundial, los recursos escasos, la necesidades de acumular riquezas, esfuerzos y capitales, para satisfacer los múltiples requerimientos del mundo consumidor que ha borrado fronteras a través del desarrollo de las comunicaciones y las imágenes.

Sin embargo los dos contratos que nomina, no pueden ser considerados los únicos posibles en un mundo que ha revalorizado la autonomía de la voluntad (Conf. Dr. Boggiano, Antonio: "La autonomía de las partes en los contratos internacionales como uno de los principios generales de derecho reconocido por las naciones civilizadas, adquiere particular relevancia en la Conferencia Diplomática celebrada en La Haya de 1986").

Considera "un objetivo esencial del presente estudio consiste en mostrar la evolución de los derechos nacionales hacia el principio de la autonomía de las partes, la aceptación de este principio por los estados latinoamericanos que participaron en la elaboración de la Convención de La Haya", Ed. Depalma).

En el IV Congreso de Derecho Societario celebrado en Mendoza en 1986, el Dr. Fargosi expresó: "... Si alguna conclusión cabría traer como resultado de los debates, yo me atrevería a señalar que ha sido un cambio... que la seguridad jurídica, que no es otra cosa más que la credibilidad de lo que puede llegar a ocurrir, se logre potenciando los principios de libertad contractual y de autonomía de la voluntad que dimanen de nuestro propio régimen constitucional, del cual, en definitiva el orden jurídico no es sino un instrumento."

LA CONVERSIÓN DEL NEGOCIO

Es dentro de esta misma línea de rescatar de nuestro sistema legal la libertad de contratar, bien jurídico inestimable en una sociedad organizada democráticamente, es que también consideramos la posibilidad de que el negocio jurídico pueda ser objeto de conversión. No existe impedimento alguno que imposibilite la conversión de un simple contrato de colaboración en un contrato de sociedad regularmente constituida. De hecho podríamos señalar que de no tener claro el concepto de contrato de colaboración, muchos podrían en la realidad encontrarse en una situación de sociedad de hecho. Tal sería por ejemplo la ACE que desarrolle actividad intermediadora habitual en el mercado o la UTE cuyo objeto no se pueda calificar de transitorio y único, sino que por el contrario constituya el medio habitual de realizar los negocios por los contratantes creando inclusive en los hechos una organización con finalidad en sí misma o superestructura intermediadora, para los que la inscripción del contrato sólo valdría de principio de prueba, sujeto a impugnación de invalidez, dada la característica de los registros en nuestro derecho.

Así ha dicho la doctrina que cuando el acto o negocio no reúne las condiciones necesarias para valer como tal, pero sí satisface las de otro negocio cuyos efectos se aproximan a los queridos, puede valer con este último alcance por la llamada "conversión". (Conf. Cifuentes Santos-Negocio Jurídico). Debemos recordar que las partes quieren el fin práctico y desconocen en realidad el medio jurídico, o conociéndolo han deliberadamente elegido el medio con el cual pueden incluso pretender perjudicar a terceros.

Así podemos hablar de la posibilidad de la conversión material por la cual el negocio se convierte en otro substancialmente distinto (contrato de colaboración-sociedad sujeto de derecho en nuestro ordenamiento). Si es permitida la regularización de una sociedad de hecho y la transformación de un tipo en otro, no vemos el inconveniente de admitir la conversión del negocio. Por otra parte, carecería de interés una solución distinta, habiendo admitido nuestro derecho a las sociedades de hecho. Quienes han transitoriamente colaborado en la ejecución de

una obra han realizado una "convivencia" que de ser "pacífica" justificaría la vinculación con carácter de permanencia en el tiempo.

Así se ha dicho que el negocio inválido o ineficaz puede pese a ello producir los efectos de un negocio de tipo diferente, del cual contenga los requisitos de sustancia y forma, cuando la intención práctica perseguida por las partes consienta esta distinta estimación jurídica y un criterio objetivo como el de la buena fe lo exija. (Con. Betti Emilio-Teoría general del negocio jurídico).

CONTRATO DE COLABORACIÓN Y TERCEROS

Atendiendo al art. 1199 del CC que expresamente reconoce que los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos sino en los casos de los arts. 1161 y 1162, la jurisprudencia ha dicho que "el principio de la relatividad de las convenciones sólo significa que como regla general, las partes no pueden imponer obligaciones a terceros, ni éstos adquieren derechos contra aquéllos; pero los contratantes pueden forzar a los terceros y viceversa, a reconocer la existencia del contrato y la situación creada por éste" CCiv D 14-9-62 LL 109 -11; CC Fed. 12-4-66 LL 125-540.-Respecto de la responsabilidad de los contratantes basté recordar la ley de sociedades, que establece la responsabilidad ilimitada y solidaria de las partes en la ACE y no presume la solidaridad en las UTE, (arts 373 y 381), regulando en el art. 379 la figura del representante en la UTE. Es imprescindible destacar lo cuidadoso que debemos ser, en este supuesto, en la redacción de los poderes al representante, y en el control de que el mismo no extralimite los mismos durante la ejecución de la obra, servicio o suministro. Considero más simple en el caso de una obra, la redacción de los instrumentos, en cambio me preocupa el caso del sector servicios.

Concretamente el INSSJYP ha llamado a licitación en Buenos Aires para la prestación de los servicios médicos, a través de una UTE entre prestadores, en lo que de no ser en forma específica y precisamente concretado el objeto y los poderes, podrían los prestadores verse involucrados en un negocio muy distinto del querido. Sobre todo teniendo en cuenta que los contratantes se ven obligados a reunirse, porque el INSSJYP no desea intermediarios (lo que es loable) pero a la vez coloca en un pie de igualdad a sujetos que en realidad deberán competir entre sí no sólo en cuanto a calidad, sino en cuanto a sus propios costos, los que muchas veces pueden atentar contra aquélla. Se utiliza a la UTE como medio para unificar representación de sujetos. ¿Y los efectos?

Recordemos ahora el 1198 y la jurisprudencia anterior a la reforma, contestes en el principio de que la celebración, interpretación y cumplimiento de los contratos, debe hacerse conforme a la buena fe. Asimismo es nuestro convenci-

miento de que el principio de tutela a los terceros debe basarse en la apariencia. Principio receptado por la LS al referirse a la sociedad accidental o en participación (art 363). Completamos así nuestras afirmaciones iniciales (Conclusiones).

LA REGULACIÓN LEGAL

Sin abdicar del convencimiento expresado de que el sistema vigente admite la existencia de los contratos de colaboración fuera de los dos normados por la ley de sociedades, somos conscientes de que un sector de la doctrina opina lo contrario. Sin embargo, deseo recordar las palabras del Dr. Fargosi en el mencionado Congreso de Mendoza de 1986: *"...que se han de lograr en la forma que (las partes) lo previeron, descartando en la medida de la máxima posibilidad, toda forma de reglamentarismo y de encuadramiento, que en definitiva, so capa de esa seguridad jurídica, lo que crean es una profunda zona de impredecibilidad..."*.

A pesar de lo expresado, subsidiariamente admitiríamos una regulación general específica de los contratos de colaboración. En la misma debería ante todo respetarse la libertad contractual, y la autonomía de las partes, con el solo y específico límite de la responsabilidad debida entre sí y con relación a terceros. Este sería el bien a tutelar en la posible regulación, teniendo no obstante siempre en cuenta la realidad negocial y económica a que estos contratos deben su existencia.

Este mismo principio nos lleva a considerar la posibilidad de que un contrato distinto de las ACE y las UTE previstas por la LS pueda inscribirse en el Registro Pco. de Co., fundando tal solución en el derecho que le asiste a quien contrata de poder dar publicidad si así lo considera a los actos que celebra. Ello daría mayor transparencia a las negociaciones interempresarias que hoy se suceden sin posibilidad de ser presentadas a organismo alguno, salvo los casos en que por el objeto intervengan organismos públicos.

En cuanto a dónde debería incluirse una legislación de los contratos de colaboración, Veron y Zunino propiciaron que: *"Es de esperar que cuando las agrupaciones de colaboración y las UTE integren como legislación de fomento, un sistema planificado de desarrollo nacional, abandonen la ley societaria para conformar un régimen orgánico, aparte, tal como ocurre en la mayoría de las legislaciones a nivel internacional"*.

Los doctores Segal y Elkin, en publicación de la RDCO, 1985, pág. 162, expresan que: *"Desde un ángulo estrictamente dogmático, y mientras no se pueda alegar vicios de carácter constitucional, resulta indiferente cual es el cuerpo legal donde se incluyen determinadas disposiciones jurídicas"*.

Por nuestra parte, con el Dr. Richard colaboramos con un proyecto de ley, que entró a la Cámara de Diputados el 25-9-91, presentado por el Dr. J. H. Gentile

(Trámite Parlamentario Nº 106, lunes 30-9-91) que proponía una modificación al libro segundo del Cgo. de Comercio, creándose el capítulo 2 "De los Contratos de Colaboración", a continuación de los "Contratos y obligaciones en general".

Desconozco a la fecha el estado de dicho proyecto.

Con lo anteriormente expresado, he intentado fundamentar el SUMARIO Y CONCLUSIONES que preceden estas breves consideraciones respecto de una problemática que por lo útil y vital a la vida negocial, y al desarrollo de las actividades empresariales en las especiales circunstancias del país y el mundo, considero merece nuestra especialísima atención.

Un recuerdo afectuoso al maestro don Héctor Cámara con quien hemos conversado sobre la posibilidad de la conversión del negocio, y la maravillosa capacidad creadora del hombre cuando se le reconoce, respeta e incentiva su libertad.

BIBLIOGRAFIA

- Bogiano, Antonio, "Contratos Internacionales", Ed. Depalma.
- Borda, G. A., "Tratado de derecho Civil-Contratos", Ed. Abeledo Perrot.
- Cámara, Héctor, "Derecho Societario", Ed. Depalma.
- Dobson Juan, "El abuso de la personalidad jurídica", Ed. Depalma.
- Farina, Juan M., "Los contratos innominados y el derecho comercial" RDCO 1978 pág. 1.
- Kaller de Orchansky, Berta, "La autonomía de la voluntad en los Contratos Internacionales," en libro "Derecho Civil y Comercial -Cuestiones Actuales" Ed. Advocatus, Cba. pág. 795.
- Le Pera, Sergio, "Joint venture y sociedad", Ed. Astrea.
- Mercado de Sala, "Agrupamientos no inscriptos" en libro "Anomalías Societarias", Ed. Advocatus Cba. pág. 269.
- Mercado de Sala, "Formas de organización de la Actividad Coordinada", en libro "Derecho Civil y Comercial Cuestiones Actuales", Ed. Advocatus pág. 493.
- Mercado de Sala, "Las Leyes de Joint Venture, una respuesta de Europa Oriental a los Nuevos Tiempos" en libro Homenaje al Bicentenario 1791-1991 de la Facultad de Derecho de la Univ. Nac. de Cba.
- Miquel Juan L., "Contratos de dominación?", Doc. Soc. y Concursal, Errepar, agosto 1991.
- Mosset Iturraspe, Jorge, "Manual de Derecho Civil-Contratos", Ed. Bibliográfica Argentina.

Otaegui, Julio, "Concentración Societaria", Ed. Abaco.

Pailluseau, Jean, "Los contratos de negocios", RDCO 1988, pág. 731.-

Pantaleon, Hernán, "Tradings, Consorcios y cooperativas de exportación", Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, julio 1991.

Richard, Efraín H., "Sociedad y Contratos Asociativos", Zavalía.

Richard, Efraín H., "Los contratos asociativos. En búsqueda de unificar terminología", Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, junio 1990.

Richard, Efraín, "Contratos asociativos o de colaboración, Clasificaciones", RDCO, 1990, pág. 597.

Richard, Efraín H., García Claudio, "Clasificación de los contratos", Ponencia a Jornadas Sanjuaninas, agosto 1991.

Romero Ullman, Roberto, "Cooperativas de Comercio Exterior" "Consorcios de Exportación" en Estructuras empresarias para el comercio empresarial.

Segal, Rubén y Natan Elkin, "Los instrumentos jurídicos de colaboración empresarial en el derecho argentino", RDCO, 1985, pág. 147.

Zaldívar, Manovil, Ragazzi, "Los contratos de Colaboración Empresarial", Ed. Abeledo Perrot, 1989.

Zuccherino, Daniel R., "Contratos de colaboración empresarial" Rev. La Información, T. LVIII pág. 15.

CONGRESOS DE DERECHO SOCIETARIO, LA CUMBRE 1977/1986.