

JOINT VENTURES ENTRE PYMES. LA ARMONIZACIÓN NECESARIA

NOEMÍ LUJÁN OLIVERA

PONENCIA

Si hay una tarea imprescindible en materia de armonización de la legislación comercial y societaria, ella consiste en el establecimiento de normas comunes para su aplicación a los negocios conocidos como *joint ventures*, justamente debido a las asimetrías existentes en la regulación de los contratos asociativos, en particular su carácter personificante o no, por cuanto de él se deriva la imputación de responsabilidad al "contrato" o a sus partícipes.

Ante la voluntad declarada por los empresarios PYME, de insertarse en el Mercosur mediante la realización de *joint ventures*, resulta imperioso lograr la armonización de los sistemas jurídicos en esa materia, receptando en cada uno de ellos, una forma contractual y una forma personificante, con regulaciones homogéneas, a fin de posibilitar la asunción del régimen de imputación de responsabilidad que mejor se adapte a cada circunstancia.

FUNDAMENTOS

1. *El problema*

Si las meras diferencias legislativas no requieren modificaciones en tanto ello no sea un obstáculo para la formación del Mercado Común,¹ el tema de la armonización de legislaciones puede ser abordado de dos maneras:

¹ CARBONNIER, Jean: *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Librairie General de Droit et Jurisprudence, 6^e edic., París, 1988, citado por AGUINIS, Ana María M. de: *Empresas e inversiones en el Mercosur*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1993, p. 13.

—como ejercicio técnico tendiente a evitar contradicciones que produzcan asimetrías jurídicas entre los derechos internos de los países en proceso de integración, al modo kelseniano, o

—analizando exhaustivamente el contexto en el que esa normativa resulta aplicable, a fin de evaluar las distintas alternativas, y tomar las mejores decisiones, para que la armonización tenga un carácter *funcional*² tendiente al logro de los objetivos del Mercado Común.

La primera alternativa no resulta adecuada por cuanto de nada serviría armonizar sólo desde el punto de vista técnico, con prescindencia de quiénes serán los que vean su obrar encuadrado en los términos de la legislación armonizada.

Más allá de la pretendida omnivalidez de la ley, es menester reconocer que no todos los sujetos resultan, en realidad, sometidos a la misma ley. Según sea la índole de la actividad desarrollada y su posición en la sociedad, los individuos resultan sometidos a un plexo normativo diferente.

“El adverbio *todos*, propio de los códigos clásicos, viene siendo reemplazado por el adverbio *algunos*, al deferir a los estatutos particulares la regulación correspondiente al hombre situado en un determinado rol”, al decir de Alterini.³

No obstante, en el articulado de creación del Mercosur y en la conformación de los Grupos de Trabajo no hay ninguna referencia a las modalidades, necesariamente diferenciadas, de inserción de las empresas locales según tamaño o nivel de presencia en el mercado.⁴

Teniendo la convicción de que el derecho, y en particular el derecho comercial, sólo puede ser valorado a la luz de su ejercicio en manos de los operadores, y que la dimensión económica del operador es requisito esencial del análisis, se sectorizó el universo empresarial en términos económicos, para a partir de allí estudiar los aspectos jurídicos.

Las alternativas que la realidad empresarial del Mercosur ofrece para esta tarea son:

- sector de la micro empresa;
- sector de la pequeña y mediana empresa;
- sector de la gran empresa nacional;
- sector de la gran empresa transnacional.

Si, como se ha planteado, la armonización es percibida como instrumento para el logro de los objetivos del Mercado Común, resulta menester analizar qué aspectos

² AGUINIS, Ana María M. de: op. cit., p. 14.

³ ALTERINI, Atilio A.: “La contratación en el Mercosur”, *LL*, 1992-E, pp. 735 y ss.

⁴ ROFMAN, Alejandro, *Estrategias alternativas frente al desafío del Mercosur*; CIC-COLELLA, Pablo - FERNÁNDEZ CASO, María Victoria - LAURELLI, Elsa y ROFMAN, Alejandro: *Modelos de Integración en América Latina. Desafíos y alternativas en la construcción de un nuevo territorio latinoamericano*, Centro Editor de América Latina, Bs. Aires, 1993, p. 73.

de la legislación a armonizar –en este caso comercial y societaria– pueden llegar a utilizar los diversos sectores de operadores que se han distinguido.

Las *grandes empresas nacionales y transnacionales* por su poderío económico tienen, por lo menos, dos ventajas por sobre los co-contratantes:

– La primera, la posibilidad de predisponer las cláusulas del contrato, opera frente a contrapartes más débiles.

– La segunda, la potencialidad de contar con equipos de asesores de diversas especialidades al momento de negociar el contrato, opera frente a cualquier contraparte.

Por estas razones, estas empresas *sólo necesitan de una ley que permita la libertad contractual*. Y este principio rige en los cuatro países del Mercosur.

La *micro empresa* por sus propias características difícilmente se pueda encontrar en posición de insertarse en el comercio internacional –dicho sea esto genéricamente, sin excluir la alternativa de incorporación a la producción, aunque tampoco es probable–. También es necesario, en este caso, tener presente que en Brasil a estas empresas les está vedada, entre otras actividades, la importación de productos extranjeros, el almacenamiento y depósito de productos de terceros,⁵ con lo cual tienen una limitación inicial para actuar en el mercado ampliado. Por estas razones, pensar la armonización de la legislación comercial desde la perspectiva de este sector empresarial conduciría a un ejercicio técnico sin virtualidad práctica.

El sector que resta es el de la *pequeña y mediana empresa*.

Las investigaciones revisadas demuestran la importancia de las PYMES en la economía de los países del Mercosur.^{6, 7 y 8}

Los estudios relativos a la trascendencia económica de las PYMES enfatizan la cuestión referida a la viabilidad de estas empresas frente a la tendencia globalizante de la economía en el marco del nuevo paradigma tecnológico.^{9, 10 y 11}

⁵ Brasil. Ley básica sobre microempresa. Ley Federal 7256 del 27 de noviembre de 1984.

⁶ CICCOLELLA, Pablo - FERNÁNDEZ CASO, María Victoria - LAURELLI, Elsa y ROFMAN, Alejandro: *Modelos de Integración en América Latina. Desafíos y alternativas en la construcción de un nuevo territorio latinoamericano*, Centro Editor de América Latina, Bs. Aires, 1993.

⁷ GATTO, FRANCISCO y FERRARO, CARLO: ob. cit.

⁸ FREDIANI, Ramón Osvaldo: *La pequeña y mediana industria en el Uruguay*, Bs. Aires, Centro Interdisciplinario de estudios sobre el desarrollo latinoamericano, CIED-LA, 1988.

⁹ KANTIS, Hugo y DEL GOBBIO, Alberto: "La competitividad de las PYMES metal-mecánicas de Rosario ante la conformación del Mercosur - primeros resultados", *Documento de Trabajo n° 9*, Programa PRIDRE. CFI-CEPAL, Bs. Aires, diciembre de 1991.

¹⁰ KANTIS, Hugo - MOORI KOENIG, Virginia y YOGUEL, Gabriel: *La competitividad de las PYMES productoras de bienes de capital ante la apertura del mercado interno y la integración regional*, Bs. Aires, 1992.

¹¹ MOORI KOENIG, Virginia y YOGUEL, Gabriel: "Competitividad de las PYMES autopartistas en el nuevo escenario de apertura e integración: la situación de las firmas me-

Los análisis de la organización interna sostienen que las características de los empresarios determinan el desarrollo de las PYMES.^{12, 13, 14, 15, 16 y 17}, tomado esto como característica estructural de las empresas y que los empresarios muestran una actitud propia de un mercado interno de baja competitividad.^{18, 19 y 20}

*El GMC sostiene la importancia de las PYMES en el desarrollo económico del Mercosur y en la consolidación y desarrollo social de la región,*²¹ y para ello promueve la participación activa y sólida de esas empresas y estimula la organización de grupos de empresas interesadas en realizar operaciones en otros países.

2. Los empresarios

2.1. Los empresarios PYME

Si bien se puede afirmar que los empresarios son sujetos que actúan en forma racional en pos de ciertos fines comunes como el logro del éxito de la empresa o la maximización de las ganancias, tales comportamientos son influenciados, a su vez, por el marco macroeconómico en el que inscriben su gestión, por el contexto sociopolítico y cultural y por las características personales vinculadas a su capacidad para asumir los

talmecánicas", Bs. Aires, Secretaría de Programación Económica, febrero de 1993, Serie: *Integración económica. Documento de Trabajo IE/03*.

¹² FERRARI, María M. Lamatinna de: "Diseño de estrategias y políticas para pequeñas y medianas empresas. Un enfoque de análisis organizacional", Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Cuyo. Serie Estudios, Sección Administración, n° 28, Mendoza, 1986. Seminario internacional: El papel de la micro, pequeña y mediana empresa en el proceso de globalización de la economía mundial. Celebrado en la ciudad de México, en marzo de 1993. "Las micro, pequeñas y medianas empresas ante las nuevas realidades económicas", en *Comercio Exterior*, vol. 43, n° 6, junio de 1993. ob. cit.

¹³ CIOLELLA, Pablo y otros: ob. cit.

¹⁴ QUINTAR, Aída: "La incidencia de las características de los empresarios en el desarrollo de las PYMES: el caso de la metalmeccánica en el Gran Buenos Aires". *Documento de Trabajo n° 23*, Programa PRIDRE, CFI-CEPAL, Bs. Aires, junio de 1991.

¹⁵ Seminario internacional, El papel de la micro, pequeña y mediana empresa en el proceso de globalización de la economía mundial. Celebrado en la ciudad de México, en marzo de 1993. "Las micro, pequeñas y medianas empresas ante las nuevas realidades económicas", en *Comercio Exterior*, vol. 43, n° 6, junio de 1993.

¹⁶ GATTO, Francisco y FERRARO, Carlo, ob. cit.

¹⁷ Instituto de Integración Latinoamericana, UNLP, "Los sectores dirigentes argentinos y la integración de América Latina". La Plata, 1986.

¹⁸ CIOLELLA, Pablo y otros: ob. cit.

¹⁹ QUINTAR, Aída: ob. cit.

²⁰ STAHRINGER, Ofelia Irene y colaboradores: "La Integración del cono sur americano en los 90. Factores condicionantes y actores involucrados". Ponencia presentada en el *III Encuentro Internacional de Derecho en América del Sur. El derecho y la integración hacia el siglo XXI*, Asunción del Paraguay, 2, 3 y 4 de junio de 1994.

²¹ Res. n° 90/93, ob. cit.

riesgos y para prever diversos escenarios posibles cuando se trata de delinear las estrategias económicas de la firma. Esa situación se refuerza en el caso de los empresarios de PYMES, donde existe una conducción más personalizada.

2.2. Caracterización de la conformación del empresariado nacional en los países del Mercosur

Aparece aquí una primera diferencia entre los sectores involucrados. La etapa de conformación del empresariado nacional en los cuatro países se desarrolló en tiempos y de formas diversas, y en el marco de políticas nacionales distintas, lo que condujo a que los sectores empresariales de cada uno tengan distintas características, que ahora condicionan su actitud frente al proceso de integración del Mercosur.

No obstante, hay una generalización posible: "Nuestros países —se ha dicho²²— han vivido económicamente para adentro, aferrados a la idea de sustitución de importaciones para equilibrar la balanza comercial". En esta región, "el mayor obstáculo al desarrollo económico acelerado es el conservadurismo de ciertas capas de la población que, en el aspecto productivo, se manifiesta en métodos arcaicos e inefaces, existiendo, a menudo, mayor interés en ganar influencia política y en hacerse rico jugando a la lotería que en iniciar actividades empresariales"²³.

3. Estructura jurídica de las empresas

Si en el marco de este trabajo se considera empresa a "una organización de capital y trabajo para la producción o tráfico de bienes o la prestación de servicios, organización en la que el empresario provee el capital, tiene la dirección y asume el riesgo económico de la explotación"²⁴, resulta necesario exponer las diversas alternativas que las legislaciones nacionales de los países del Mercosur ofrecen para adoptar como forma jurídica de la empresa, y que son utilizadas por los empresarios con cierta frecuencia.

Esa forma jurídica se refiere, tanto al sujeto titular de la empresa, como a la forma contractual, personificante o no, que se utilice para reunir las voluntades que organizan el emprendimiento.

²² ALTERINI, Atilio A.: ob. cit., p. 735.

²³ VAN OLST, Henry Rijken: "Desarrollo económico y cooperación en América Latina", recogido como apéndice en TINBERGEN, Jan: *Hacia una economía mundial*, trad. A.M. Cabré, Bs. Aires, 1984. Citado por ALTERINI, Atilio A. ob. cit.

²⁴ OTAEGUI, Julio C.: "Concentración societaria", Ábaco, Bs. Aires, 1984, p. 26.

3.1. Enunciación de las alternativas nacionales y binacional

El relevamiento y cotejo de las legislaciones ya ha sido efectuado, en lo que interesa, por Ana María M. de Aguinis,²⁵ por lo que se lo expone a continuación al solo fin de facilitar el desarrollo del tema.

Ley que rige en cada país

Argentina: ley 19.550.

Brasil: ley 6404 y dec. 3708.

Paraguay: Cód. Civil, ley 1034/83.

Uruguay: ley 16.060.

1) Sociedad por cuotas de responsabilidad limitada

Argentina: Sociedad comercial, con personalidad jurídica, formada por 2 a 50 personas (arts. 146 a 162).

Brasil: Sociedad civil o comercial, con personalidad jurídica, sin límite en el número de socios (dec. 3708/19).

Paraguay: Sociedad con personalidad jurídica, formada por 2 a 25 socios (arts. 1160 a 1179).

Uruguay: Sociedad comercial, con personalidad jurídica, formada por 2 a 50 socios (arts. 1° y 223 a 243).

2) Sociedad anónima o compañía (por acciones)

Argentina: Sociedad comercial, abierta o cerrada, con personalidad jurídica (arts. 163 a 307). 2 accionistas como mínimo (arts. 2° y 94, inc. 8°).

Brasil: Sociedad comercial, abierta o cerrada, con personalidad jurídica. Dos accionistas como mínimo (80-I y 88-2° a).

Paraguay: Sociedad comercial, con personalidad jurídica, abierta o cerrada (arts. 1048 a 1159). Dos accionistas como mínimo (arts. 1° y 1003, inc. a).

Uruguay: Sociedad comercial, con personalidad jurídica, abierta o cerrada (arts. 1°, 4° y 246, 244 a 473). El dec. 335/990 (art. 10) declara que el capital accionario puede pertenecer a una sola persona física o jurídica, lo que entra en contradicción con el art. 159, inc. 8° de la ley 16.060.

3) Empresa individual de responsabilidad limitada

Paraguay: ley 1.034/83, del comerciante (arts. 15 a 25). Responsabilidad limitada al patrimonio afectado a la empresa (art. 15).

4) Contratos asociativos

Argentina: Uniones transitorias de empresas (UTE) y agrupaciones de colaboración (ACE), sin personalidad jurídica (arts. 367 a 383).

Brasil: Consorcios, sin personalidad jurídica (arts. 278-279).

²⁵ AGUINIS, Ana M. M. de: ob. cit., pp. 21/22.

Paraguay: Contratos innominados (art. 670). Rige la libertad contractual, aplicándose las normas de contratos denominados análogos (art. 669). Contratos de riesgo compartido (*joint ventures*) para toda actividad lícita (ley 117/91, arts. 14 a 17).

Uruguay: Grupo de interés económico, con personalidad jurídica (arts. 489 a 500). Consorcio sin personalidad jurídica (arts. 501 a 509).

5) Grupos de sociedades

Argentina: De hecho, sin personalidad jurídica (art. 31 a 33, 54, 62 a 66).

Brasil: De hecho (art. 116 a 120 y 243 a 264). De derecho (art. 665 a 277). Se admite la subsidiaria integral de un solo accionista, controlada por una sociedad brasileña (art. 251).

Paraguay: No regulado. Sociedad controlada definida en el art. 1074.

Uruguay: De hecho, sin personalidad jurídica (arts. 47 a 52).

6) Empresa Binacional Argentino-Brasileña

Sociedad o contrato asociativo de capitales mayoritarios argentinos y brasileños de acuerdo al estatuto ley 23.935/91 (Argentina) y dec. legislativo 26/72 (Brasil). Rige desde junio de 1992, fecha en que los países miembros intercambiaron instrumentos de ratificación parlamentaria.

3.2. Valoración de las formas a la luz de la responsabilidad de los socios

La primera observación que se puede formular ante este cuadro es que en él no están incluidos los tipos que imponen responsabilidad ilimitada y solidaria a todos sus socios o a algunos de ellos.

La respuesta que surge, casi espontáneamente, es que:

— cuando una sociedad se incorpora a la búsqueda de la inserción en el mercado internacional, intencionalmente, sus socios eludirán la posibilidad de asumir una responsabilidad patrimonial tan amplia, sea constituyendo una sociedad que suponga responsabilidad limitada al capital aportado, o transformando la sociedad existente en un tipo de esas características;

— el posible co-contratante, en tanto, seguramente preferirá una contraparte que ofrezca una estructura jurídica tal, que establezca precisas reglas en materia de responsabilidad por la toma de decisiones y responsabilidad contractual.

No debe perderse de vista, al analizar este aspecto, la sostenida tendencia a limitar cada vez más el riesgo —en materia de responsabilidad— que se asume a raíz de un emprendimiento.²⁶

De lo expuesto, resulta que no hay diferencias sustanciales en las formas societarias que conducen a la explotación de empresas autónomas, planteándose, por el contrario, distinciones notables cuando de explotaciones conjuntas, que adoptan la forma de contratos asociativos, se trata.

²⁶ Argentina, ley 19.550 y 22.903, art. 274.

La diferencia más marcada es el carácter personificante o no del contrato asociativo que da origen al agrupamiento. Ésta no es una cuestión menor, ya que, según sea el contrato de colaboración —personificante o no—, será distinto el régimen de imputabilidad de la responsabilidad resultante del contrato celebrado con terceros, o del daño causado.

Si el contrato asociativo es personificante, se le imputa directamente la responsabilidad, sea contractual o aquiliana, al sujeto de derecho nacido de él.

Si el contrato asociativo es no personificante, la imputación se hará a cada uno de los participantes, los que responderán en forma solidaria o mancomunada, según lo determine en cada caso la ley aplicable o el contrato.

3.3. Contratos asociativos

Va de suyo que el empresario PYME que comienza a planificar su inserción en el mercado ampliado que ofrece el Mercosur, lo hace en las condiciones y con las limitaciones que se expusieron al caracterizarlo. Por esas razones, el régimen vigente para los contratos asociativos no es totalmente compatible con las actitudes y expectativas de estos empresarios, más allá de las intenciones —de beneficiar a las empresas— sentidas y expresadas por los legisladores.

El fenómeno no parece estar limitado a nuestros países, sino ser consustancial al sistema, si se atiende a lo expresado por Champaud²⁷ al analizar la “agrupación de interés económico” o G.I.E. francesa, contrato plurilateral, cuya inscripción le otorga personalidad jurídica,

Zaldívar,²⁸ por su parte, lamenta la lenta recepción que han tenido las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas y agrega:

“Sin embargo corresponde hacer una aclaración. El hecho de que *en la realidad cotidiana de los negocios estas modalidades contractuales no tengan una aceptación masiva* —comparativamente su número es significativamente inferior al de las formas societarias más conocidas— no empece a que la doctrina, podríamos decir mayoritariamente, haya reconocido las bondades de estas formas modernas de contratación y recogido favorablemente el régimen legal previsto en la ley 22903”.

Más tarde, añade: “También el apego que aún se advierte en ciertos sectores, a nuestro parecer sin fundamento, hacia el empleo de las tradicionales estructuras societarias para operaciones perfectamente canalizables a través de estos contratos de colaboración y el requerimiento por parte de entidades financieras o de crédito de exigencias mayores a las que establece la ley, desvirtuándose la naturaleza de estos acuerdos”.

²⁷ CHAMPAUD, Claude: “Los métodos de agrupación de sociedades”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 1969, Depalma, Bs. Aires, p. 149.

²⁸ ZALDIVAR, Enrique —MANÓVIL, Rafael M. y RAGAZZI, Guillermo E.: ob. cit., p. 49.

¿Qué es esto, sino el reconocimiento explícito de la validez de lo afirmado en los primeros párrafos de este trabajo! La tarea legisferante no puede ser un ejercicio técnico desarrollado por los mejores especialistas. El legislador debe primero "ver" y "oír" a la sociedad para la cual proyecta, si no su labor, por perfecta que sea, estará condenada a la ineficacia.

En la Provincia de Buenos Aires, al 24 de abril de 1995, había 102 Contratos de Colaboración Empresaria inscriptos, de los cuales sólo 7 corresponden a Agrupaciones de Colaboración, los restantes 95 son UTE, en su mayoría constituidas para presentarse en licitaciones públicas. En ningún caso alguno de los contratantes es empresa o sociedad con domicilio en otro Estado parte del Mercosur. ¿Qué debemos concluir de este dato? Evidentemente, los empresarios se inclinan hacia vinculaciones contractuales menos perdurables, en las que claramente "puedan ver" el límite de su participación.

No parece haber sustanciales diferencias con Uruguay, a la luz del panorama descripto al caracterizar al empresariado y de las opiniones vertidas por destacados juristas orientales,²⁹ salvo por el carácter personificante del contrato constitutivo del G.I.E.

4. El empresario ante el Mercosur

4.1. Actitud del empresariado

No puede escapar al menos avisado que las *características del operador*, en tanto sujeto y en tanto actividad, condicionan, y, aún, determinan, su actitud frente a las alternativas de inserción —o no— en el Mercosur.

En principio, según ha expresado Guerra Borges,³⁰ la actitud más generalizada de los empresarios al iniciarse los procesos es tener reservas, aun cuando la idea sea de su agrado. *El inicio de un proceso de integración, para un empresario, es oportunidad y riesgo.*

Esta tendencia debe ser tenida muy en consideración debido al carácter de principal agente no estatal de los procesos integrativos que invisten los empresarios en su condición de agentes económicos.³¹

²⁹ Expresado por José E. FERRO ASTRAY, Eugenio Xavier de MELLO y Daniel HARGAIN, entre otros, durante el debate de las ponencias referidas a este tema, presentadas en el "IV Encuentro Internacional de Derecho de América del Sur", Montevideo, mayo de 1995.

³⁰ GUERRA BORGES, Alfredo: "La integración de América Latina y el Caribe", Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, México, 1991, p. 118, citado por GÓNGORA, Mayra y BENÍTEZ, Jorge. "El empresariado en la integración latinoamericana", en *Cuadernos de Nuestra América*, Centro de Estudios sobre América, Cuba, enero-junio de 1994.

³¹ GÓNGORA, M.: ob. cit., p. 6 y WILHELMY, Manfred: "El Grupo Andino: lecciones de una experiencia", en *La cooperación regional en América Latina*, Heraldo Muñoz Valenzuela y Francisco Orrego (compiladores), Colegio de México, México, 1987, p. 265, citado por GÓNGORA, M.: ob. cit. p. 15.

¿Qué clase de agente económico son los empresarios PYME del Mercosur? En principio, teniendo en cuenta la estrategia de desarrollo seguida en los países de la región, el empresariado tiene un marcado perfil mercado-internista, que le hará visualizar antes el "riesgo" que la "oportunidad".

4.2. La toma de decisiones

Frente al Mercosur —que para el empresario constituye en *estado motivante de ambigüedad*³²—, el empresario deberá decidir entre:

- permanecer en el mercado interno o incorporarse al mercado ampliado;
- si opta por incorporarse, debe optar entre hacerlo:

I. Aisladamente

- 1) estableciendo su empresa, también, en otro de los países miembros, o
- 2) en actividades de importación / exportación, independientes entre sí y que se agotan en sí mismas, según el modelo clásico o
- 3) estableciendo relaciones contractuales con cierto grado de permanencia con empresarios de otro país o

II. Asociado

- 1) con otros empresarios de su mismo país o
- 2) con empresarios de otro Estado miembro del Mercosur, para realizar alguna de las actividades enunciadas en I. en cuyo caso deberá decidir si la asociación será:
 - a) incidental o permanente, o
 - b) contractual o societaria.

Como se ve, el catálogo enunciado —meramente demostrativo— de las decisiones necesarias, es muy amplio, pero, pese a lo que se pudiera creer, los diversos relevamientos efectuados muestran una tendencia consistente.

Las decisiones serán en cada caso atribución de la conducción de la empresa, lo que nos lleva, nuevamente a analizar las características del empresario.

Algunos economistas remarcan que en aquellas empresas que son manejadas por sus dueños (tal el caso de la mayoría de la Pymes) la dinámica de crecimiento está determinada en menor medida por los factores externos que por los internos (las actitudes y la capacitación de los empresarios). Esos enfoques no pretenden plantear que las influencias externas no tienen consecuencias sobre el desarrollo de la empresa, sino que intentan poner de manifiesto que, en el balance entre ambos factores, son las características personales de los empresarios las que finalmente motorizan y ejercen un papel determinante.³³

³² WHITE, D. J.: *Teoría de la decisión*, versión española de José Luis García Molina, Alianza Editorial, España, 1979, p. 13.

5. De empresas, empresarios, estrategias y contratos

Si se considera que esa identificación existe, de las características de la empresa y del empresario, se podrá inferir la naturaleza de las decisiones que se adopten en materia contractual.

Esto es así porque para la empresa, el contrato no es sólo un documento que se firma.

La preparación y la negociación del contrato son verdaderos reveladores de problemas, objetivos, compromisos y soluciones posibles; son medios incomparables para clarificar y percibir con mucha mayor amplitud e inteligencia la relación económica y financiera.

Para la empresa, el contrato es la formalización, en el plano jurídico, de una relación económica y financiera, esporádica o permanente. En otros términos, es la organización jurídica de esa relación.

El contrato es así un medio de previsión. Es, a la vez, previsión de la manera en que se desarrollará la relación económica y financiera y la del comportamiento y decisiones del co-contratante.³⁴

5.1. Los empresarios

Esto nos lleva, a revisar la clasificación de los empresarios PYME, por cuanto, según sea su carácter, el empresario tomará distintas decisiones en materia contractual.

El "artesano", cuya forma más habitual de insertarse en el mercado es la subcontratación. Este tipo de vinculación, que le ofrece seguridad, ya que le garantiza la compra de su producción de antemano, condiciona el futuro ciclo de sus negocios a la suerte que tenga en el mercado el producto de la gran empresa, lo que lo convierte en la variable de ajuste de la gran empresa.

El "empresario clásico", concentrado en la función de producción, dependerá, más o menos, de los intermediarios para vender sus productos. Veremos, entonces, junto a él a mayoristas, corredores, comisionistas, concesionarios, agentes de comercio.

Estos empresarios son, en general, "buenos fabricantes", que carecen sin embargo de una visión más "empresarial" de los negocios.³⁵

³³ QUINTAR, Aída: ob. cit., p. 7.

³⁴ PAILLUSSEAU, Jean: "Los contratos de negocios", traducción de la conferencia del autor publicada en *La Semaine Juridique* del 18-2-87, realizada por el Dr. Juan Luis Miguel, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 21, n° 121 a 126, Depalma, Bs. Aires, 1988.

³⁵ KANTIS, Hugo - MOORI-KOENIG, Virginia y YOGUEL, Gabriel: *Las empresas...*, ob. cit., p. 37.

El corretaje, la comisión y la consignación son modos de colocar los productos o servicios en el mercado por medio de terceros, que deben referirse a negocios individualmente determinados, constituyéndose, por lo tanto, en formas contractuales aptas para este tipo de empresario no familiarizado con la diversidad de aspectos que hacen a una nueva performance de la empresa.

En el Mercosur, la mayoría de los empresarios PYME pertenece a esta categoría, lo que conduce a las consecuencias que se exponen más adelante.

El "sujeto con identidad empresarial", por su parte, organizará la empresa a tono con las tendencias actuales, cuales son: la creación e innovación en todos los ámbitos; la complejidad creciente de las estructuras y de las operaciones; la inestabilidad de las relaciones y la precariedad de las situaciones; la intelectualización muy fuerte del *management* de la empresa y de sus operaciones y, por fin, la búsqueda de la flexibilidad necesaria para las adaptaciones.

Éstos son los empresarios que, deseando una expansión rápida y buscando controlar la distribución de sus productos, han provocado la aparición de contratos tales como *franchising*, gestión de actividad o contratos de stand.

Son éstos, también, los empresarios que celebran contratos de tendientes a la cooperación permanente o esporádica entre empresas industriales o comerciales.

El problema es ¿cuántos de estos empresarios hay en el Mercosur?

La respuesta parece ser "no muchos, lamentablemente".

Por lo menos para Argentina, numerosos estudios sobre el empresariado industrial, han señalado como factor limitativo del desarrollo industrial nacional la carencia de un espíritu empresarial *schumpeteriano*, innovador y dispuesto al riesgo.

Pareciera, en principio, que el caso de Brasil es distinto. Tendemos a creer que el comportamiento del empresariado de ese país está más de acuerdo con el del "sujeto con identidad empresarial", no obstante, una investigación del SEBRAE sobre 1000 PYMES de Brasil detectó, recientemente, que:

- Aproximadamente el 50% de las empresas no utiliza control de gestión, planificación de producción, control de stock, etcétera.
- El 85% no utiliza técnicas de *marketing*.
- El 90% no utiliza instrumentos informáticos.
- Aproximadamente el 60% no utiliza control de calidad.
- Aproximadamente el 65% no utiliza control de producción.³⁶

¿Dónde está la diferencia con el empresariado argentino, entonces?

Los encuestados por el SEBRAE son empresarios industriales, que no tienen un perfil muy distinto del empresariado argentino.

³⁶ PEREDA, FRANCISCO y PEREDA, MARIANA. "Las Pymes del Mercosur y su interconexión", en *XM Comercio Exterior. International Magazine*, año 2, n° 11, septiembre 1994, Bs. Aires

Los empresarios brasileños que son “sujetos con identidad empresarial” se encuentran en el sector terciario. Son los comerciantes. No hay que olvidar, que la figura de la *trading* ha tenido su mayor desarrollo, en América Latina, en el caso de Brasil, que cuenta con legislación específica para regular y fomentar este tipo de actividad comercial desde 1972.³⁷

5.2. Las estrategias empresariales

Analizando exclusivamente las estrategias para fortalecer su competitividad, de cada una de las empresas que pertenecen a los grupos con contactos en el Mercosur, expuestos en el diagnóstico de Kantis, Moori-Koenig y Yoguel³⁸—los que, coincidentemente corresponden a empresas más grandes que las que pertenecen a grupos de menor competitividad y sin contactos en el Mercosur— en relación con la caracterización del contrato involucrado en la negociación resulta que de las estrategias contractuales³⁹ diseñadas por las empresas para fortalecer su competitividad frente a la apertura y el Mercosur, corresponde a: aparece como la más adecuada, por comprender un espectro notablemente amplio de las alternativas contractuales que se presentan a la empresa.

- contratos de cambio: 9
- contratos de colaboración: 7 (concretados 5)
- contratos de colaboración sin finalidad común: 3
- contratos de colaboración con finalidad común: 4
- sin organización: 0
- con organización: 4
- no personificantes: 2 concretados y posiblemente 2 más
- personificantes: posiblemente 2

La consecuencia de esto, en materia contractual, es que los negocios se circunscriben a los que se realizan mediante contratos de cambio, pocas veces de colabora-

³⁷ COLAJACOVO, Juan Luis: *Canales...*, ob. cit., p. 128.

³⁸ KANTIS, Hugo - MOORI-KOENIG, Virginia y YOGUEL, Gabriel: ob. cit., p. 18 y ss.

³⁹ Para la clasificación de los contratos, se siguió el criterio indicado por Carrió (CARRIÓ, Genaro R.: *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1965, p. 72, citado por FONTANARROSA, Rodolfo: *Derecho Comercial Argentino*, Bs. Aires, 1969, t. II, p. 131), para quien “las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles, sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias deseables”. De este modo, se adoptó la clasificación propuesta por Efraín Hugo Richard (RICHARD, Efraín Hugo: *op. cit.*, p. 197 y ss. y “Negocios de participación, asociaciones y sociedades. La sociedad anónima simplificada”, en *Reformas al Código Civil*, Alterini, Atilio Aníbal y López Cabana, Roberto M. directores, t. 9, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, noviembre de 1993, p. 53 y ss.)

ción sin finalidad común, y casi nunca de colaboración empresarial con organización, aunque se discursa –casi diría “se fantasea”– sobre su celebración.

Los resultados del análisis efectuado sobre las estrategias empresariales detectadas por Kantis, Moori-Koenig y Yoguel, han sido confrontados con los datos obtenidos mediante la encuesta realizada en el proyecto de investigación denominado “Mercosur: Estrategias y alternativas de integración”.⁴⁰

Esos resultados muestran que, consultados empresarios PYME argentinos y brasileños por las modalidades contractuales usadas con más frecuencia en el Mercosur, contestan mayoritariamente compraventa, distribución y *joint venture*.

Consultados sobre los que ellos utilizan en su contratación en el Mercosur, los empresarios argentinos contestan: compraventa (54,5%), *joint venture* (27,2%) y distribución (18,2%). En tanto, el único empresario brasileño encuestado que contrata en el Mercosur, lo hace mediante *joint venture*.

Limitando, en consecuencia, el análisis a los empresarios argentinos, resulta que las respuestas sobre hechos no confirman las de opinión. De este modo se valida lo expresado sobre que “se discursa” sobre la celebración de contratos propios del empresario innovador, pero que, al momento de contratar, se eligen contratos que no exigen evaluación de otro riesgo que el de que cada parte pueda cumplir con su prestación en el momento pactado.

Otro hecho notable que resulta de la comparación de estos dos relevamientos, es que los resultados se corresponden casi exactamente:

- La mayoría de los contratos celebrados son contratos de cambio (compraventa);
- En segundo lugar aparecen los contratos de colaboración con finalidad común, con organización (*joint venture*);
- En tercer término aparecen los contratos de colaboración sin finalidad común (distribución).

Otra evidencia que resulta del análisis de las estrategias empresariales relevadas por Kantis⁴¹ es que, entre quienes tienen estrategias asociativas (contratos de colaboración, con finalidad común, con organización)–4–, la mayoría –3– se orienta a buscar el *partner* fuera del país.

La causa de esta actitud se ubica en la resistencia “natural” a compartir ideas, proyectos y negocios con quienes son sus competidores en el mercado interno. Pedro Reyna –presidente de la Unión Industrial de Capital Federal– explica el fenómeno con sencillez: “Como tradicionalmente las empresas ocultaban con celo cualquier dato para impedir que fuera conocido por sus rivales locales, dentro de una economía cerrada, las cámaras sectoriales evitaban inmiscuirse en las cuestiones comerciales”.⁴²

⁴⁰ UNLP, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Instituto de Integración Latinoamericana. 1995.

⁴¹ KANTIS, Hugo - MOORI-KOENIG, Virginia y YOGUEL, Gabriel: ob. cit., p. 18 y ss.

⁴² “Hay cámaras pero no hay acción”, en *Página 12*, del 28 de mayo de 1995, p. 14.

La superación de esta tendencia sólo se logrará cuando el empresario argentino actual transforme su perfil, convirtiéndose en el "sujeto con identidad empresarial" caracterizado más arriba.

6. Armonización legislativa en materia contractual

Del art. 1º del Tratado de Asunción resulta el compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes.

6.1. Diagnóstico de la situación y propuestas formuladas desde el Mercosur

El documento sobre "Cooperación Interempresarial" presentado por Uruguay en la VIII reunión de la Comisión de Políticas para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, celebrada en Asunción en los días 14 y 15 de junio de 1994,⁴³ partiendo de un diagnóstico de escaso desarrollo de la cooperación entre empresas en el Mercosur —tanto dentro como entre los países—, atribuye a los empresarios identificar como causa de este fenómeno los siguientes factores:

- capacitación empresarial desnivelada e insuficiente;
- desconocimiento de las posibilidades de cooperación;
- marco legal inadecuado o muy complejo.

Para superar estas limitaciones, ese documento propone:

- capacitación del empresario en técnicas de gestión y dirección de empresas (que lo habilite a definir el perfil del socio y la modalidad del acuerdo);
- producción y difusión de información respecto de las posibilidades de cooperación en sus diferentes modalidades;
- revisión y armonización entre los países del marco legal.

Sin embargo, en el marco de esa misma reunión, se efectuó la Reunión conjunta de las Comisiones de Diagnósticos de Competitividad/Promoción y Reconversión Industrial, que elaboró la Propuesta de Documento Final sobre Reestructuración Industrial.⁴⁴

En ella se describe el doble aspecto de la reestructuración industrial:

- la reestructuración defensiva —para empresas o sectores en dificultades—, y
- la reestructuración activa —para mejorar una posición sin dificultades—.

Se analiza, luego, la evolución de la política industrial en la hoy Unión Europea y, se referencia que, a partir del Tratado de Maastricht, se introduce una nueva visión

⁴³ Mercosur/SGT n° 7: Comisión de Políticas para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas/Acta n° 3/94, Anexo V: "Aporte a la cooperación interempresarial". Propuesta de Dinapyme, Uruguay.

⁴⁴ "Propuesta de Documento Final para elevar al GMC sobre Reestructuración Industrial", considerada en la Reunión Conjunta de las Comisiones de Diagnósticos de Competitividad/Promoción y Reconversión Industrial celebrada en los días 13 y 15 de junio de 1994.

que se orienta hacia "la regionalización, el apoyo a las PYMES, la promoción de relaciones entre empresas...", frente "a las necesidades de reestructuración de las empresas para el mercado ampliado".

Como inferencia realizada a partir de la valoración de la situación europea, se aconseja:

1) Nuevo cronograma tendiente a la eliminación de Restricciones No Arancelarias.

2) Marco Jurídico adecuado, fundamentalmente, a la solución de controversias como a la fusión, nuevas formas societarias, Estatuto de Empresas Regionales, armonización de reglamentos de defensa de la competencia y del consumidor.

3) Armonización del Mercado de Capitales, Bolsa de Valores, libre movimiento de capitales.⁴⁵

La lectura de estos documentos muestra la existencia de una doble visión de las políticas jurídicas necesarias para afrontar la problemática del sector PYME.

En tanto unos*, partiendo del empresario, advierten la inadecuación y complejidad del marco legal frente a las características del empresario PYME de la región y proponen su revisión y armonización, otros**, mirando las decisiones europeas, formuladas de cara a su realidad, proponen soluciones que sólo se adecuan a las posibilidades del sector que está en condiciones de efectuar una reestructuración activa.

En la Unión Europea se visualiza como una "desgracia", la ausencia de un estatuto jurídico de sociedad anónima, de asociación, de cooperativa o mutua europeas, laguna del marco jurídico a la cual se le atribuye restringir en gran medida las posibilidades efectivas de cooperación transfronteriza entre empresas europeas, "en particular las PYME".⁴⁶

6.2. La opinión de los actores sociales directamente vinculados

Resulta adecuado iniciar el análisis de este tema con la valoración de la opinión de los actores sociales intervinientes en el proceso. Ella se realiza a través de los resultados, referidos a la cuestión, obtenidos en la encuesta realizada en el proyecto citado.

⁴⁵ Ídem, "2.1. Adecuación de la experiencia europea al Mercosur".

* La Propuesta de Dinapyme (Uruguay) que obra como Anexo V: "Aporte a la cooperación interempresarial". Mercosur/SGT n° 7: Comisión de Políticas para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas/Acta n° 3/94.

** "Propuesta de Documento Final para elevar al GMC sobre Reestructuración Industrial", considerada en la Reunión Conjunta de las Comisiones de Diagnósticos de Competitividad/Promoción y Reconversión Industrial.

⁴⁶ FERRER, Carlos: (Presidente del Comité Económico y Social de la Unión Europea), "El funcionamiento del mercado interior: uno de los mayores retos", *En La Europa sin fronteras*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, febrero de 1995.

Analizada la predisposición a realizar la armonización de la legislación comercial y societaria, en un marco, en Argentina, de predisposición "alta" (91,3%), los funcionarios muestran el más bajo nivel "alto" (76,9%) de, pero resulta aún más significativo el alto índice de predisposición "nula" (23,1%). Estos datos, en virtud del tema, deben ser necesariamente comparados con las respuestas de los empresarios. Ellos exhiben una absoluta predisposición "alta" (100%).

Distinta es la actitud en Brasil. Allí, en un contexto de predisposición "alta" menor que el argentino (81,8%), los empresarios muestran una predisposición "alta" (77,8%) y "media" (11,1%) más baja que los funcionarios (80% y 20% respectivamente), y un llamativo índice de predisposición "nula" (11,1%).

El caso de los funcionarios argentinos debe ser interpretado contextualizándolo en el marco general de sus respuestas, que los exhiben como exponentes paradigmáticos del modelo adoptado.

En virtud de lo expresado, el resultado destacable es que en conjunto, entre los encuestados hay una significativa predisposición a efectuar la armonización de la legislación comercial y societaria.

Hay otro elemento más que debe ser tomado en cuenta. Consultados los encuestados que mostraron predisposición a crear órganos supranacionales en el Mercosur, en una amplísima mayoría—75% de empresarios y funcionarios de Argentina y 100% de empresarios de Brasil—se inclinaron por el establecimiento de órganos jurisdiccionales supranacionales.

De esto se infiere que los actores involucrados en la materia contractual, reclaman la existencia de un plexo normativo sustancial y procesal, no sólo común, sino también aplicado por los mismos órganos en toda la región.

La estructura del Mercosur hasta el momento no prevé la supranacionalidad. Corresponde, entonces, determinar qué clase de armonización debe plantearse como objetivo.

Si, como se ha expresado, "en materia de negocios internacionales la contratación es la expresión jurídica del comercio que tiene lugar con motivo del proceso de integración",⁴⁷ pareciera indicado comenzar por armonizar las normas sustanciales en materia contractual.

No ha sido ése, no obstante, el sentido de la primera decisión adoptada en materia de armonización de la legislación contractual.

6.3. La armonización realizada

En declarado cumplimiento del compromiso de armonizar las legislaciones, y "reafirmando la voluntad de los Estados partes de acordar soluciones jurídicas comunes para el fortalecimiento del proceso de integración", el 5 de agosto de 1994 se apro-

⁴⁷ Mercosur/CMC/DEC n° 1/94. Protocolo de Bs. Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (5/8/94). Fundamentos.

bó el "Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual".⁴⁸

Los considerandos de ese Protocolo exponen claramente la concepción sobre el proceso de integración que tienen los artífices de su estructura normativa.

La cuestión debe, en consecuencia, interpretarse a la luz de las necesidades de los distintos actores.

Al pensar en la armonización legislativa en materia contractual, no todos piensan en lo mismo:

- los que contratan piensan en la ejecución del contrato;
- los que quisieran contratar, piensan en la celebración del contrato.

Aquí aparece, entonces, el meollo de la cuestión:

- mientras la ejecución del contrato involucra normas de procedimiento;
- a la celebración del contrato se llega a través del cumplimiento de normas sustanciales.

De lo expuesto hasta ahora resulta que el sector PYME no tiene una participación sustancial en materia de negocios concretados en el Mercosur debido a que, por su conformación y características, requiere de "seguridades" que la diferencia legislativa entre los países no le ofrece.

No es en este sector, entonces, en el que se piensa al momento de destacar "la necesidad de brindar al sector privado de los Estados partes un marco de seguridad jurídica que garantice justas soluciones y la armonía internacional de las decisiones judiciales y arbitrales vinculadas a la contratación en el marco del Tratado de Asunción" y expresar el convencimiento "de la importancia de adoptar reglas comunes sobre jurisdicción en materia contractual, con el objeto de promover el desarrollo de las relaciones económicas entre el sector privado de los Estados partes".⁴⁹

Quienes esto expresan parten del presupuesto de la existencia de contratos celebrados.

Si se analiza el Protocolo en términos de su aplicación a contratos celebrados, resulta que, sin lugar a dudas, sus normas se ajustan estrictamente a los contratos de negocios, caracterizados por Paillusseau.⁵⁰

La cuestión es, entonces, dilucidar quiénes celebran estos contratos en el Mercosur. Lo hasta aquí expresado muestra que, los que contratan son, mayoritariamente, "sujetos con identidad empresarial" -sector escasamente integrado por empresarios PYME-. Es para ellos, entonces, que se realiza la armonización legislativa.

⁴⁸ Mercosur\CMC\DEC n° 1/94, ídem.

⁴⁹ Mercosur\CMC\DEC n° 1/94, ídem.

⁵⁰ PAILLUSSEAU, Jean: "Los contratos de negocios", traducción de la conferencia del autor publicada en *La Semaine Juridique* del 18-2-87, realizada por el Dr. Juan Luis Miguel, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 21, n° 121 a 126, Depalma, Bs. Aires, 1988.

6.4. La armonización pendiente

Es menester tener presente, al plantearse el problema de la armonización legislativa, en primer lugar, las limitaciones que –en un relevamiento efectuado por DINAPYME– los empresarios PYME uruguayos, advierten como trabas para las relaciones inter-empresarias. Ellas son: I) capacitación empresarial desnivelada e insuficiente; II) desconocimiento de las posibilidades de cooperación; y III) marco legal inadecuado o muy complejo.⁵¹

Son los empresarios, como se advierte, quienes alertan sobre la disfuncionalidad del sistema jurídico vigente en la región, para la consecución de los objetivos planteados.

Si los empresarios muestran una tendencia a celebrar contratos de cambio, como la compraventa, o contratos vinculados a los sistemas de distribución, sin comprometerse a vinculaciones más permanentes o integrales, hasta estar seguros de la adecuación del otro contratante a sus características o necesidades, lo adecuado, entonces, sería iniciar la armonización por aquellos contratos.

6.5. El caso del joint venture

En materia de *joint venture*, el “contrato asociativo” que aparece en las primeras posiciones –en materia de opinión sobre contratos celebrados– en la encuesta, es útil efectuar una revisión sobre su conceptualización.

Como bien señala Dobson⁵² “la designación de *joint venture* se ha convertido en tan vaga e imprecisa que finaliza por connotar cualquier relación entre empresas en las cuales cada una de ellas conserva su autonomía de decisión, esto es, en que hay ausencia de control”.

Astolfi⁵³ expresa que la locución *joint venture* aparece siempre como una fórmula apta para referirse a diversas formas no precisadas de cooperación industrial y dice: “En la práctica se usa para mencionar acuerdos de colaboración internacional prescindiendo de las modalidades y del significado jurídico”.

Cabe preguntarse la razón que lleva a los juristas a caracterizar como “impreciso” un instituto que evoca en los demás un concepto bien definido. Ella radica en el carácter económico del fenómeno *joint venture*, más cercano a cumplir los dictados de la etimología –*joint adventure*: aventura común– que los designios tipificantes de los abogados.

⁵¹ Mercosur/SGT n° 7: Comisión de políticas para las micro, pequeñas y medianas empresas/Acta n° 3/94, Anexo V.

⁵² DOBSON, Juan M.: *Abuso de la personalidad jurídica*, Depalma, Bs. Aires, 1985, p. 295 y ss.

⁵³ ASTOLFI, Andrea: “El contrato internacional de ‘joint venture’”, en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1981, Cuadernos n° 2, p. 642.

Si bien la definición propuesta por Zaldívar,⁵⁴ quien sostiene que el *joint venture* no es otra cosa que un contrato de agrupación que establece la coparticipación de dos o más sociedades en operaciones civiles o comerciales, con división de trabajo y responsabilidades, satisface los extremos necesarios para caracterizar desde lo jurídico este fenómeno económico, ella es difícilmente compatibilizable con la clasificación adoptada aquí para los contratos de colaboración.

Por ello resulta más adecuado a los fines de este trabajo adoptar la conceptualización de Astolfi,⁵⁵ quien caracteriza al *joint venture* como “un contrato en comunión de finalidad, en el cual la comunidad de intereses no se manifiesta en relación al medio que ha elegido para realizar el objetivo que satisfaga las motivaciones particulares de los contrayentes sino en el cumplimiento mismo, cuya realización satisface contractualmente los intereses particulares de los *coventurers*”.

De esto resulta que, en lo contractual, el *joint venture* es un contrato de colaboración, con finalidad común, con organización, que podrá ser personificante o no personificante.

En los regímenes jurídicos de los países del Mercosur, el *joint venture* puede asumir diversas formas típicas y también, aparecer bajo la forma de un contrato innominado —forma aceptada por todas las legislaciones, bajo el principio de libertad contractual—.

Limitando el análisis a las formas típicas —únicas cognoscibles antes de la celebración del contrato— resulta que, si se lo empieza desde el punto de vista del carácter personificante o no del contrato, aparecen sustanciales diferencias, aún dentro de los regímenes nacionales.

Por esta razón, discrepo en esta materia con la opinión de Aguinis, cuando expresa “no consideramos inminente y necesaria una figura asociativa comunitaria, debido a que no existen grandes vacíos o asimetrías en la regulación de los contratos asociativos”.⁵⁶

Si hay una tarea imprescindible en materia de armonización de la legislación comercial y societaria, ella consiste en el establecimiento de normas comunes para su aplicación a los negocios conocidos como *joint ventures*, justamente debido a las asimetrías existentes en la regulación de los contratos asociativos, en particular su carácter personificante o no, por cuanto de él se deriva la imputación de responsabilidad al “contrato” o a sus partícipes.

⁵⁴ ZALDÍVAR, Enrique - MANÓVIL, Rafael M. y RAGAZZI, Guillermo E.: *Contratos de Colaboración empresarial*, 2ª edic. actualizada, Abeledo-Perrot, Bs. Aires, 1993, p. 21.

⁵⁵ ASTOLFI, A.: ob. cit., p. 695.

⁵⁶ AGUNIS, Ana María M. de: ob. cit., p. 129.

CONCLUSIONES

De lo hasta aquí expuesto resulta que, al analizar las alternativas de inserción del sector PYME de los países del Mercosur, en el mercado ampliado, aparecen, claramente diferenciados, dos planos en los cuales se deben tomar decisiones.

– El primero, vinculado a la necesidad de políticas públicas orientadas al sector.

– El segundo, relacionado con las políticas jurídicas de derecho privado, que aparecen como necesarias, tanto frente a los términos del Tratado de Asunción, como a las Decisiones, Resoluciones y Documentos, referidos al sector, aprobados.

Hay aún, un tercer nivel de participaciones posibles, y necesarias, que es el de las organizaciones gremiales de los empresarios –cámaras–, las que tienen a su cargo la articulación de los dos planos aludidos.

En materia de políticas jurídicas, el inicio de la tarea de armonización de la legislación comercial y societaria desde la etapa de la ejecución del contrato⁵⁷ muestra que sólo se tienen en cuenta los intereses de quienes ya se han insertado concretamente en el modelo de integración, sin receptar los intereses de quienes, amparados por una legislación adecuada, podrían ser los motores del “desarrollo económico con justicia social” invocado en el Preambulo.

¿No sería más eficaz, para esos fines, plantearse la armonización de la legislación comercial desde la perspectiva de que sea ella instrumental a la incorporación, al proceso económico de integración, de amplios sectores de la sociedad, en lugar de armonizar primero los institutos menos contradictorios, de los cuales las grandes empresas –casi en exclusividad– se sirven, sin necesidad de armonización?

Lo hasta aquí expuesto demuestra que las estrategias que las PYMES pueden llegar a desplegar, a fin de instalarse en el marco productivo o comercial del Mercosur, están fuertemente condicionadas por la actitud de los empresarios.

Se ha acreditado, también, que las características de los empresarios no sólo influyen en la estructura jurídica y la organización interna de la empresa, sino también, y sustancialmente, en las decisiones que ellos adoptan en materia contractual. Ello, en virtud de que sus opciones se ven restringidas al catálogo de figuras contractuales que se adaptan a su actitud frente al riesgo y la negociación.

Es del caso preguntarse si frente a la realidad empresarial del Mercosur, en particular la realidad de las PYME, resulta más adecuado proponer –como se ha hecho– la creación de nuevas formas societarias o armonizar las que existen, facilitando el cumplimiento de sus requisitos esenciales, y fomentar la adopción, por parte de las empresas que tienen la estructura de sociedades de personas, de formas jurídicas más aptas para la actuación en un mercado no personalizado, y que, por ello, prefiere responsabilidades más objetivadas.

⁵⁷ Mercosur\CMC\DEC n° 1/94, Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.

Resulta imperioso tener presente aquí las enseñanzas de Messineo: ⁵⁸ “Las figuras jurídicas nacen no de la fantasía de los juristas o de la inventiva de los legisladores, sino de la necesidad práctica que plantea a los interesados el tráfico negocial”.

Ante a la voluntad declarada por los empresarios PYME, de insertarse en el Mercosur mediante la realización de *joint ventures*, y teniendo en cuenta que:

– no es lo mismo un *joint venture* entre grandes empresas nacionales de distintos Estados-partes, destinado a reglar la participación de cada una en el mercado ampliado, que un acuerdo entre dos PYMES que se ocuparán cada una de una parte del proceso de fabricación de un artefacto doméstico, debido a que las primeras tendrán a su disposición un numeroso grupo de abogados y asesores en las más diversas materias, y si el negocio no se corresponde con ninguna figura prevista, pues, no hay problema, se organiza un contrato complejo, o sistema contractual, donde todo se prevé, lo obligatorio, lo económico, lo fiscal, en tanto que, los empresarios-propietarios de las PYMES, por su parte, conducirán por sí la negociación y se inclinarán a celebrar contratos en los que la “colaboración empresaria” se manifiesta en forma “auxilio eficaz en la parte del proceso económico no susceptible de ser controlada por él mismo”; y

– las diferencias sustanciales de los regímenes establecidos en cada país para la forma de los negocios de esta índole,

resulta imperioso lograr la armonización de los sistemas jurídicos en esa materia, receptando en cada uno de ellos, una forma contractual y una forma personificante, con regulaciones homogéneas, a fin de posibilitar la asunción del régimen de imputación de responsabilidad que mejor se adapte a cada circunstancia.

De este modo, independientemente del lugar de celebración del contrato, estarán a disposición de los contratantes alternativas de organización equivalentes, hasta tanto se supere la cuestión, estableciendo un régimen único.

Con esto se podrán eludir, también, las limitaciones estructurales de las empresas y los empresarios PYME en materia de capacitación para la negociación, que entorpecen la celebración de “contratos de negocios”.

Se debe advertir, también que, si la colaboración empresarial profunda, el fenómeno conocido como *joint venture*, es planteada como hipótesis de la vinculación internacional, será necesario proveer, para las PYMES, de un régimen que, a la par de dar seguridad jurídica a los contratantes y a terceros, sea acompañado de un sistema de políticas públicas de fomento y asesoramiento, sin las cuales, todo esfuerzo legislativo sería meramente declarativo por los condicionamientos que, se ha expresado, soporta el empresariado PYME del Mercosur.

No debe perderse de vista, no obstante, que la “voluntad declarada” de hacer negocios mediante *joint ventures*, es éso, sólo declaración, ya que la validación empírica de esos dichos no se logra. Se debe, entonces, atender a los negocios que realmente se celebran.

⁵⁸ Citado por ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos Juan: ob. cit., Prólogo, p. X.

Otro elemento a tener en cuenta, al momento de analizar la cuestión referida a la participación de las PYMES en el Mercosur y la armonización de la legislación comercial, es la posibilidad de reconvertir a las cámaras empresariales poniéndolas a cumplir el rol de "motorizadores de emprendimientos coparticipativos". Es desde esos ámbitos, propios de los empresarios, desde donde se pueden formular propuestas de organización empresarial o de capacitación para los negocios, que no sean resistidas como producto de la inmiscusión de ajenos.

Esta alternativa puede ser abordada desde, al menos dos posiciones, que ya han sido expuestas por representantes de distintos sectores empresariales.

La primera alternativa, visualizada por algunos, es la de ocuparse "lo mejor que pueden, de cuestiones como el Mercosur, los aranceles o el dumping, todos vinculados a la apertura y a la integración".⁵⁹ En suma, continuar con la actividad gremial reivindicativa, modernizando los ejes temáticos de esa acción.

La segunda posición es más innovadora en cuanto a la filosofía subyacente. Consiste en trocar el perfil gremial por el empresarial y, ante el fenómeno de la terciarización de la economía, propone a las cámaras asumir el carácter de prestadoras de servicios. Tal es el caso de Asimra, que intenta constituirse en *trading* para comercializar los productos de sus asociados en el sudeste asiático.⁶⁰

Frente a esta realidad del empresariado PYME en el Mercosur, y teniendo en cuenta que, en Ouro Preto, los Presidentes remarcaron el papel central que desempeñan los agentes económicos privados y los diversos sectores de la sociedad civil en el desenvolvimiento del proceso de integración,⁶¹ si las PYMES han sido reconocidas, expresamente, como un elemento muy importante en el desarrollo económico y social del Mercosur,⁶² ¿por qué, más allá de las decisiones en materia económica, no se dan pasos ciertos tendientes a armonizar la legislación comercial que regula la actividad contractual que las PYMES realizan?

Otras legislaciones ya han advertido que la igualdad jurídica se garantiza mejor poniendo "a los iguales" en posición igualitaria frente a la ley.

No parece haber, en cambio, disposición en ese sentido en ninguno de los países, sin perjuicio de las diferencias de detalle. ¿A qué se debe esto?

La respuesta parece ser que no hay disposición a aceptar las nuevas tendencias en materia jurídica, si con ellas se aceptan figuras con matices tutelares, desvinculadas de la "libertad" y la "lógica" de los mercados.

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ KANDEL, Pablo: "Las pymes metalúrgicas se unen para exportar", en *Clarín*, 7 de abril de 1995, p. 24.

⁶¹ VII Reunión del Consejo del Mercado Común. Comunicado Conjunto de los Presidentes, Ouro Preto, Brasil, 17 de diciembre de 1994. Original en portugués, traducción no oficial, en *Integración Latinoamericana* n° 206, diciembre 1994, INTAL.

⁶² Mercosur/GMC resol. n° 90/93, Política de apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas del Mercosur.