

SOBRE LA CARACTERIZACIÓN CONTRACTUAL DE LA UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS

ALEJANDRO M. LINARES LUQUE

PONENCIA

- 1) El elemento "organización" tiene diversas funciones en los contratos de sociedad y de unión transitoria de empresas.
- 2) La distinta modalidad de utilización de las prestaciones distingue al contrato de unión transitoria del de sociedad.
- 3) El objeto del contrato de unión transitoria de empresas, y por ende el fin común que pretenden alcanzar quienes lo celebran, consiste en regular las actividades que cada uno de ellos deberá realizar para obtener el cumplimiento de las obligaciones que emergen de un contrato principal con un tercero, que los contratantes asumen en forma plural.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

Como resulta sabido, luego de la regulación por la ley 22.903 de los denominados contratos de unión transitoria de empresas, un prestigioso sector de nuestra doctrina criticó la caracterización que sus normas le atribuyeron, sosteniendo que a pesar de la expresa negación normativa en estos contratos se encuentran reunidos los elementos que configuran el contrato de sociedad y a los sujetos de derecho.

Así, mientras su pretendida naturaleza societaria fue defendida por la existencia de un fondo común, un resultado común (la participación en las utilidades y en las pérdidas) y una gestión común, la pertenencia al género de los sujetos de derecho se basó en la reunión de las notas de separación patrimonial atribuida al fondo común, y en la organización del modo de expresión de una voluntad propia del sujeto cuya existencia se predicaba.

Por otro lado, las consecuencias de esta postura fueron trasladadas a los supuestos de atipicidad e irregularidad de estos contratos, cuya problemática se originó como consecuencia de la legislación de estas figuras, pues del vínculo resultante también se predicó esencia societaria.

Como es notorio, esta posición doctrinaria parece poner en su base una negación del carácter vinculante que tiene la norma del art. 277 de la L.S., al sostenerse que resultaría contradictoria con la amplia caracterización de las sociedades comerciales que trae el art. 1° de la L.S.

Por cierto que la discusión excede el ámbito meramente académico, pues la adopción de una u otra postura proyecta una diversidad de tratamiento de múltiples aspectos eminentemente prácticos que derivan de la utilización de estas figuras. En particular, por conocerse una cierta tendencia a configurar los contratos de unión transitoria utilizando algunos mecanismos, y aún copiando el organicismo propio de los tipos societarios. A la perplejidad que trasuntan estos supuestos, puede sumarse el riesgo que puede generar la actividad de algunos órganos estatales, sea que deriven de la registración de bienes a nombre de "la" unión transitoria, o bien de la aplicación judicial indiscriminada de soluciones previstas para conflictos societarios para resolver litigios nacidos de la utilización de estos contratos. Ello sin olvidar las distorsionantes proyecciones que pueden extraerse de algunas normas tributarias que se refieren a estos contratos como contribuyentes.

En razón de las graves dificultades interpretativas señaladas, y dado que se trata de una materia que ha sido muy transitada por nuestra doctrina, el objeto de este trabajo se limita a sugerir algunos criterios que una vez desarrollados apuntan a confirmar la naturaleza no societaria del contrato de unión transitoria de empresas.

De modo preliminar, señalo que no abordaré los problemas suscitados en torno del agregado subjetivo que se postula respecto de este contrato, pues considero que una de las consecuencias de la teoría instrumental de la personalidad, adoptada con exquisita abreviación por el art. 2 de nuestra ley societaria, consiste en el impedimento al intérprete de utilizar el método sintético, cuyo resultado permitiría la posibilidad de sustituir la voluntad legislativa de no reconocer la personalidad diferenciada, con las consecuencias que de aquí cabría extraer. De tal manera concentraré la atención en la caracterización societaria que se pretende de la unión transitoria, sin perjuicio de advertir que, aunque no pueda efectuarse una trasposición de la simbiosis que existe en nuestro ordenamiento entre las nociones de sociedad y sujeto de derecho, algunos de sus matices adquiere relevancia para el tratamiento de nuestra cuestión.

2. La finalidad común de los contratantes

Como primer paso postulo una leve modificación de la perspectiva desde la que normalmente se estudian estas figuras, partiendo de la base de que tanto la unión transitoria de empresas como la sociedad pertenecen igualmente al género de los contratos de fin común.

O sea, en ambas especies se identifican los caracteres que individualizan a los contratos asociativos, de índole plurilateral, en razón de que consintiendo su estipulación por más de dos partes, éstas no se colocan en posiciones antagónicas sino que buscan la consecución de un objetivo común a todas ellas.

Ahora bien, esta identidad de caracteres parece no alcanzar al elemento "organización", pues mientras éste se encuentra presente en forma clásica en la definición de sociedad, al punto de estar incorporado en la caracterización que trae nuestra ley societaria, no puede ser identificado en el contrato de unión transitoria, o al menos exhibe una función totalmente diversa a la que ocupa en las sociedades.

Esto es así por cuanto en la disciplina societaria tiene la función de poner orden en las relaciones jurídicas entre los socios, y entre éstos y la sociedad; y desde su acepción "organicista" la de dotar al sujeto "sociedad" del modo de expresar su voluntad, de modo tal de permitir el cumplimiento del objeto social.

En cambio, la inexistencia de personalidad diferenciada en el contrato de unión transitoria, y la relación directa e inmediata que tienen las prestaciones de los contratantes con el cumplimiento del objeto contractual, limita la referencia del elemento organizativo a su función de ordenar las actividades que los contratantes se comprometen a realizar en forma coordinada.

3. La tipicidad de los contratos de fin común

Una vez despejada la cuestión de la organización de estos contratos, creo provechoso aludir brevemente a algunas de las notas con las que la doctrina suele identificar a los contratos de fin común, aún cuando se admitan las dificultades teóricas que encuentra la descripción acabada de sus elementos configurativos.

En primer lugar, debe removerse el postulado implícito del que parece partir la doctrina crítica, esto es, que la disciplina legislativa de los fenómenos asociativos se encuentra regida por el principio de tipicidad, en particular el de derecho societario, ya que en caso de que fuera acertado estaríamos obligados a aplicar sus normas a todas las especies de contratos de fin común.

Son particularmente expresivas de esta tendencia las palabras con que concluye el análisis de nuestra figura uno de los autores enrolados en la postura crítica: "Si la ciencia jurídica argentina consigue remover la idea de clausura de los tipos societarios habrá cumplido una de sus transformaciones más importantes de este siglo".¹

De aquí puede extraerse como reflexión que parece de más sencilla consecución dicha finalidad, sin necesidad de proponer modificaciones legislativas, con el reconocimiento de que la tipicidad de los contratos de fin común no se encuentra ordenada por norma alguna, sin que resulte extensible la que rige para los tipos societarios.

¹ LE PERA, Sergio: *Joint venture y sociedad*, Astrea, Bs. Aires, reimpresión, 1992, p. 196.

Esta advertencia, formulada por FRANCESCO GALGANO para el ordenamiento italiano, resulta plenamente aplicable a nuestro régimen jurídico, no solamente por el limitado alcance que tiene la norma prohibitiva del art. 17 de la L.S., sino además porque emerge del postulado de la permisón incorporado al art. 1197 del Código Civil, que ninguna distinción trae respecto de la categoría de vínculos convencionales de que se trate.

4. *La utilización de las prestaciones*

Como ha quedado dicho, tanto los contratos societarios como los de unión transitoria tienen la característica común de tratarse de vínculos asociativos. Como consecuencia de ello, las prestaciones que cada uno de los contratantes se compromete a satisfacer no se encuentran orientadas, en forma directa, a reportar en un beneficio o enriquecimiento de los restantes contratantes.

En la diferente modalidad de utilización intermedia de dichas prestaciones, posterior a su ejecución por los contratantes, y anterior a la consecución del resultado perseguido por éstos, se encuentra otro de los rasgos que permiten diferenciar a los contratos que estamos estudiando.

Porque si bien esta característica fue utilizada ya por ASCARELLI para distinguir a los contratos asociativos de los de intercambio, ella no se presenta de manera homogénea en nuestros contratos.

Para advertir el fenómeno en toda su magnitud, se debe comenzar rescatando del texto legal la distinción que aquí se formula respecto de los deberes que asumen los contratantes de la unión transitoria, ya que el art. 378, inc. 6º, se refiere por separado a "obligaciones asumidas", "contribuciones debidas al fondo común operativo", y "los modos de financiar o sufragar las actividades comunes".

La confrontación de estas diversas prestaciones con las restantes normas legales, permite advertir con toda precisión que únicamente revelan perfil caracterizante del contrato las indicadas "obligaciones", entendidas como aquellas prestaciones destinadas en forma directa al cumplimiento del objeto a cuya satisfacción se dirige la celebración del contrato.

Así se desprende de la definición del objeto contractual que trae el art. 377 (el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto); de la identificación de las actividades que debe realizar cada uno de los contratantes para el cumplimiento del objeto contractual (art. 378, inc. 1º); de que las sanciones por incumplimiento contractual estén referidas únicamente a las "obligaciones" (art. 378, inc. 11); de que el representante tenga como límite en su facultad de obligar a los contratantes, la asunción de las obligaciones "que hicieren al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro" (art. 379); de la ausencia de presunción de solidaridad por las "obligaciones" contraídas frente a terceros (art. 381); y por fin, de la subsistencia del vínculo en caso de fallecimiento o incapacidad de uno de los contratantes, si los restantes acordaren la forma de hacerse cargo de "las prestaciones frente al comitente" (art. 383).

La circunstancia de que el legislador haya configurado con tanto detenimiento los aspectos relativos al cumplimiento de las "obligaciones" de los contratantes, frente a la solitaria mención a las contribuciones al fondo común operativo que trae el sexto inciso del art. 378, parece apuntalar la menor importancia relativa que tiene ésta última prestación en la caracterización del contrato de unión transitoria, y por ende, de su escasa utilidad teórica para asimilar esta figura al contrato de sociedad.

En efecto, la concentración del enfoque en las aludidas contribuciones al fondo común operativo hace perder de vista que no es con el producido de este fondo común que se obtendrá el cumplimiento del contrato, sino que, por el contrario, éste se logra mediante el cumplimiento de las obligaciones asumidas en forma personal por los contratantes, para ser ejecutadas en forma coordinada.

Este importante aspecto puede ser explicado con mayor detenimiento. El matiz que adquiere relevancia al efecto es el del reconocido carácter de contrato de categoría que tienen en general los contratos de colaboración empresaria. Como consecuencia de ello, aún cuando pudiera existir alguna dificultad probatoria de la condición de empresario por la falta de precisión normativa, parece suficiente advertir que las partes que contraten deben ser titulares de una hacienda mercantil, de modo de encontrarse en condiciones de ejecutar la porción de obligaciones que asumirán frente a un tercero.

De aquí resulta la base de la distinción fundamental de esta figura con el contrato societario, no tan solo porque la condición de empresario no resulta necesaria para ser socio de una sociedad mercantil, sino principalmente por la circunstancia de que la celebración de un contrato de unión transitoria típico presupone necesariamente la celebración o la oferta para celebrar un contrato diverso con un tercero, que consistirá justamente en la ejecución de una obra, suministro o servicio concreto.

Y para la realización de esta obra, suministro o servicio concreto, los contratantes quedarán obligados en forma mancomunada frente al comitente, pero —y aquí radica el punto central de la distinción— asumiendo siempre en forma personal el cumplimiento de las obligaciones de que se trate.

Esta perspectiva permite, a mi juicio, encontrar el verdadero significado del objeto contractual de la unión transitoria, ya que éste no consiste en "el desarrollo o la ejecución de una obra, servicio o suministro concreto", ya que éste será el objeto del respectivo contrato de locación de obra o de servicios que celebren con el comitente todos los sujetos que convengan el contrato de unión transitoria.

Antes bien, y dado que los contratantes quedan obligados de modo plurisubjetivo, pero personal y directo frente a un tercero, en forma solidaria o simplemente mancomunada según lo que se pacte, el objeto de la unión transitoria, y por ende el fin común que pretenden alcanzar, consiste simplemente en regular las actividades que cada uno de ellos deberá realizar para obtener el cumplimiento del contrato, por así decirlo "principal", que asumieron en forma plural.

5. *Consecuencias de esta postura*

La atribución de papel preponderante a las obligaciones asumidas en el contrato principal, cuyo cumplimiento se coordina entre la totalidad de sujetos colocados en la misma posición deudora frente al comitente, permite la extracción de varios corolarios interesantes.

De entre ellos, el que más me interesa remarcar es el relativo a la utilización de las prestaciones con que comenzaba este párrafo. Ya que éstas, sin estar dirigidas en forma directa en provecho de los restantes sujetos unidos por el vínculo transitorio —confirmándose así la naturaleza asociativa de este contrato— se agotan en la recepción efectuada por el comitente, sin que exista utilización intermedia ni consecuente derecho a remuneración de parte de los restantes contratantes de la unión transitoria.

Esto explica además, a mi entender, que la ley no haya otorgado título jurídico para exigir el cumplimiento de las obligaciones entre los sujetos unidos por éste vínculo —el que sólo resulta conferido al comitente acreedor de las obligaciones asumidas en común— limitándose a la previsión de las consecuencias sancionatorias hacia el contratante incumplidor (conf. art. 378, inc. 11).

De este modo la finalidad común perseguida se reconduce en la satisfacción de la prestación convenida en el contrato principal de parte de todos sus deudores, naciendo así el derecho a la remuneración que les deberá el contratante común a todos ellos, en la forma en que se hubiera convenido.

En cuanto a las reglas que orientan el cumplimiento de las obligaciones de los contratantes, luego de las establecidas por el Capítulo III de la ley 19.550 y las que resulten del propio contrato, entiendo proponible que sean las que regulan las obligaciones pluripersonales del Código Civil (arts. 690 y ss.). Si aún así no fuere posible encontrar solución al conflicto, considero que antes de proponer la aplicación analógica —no directa ni subsidiaria— de las normas societarias, deberá extraerse los principios generales que fluyen de las aludidas normas del Capítulo III, cuyo análisis excede en mucho el objeto de este trabajo.

Por otro lado, y sin perjuicio de lo que se dirá infra, queda despejado el temor a la aplicación del art. 30 de la ley societaria, por inexistencia del presupuesto que esta norma contempla.

Y esto será así aún en los supuestos de atipicidad o de pretendida irregularidad proveniente de la falta de registración del contrato, cuyas consecuencias quedan relativizadas en todos los casos en que el análisis de la figura de que se trate permita individualizar como su objeto la composición del modo de cumplimiento de obligaciones subjetivamente complejas.

Por otra parte, la circunstancia de que el contrato principal pueda ser celebrado directamente con la actuación de los representantes orgánicos de las sociedades involucradas, ya que el art. 379 de la ley no impone que lo haga el representante allí aludido, permite deducir —en comparación con el régimen de actuación de los administradores societarios— que ambas figuras no resultan comparables.

Como consecuencia de lo que hasta aquí se lleva dicho, entiendo que se puede concluir que las aportaciones al fondo común operativo —rasgo que como ya he señalado se utilizó para sostener la naturaleza societaria y la personalidad diferenciada de los contratos de unión transitoria— no pueden ser asimiladas, en un análisis riguroso, al aporte de capital de los contratos de sociedad comercial. Y por ende, que el aludido fondo común no puede ser confundido con la noción de capital social, ni con la de patrimonio separado.

Pues como resulta bien sabido, la noción de capital social se resuelve, en el momento genético del contrato de sociedad, en la sumatoria de los aportes que los socios se comprometen a efectuar para el cumplimiento del objeto social, valuados según la clase de bienes de que se trate. De aquí que dichos aportes —las prestaciones comprometidas por los socios— reciban utilización intermedia antes de la consecución de la finalidad común perseguida por los socios, mediante la gestión del patrimonio social obtenido con la utilización del capital social, realizada por los administradores societarios bajo la vigilancia de los restantes órganos de la sociedad.

De aquí que se impida la confusión de estas nociones con la del fondo común, tanto por olvidar que son las obligaciones asumidas frente al comitente las dirigidas al cumplimiento del contrato, como por otorgar una importancia excesiva al rol del representante de los contratantes de la unión transitoria, pues éste no desplaza a los órganos de administración de los sujetos obligados, en el supuesto de que se trate de sociedades comerciales.

En este punto puede efectuarse una aclaración adicional, relativa al régimen dominial de los bienes que acaso debieran adquirir los contratantes para cumplir con el contrato principal, pues resulta innecesaria la predicación de un sujeto de derecho distinto como consecuencia de éste dato, por cuanto serían de aplicación las reglas del condominio, que tanto puede ser constituido por el contrato de unión transitoria (Cód. Civil, art. 2675), como arreglada su indivisión temporaria y el modo de hacerlo cesar al finalizar la vigencia del contrato (Cód. Civil, arts. 2692, 2693 y conc.).

Por último, y aunque no acaben aquí los corolarios posibles de la postura propuesta, debe destacarse el diferente régimen que tienen los contratos de sociedad y de unión transitoria de empresas, en punto al momento en que nace la exigibilidad de las prestaciones que en uno y otro caso asumen sus contrayentes.

Así, mientras el art. 36 de la ley societaria dispone que las obligaciones empiezan desde la fecha fijada en el contrato de sociedad, las prestaciones principales a que se obligan los contratantes de la unión transitoria no comenzarán en el momento en que se fije en dicho contrato, sino en el que resulte del contrato que convengan, en conjunto, con el o los terceros comitentes, y siempre que dicho contrato se celebre.