

JOINT VENTURE Y DEMÁS FORMAS DE COLABORACIÓN

MARTÍN MIGUEL MIGUELES

PONENCIA

- 1) Eliminar el límite máximo temporal establecido para las A.C.E.
- 2) Contemplar entre los partícipes de las A.C.E. y U.T.E a las personas jurídicas de manera genérica.
- 3) Modificar el art. 30 de la L.S.C, sin que pierda el sentido dado por los legisladores.
- 4) Eliminar las causas de disolución por incapacidad, muerte, disolución o quiebra de *un participante*, ya que contradice la finalidad mutualista y el *animus cooperandi* que rigen los contratos de Colaboración Empresaria
- 5) En los A.C.E. el objeto debería ser mas amplio y no circunscribirse a determinadas fases de la actividad empresaria (art. 367)
- 6) Con respecto a la forma de tomar resoluciones las U.T.E. deberían adoptar como principio la mayoría y la unanimidad para la modificación del contrato.

El asociativismo es una herramienta para lograr empresas eficientes y competitivas, y para crear también polos productivos, que por efecto reflejo traigan aparejado en los habitantes de las zonas donde se desenvuelven, mejor nivel de vida y calidad, y evitar así el éxodo constante a las grandes urbes con las consecuencias sociales perniciosas que esto acarrea.

La Argentina necesita incentivar las regiones y una de las llaves es el fomento de la actividad empresaria conjunta.

FUNDAMENTOS

1. *Las formas asociativas como alternativa para apoyar la reconversión productiva y como alternativa para la conquista de mercados externos*

Después de la Segunda Guerra Mundial, la complejidad de ciertos negocios, el advenimiento de la actividad transnacional de las empresas, así como la utilización de

sofisticadas tecnologías, requirió otras formas de inversiones, hasta entonces desconocidas y difíciles de enfrentar en forma individual.

Como respuesta a esas exigencias, las grandes empresas, se unen o integran, acudiendo a agrupaciones para el desarrollo de determinados negocios; luego, los pequeños y medianos empresarios, deseados de mejorar su competitividad e incrementar sus niveles de rentabilidad, también aúnan sus esfuerzos sin perder individualidad empresarial. Ello, sumado a factores de competencia y lucha de predominio entre ellas, originó lo que podría denominarse revolución empresarial, en la búsqueda de un adecuado dimensionamiento para alcanzar mayor eficiencia, a través de diversas formas de vinculaciones y concentraciones entre las empresa.¹

Se busca con el presente trabajo la forma de modificar las estructuras empresariales de las pequeñas y medianas empresas para que puedan acceder a niveles adecuados de rentabilidad y capitalización a través de la superación de sus déficits en cuanto a dotación de factores y capacitación.

Partimos del convencimiento de que las limitaciones estructurales a la incorporación de ciertas tecnologías de producción, gestión o comercialización que permiten incrementar la producción y los ingresos, pueden ser superadas a partir de la asociación voluntaria de los pequeños y medianos productores. Estas formas asociativas permitirían dispersar el riesgo del capital fijo invertido, disminuir la incidencia del mismo, lograr su intensivo y disminuir el peso de las cargas impositivas. También permitiría superar las limitaciones (de superficie) fuerza de trabajo, capital y tecnología, desarrollar opciones productivas y ampliar el conocimiento acerca de los mercado y las nuevas estrategias comerciales, buscando generar economías de escala y superar posturas individualistas.

Es necesario romper el aislamiento de cada unidad productiva a través de emprendimientos en común que vayan desde la adquisición de tecnología, la producción, hasta la comercialización en común.

La producción agropecuaria es una actividad caracterizada por aspectos tradicionales, donde la producción se practica en forma individualista y donde mayor impacto socio económico puedan tener los emprendimientos comunes.

En Francia se crearon los GAEC (*Groupement Agricole d'Exploitation en Commun*)², para superar los límites que le imponían sus estructuras a los pequeños y medianos productores creando empresa "Comunes" que emprendieran la producción agrícola en forma conjunta. Estas modalidades surgieron básicamente con el objetivo de racionalizar las operaciones agrícolas y aumentar la productividad de la mano de obra. Se ha dicho que "no continuarán aquellas explotaciones cuyos responsables lo sean sólo porque no tuvieran otra opción, sino aquellas dirigidas por un empresario

¹ GARRIGUES, "Hacia un Nuevo Derecho Mercantil", p. 297, ob. cit. en *Contratos de Colaboración Empresarial* de ZALDÍVAR, MANÓVIL y RAGAZZI, p. 13.

² Documento de trabajo nro. 6, enero de 1994. Cambio rural, p. 6.

que trabaja, solo o asociado, para realizar un proyecto profesional fundado en al producción de bienes destinados a la venta o a la provisión de servicios".³

Es el momento de analizar la potencialidad de diversas formas asociativas para superar limitaciones e incorporar nuevas expectativas. La mayoría de las propuestas parecen fuera del alcance del pequeño y mediano productor individualmente considerado, el beneficio derivado de su adopción dependerá entonces de la posibilidad de estructuras, formas organizativas que les permitan operar a otra escala, aumentando la eficiencia y conservando los recursos naturales. Entre las posibilidades que se discuten está la de aumentar el tamaño de la empresa agropecuaria pero sin conformar nuevas sociedades, pues en este caso el agricultor participante perdería el dominio sobre su explotación. Un ejemplo de esta forma de interacción son los contratos de colaboración empresaria que a continuación se detallan.

Otras de las posibilidades es la creación de un sujeto de derecho independiente a los integrantes a través de los *tipos societarios o cooperativas*.

"Las ventajas de crear un sujeto de derecho es la mayor oportunidad de acceder al crédito bancario y utilizar en especial los créditos fomentados (Ej: para las PYMES, dec. 522/93 Programa global para la Micro y Pequeña Empresa, dec. 2653/93 Programas para el mejoramiento de la competitividad de la PYME, dec. 421/93 Fondo Tecnológico Argentino, dec. 2586/92 Programa Trienal para el Fomento y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Empresa), y aplicarlos directamente al proyecto común. De lo contrario cada participante del emprendimiento tendría que gestionar a título personal el préstamo con los consiguientes gastos, deventuras y pérdida de tiempo. Además, cada participante debería garantizar a título personal el préstamo otorgado; en cambio, de elegir una figura con personalidad jurídica, esta misma sería la garante y única responsable del crédito, limitando el riesgo al capital suscripto" (S.A. y S.R.L.).

2. *Contratos de colaboración y asociación*

Es muy común en la actividad profesional encontramos con el problema directamente sin posibilidad e retrotraernos en el tiempo. Este trabajo pretende ser preventivo, y por qué preventivo? Porque en ciertos casos la buena fe y la ausencia de conocimiento jurídico, es causal de extinción de empresas económicamente viables y que por desprolijidades y desconocimiento se ven envueltas en situaciones irreversibles. Por ejemplo, la mayoría de las formas asociativas existentes en el agro son "Sociedades de Hecho", con todos los riesgos y desventajas que dadas su personalidad jurídica precaria el ordenamiento le impone. Presenta en su accionar una serie de inconvenientes, muchas veces foco de posibles conflictos entre sus miembros que atenta con su propia continuidad. A continuación se expondrán las características principales

³ Congreso del Centro Nacional de Jóvenes Agricultores, Argentina 1985, Francia, Documento de trabajo nro. 6, enero de 1994.

Es por eso que como lo comentamos *ut supra* (desde un punto de vista estratégico) es necesario estructurar adecuadamente (según la forma jurídica que mejor se adapte al proyecto común) el emprendimiento para que el mismo nazca sano y fuerte y sin debilidades. Esta tarea corresponde sin duda a los abogados que además de resolver conflicto debemos prevenirlos.

3. Clasificación

Se ha dicho que hay *contrato de colaboración* cuando hay una función de cooperación para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato.⁴ El fin es común a todos los participantes.

Hay una finalidad común a través de la cual los asociados tratan de satisfacer sus propios intereses particulares.⁵

Según Messineo⁶ los contratos asociativos pueden ubicarse dentro de los contratos de colaboración de donde los contratos asociativos resultan ser una especie de estos; últimos. En su obra *Doctrina General del Contrato*, Messineo habla de contratos de colaboración (o de cooperación) y señala que se da este fenómeno en algunos contratos de cambio (mandato, comisión, expedición, agencia, contrato de edición, etc.) y *necesariamente* en todos los que forman el grupo de los contratos asociativos dentro de los cuales el autor ubica a la sociedad en sus diversos tipos y ciertos contratos de explotación agropécuaria (principalmente aparcería, el colonato parciario y la aparcería ganadera) y bajo cierto aspecto las evaluaciones económicas conocidas bajo el nombre de consorcio.

Los contratos de colaboración, son el género y los asociativos una especie.

4. Contratos de colaboración⁷

A) Sin finalidad común (mandato)

B) Con finalidad común o autónoma (negocio en participación)

1) Sin organización (negocio en participación)

2) Con organización (con personalidad y sin personalidad [agrupación de colaboración] [ley 22903 y *Joint Venture*])

A) El objeto de la obligación está constituido por una prestación que responde a un interés. Ese interés es fijado por el que encarga, mientras que el que realiza el en-

⁴ SPOTA, Alberto G.: *Instituciones de derecho civil. Contratos*, t. 1, p. 124, Depalma 1975, Bs. Aires.

⁵ FARINA, Juan M.: "Cont. de Colab., Asociativo y *Joint Venture*". Ponencia en el *Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, t. 1, p. 27.

⁶ *Congreso de derecho societario*, t. 1, p. 26.

⁷ RICHARD, Efraín Hugo; GARCÍA, Claudio: "En torno a los contratos de colaboración y asociativos: clasificación y efectos", p. 34 y 35, *Congreso de Derecho Societario*....

cargo, en razón de la discrecionalidad técnica que se le reconoce, diseña el cómo llevarlo a cabo. Ese interés que tiene quien formula el encargo insufla a todo el contrato de una finalidad de colaboración, a través del cual las partes cooperan para alcanzar una finalidad.⁸

B) Hemos dicho que la función en los contratos de colaboración es la de cooperar para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato, ese fin, puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener, una utilidad a conseguir y partir. Pero *ese fin es común* a todos los participantes. Es el alma del contrato, el fundamento de su existencia y de la duración del mismo. La desaparición del interés común implicaría la extinción del *contrato* porque desaparecería la causa fin subjetiva.

Dentro de ésta clasificación, puede existir contratos de los que derive organización o no. La organización implica establecer reglas que disciplinen internamente dichas estructuras como los derechos y obligaciones de los miembros entre sí y respecto de los órganos a crearse. Puede o no alcanzar a generar una actuación personalizada distinta a los contratantes o partícipes, o generar o no una afectación patrimonial que daría nacimiento a un sujeto de derecho. Los contrato de colaboración empresaria reglados por la ley 22.903 y la sindicación de acciones, son ejemplos en nuestro derecho de contratos con organización no personalizados.

Los ejemplos de contratos de colaboración sin organización, son múltiples (*encargo de acto jurídico*: agencia, mandato, corretaje, comisión, concesión, franquicia, y *encargo de actos materiales*: locación de obra y servicios y transporte)

Contratos de colaboración (con organización: sin personalidad, con personalidad)

Los contratos de colaboración con organización podrían ser conceptualizados como aquellos en los que los contratantes, conforme la finalidad común, organizan funcionalmente una actividad, la cual deberá desarrollarse en un tiempo (por no haber negocios atemporales), y afectará a personas, bienes y derechos en formas y con alcances diversos.⁹

A su vez los podemos subclasificar en: contratos de colaboración con organización con personalidad jurídica. Se crea un centro de imputación normativa diferenciado de sus miembros, un ente con personalidad propia. Las partes se obligan a realizar prestaciones al nuevo ente que se genera de acuerdo al tipo personificado brindado por el legislador con el objeto de que éste (ente diferenciado) pueda contraer derechos y obligaciones de acuerdo al fin perseguido en el contrato constitutivo.

Entre los contratos de colaboración con organización sin personalidad jurídica, se encuentran los *joint venture*, la agrupación de colaboración empresarias y al unión transitoria de empresas que a continuación se describirán:

⁸ LORENZETTI, Ricardo: *Contratos Asociativos y de Colaboración: elementos para una calificación*, p. 44.

⁹ FONTANARROSA, Rodolfo: *Derecho Comercial Argentino*, p. 143.

Dada las características de los empresarios del país, que siempre deseosos de emprender actividades en común, *no quieren* perder su *individualización como empresa*, vamos a desarrollar en el presente trabajo detalladamente aquellas formas contractuales en las que no se crea un ente diferenciado de sus miembros que absorba a las empresas participantes y les haga perder su individualidad.

La elección de la figura jurídica más correcta depende de muchos aspectos y básicamente de las características de los empresarios que se quieren asociar y de sus objetivos.

A continuación expondremos los caracteres diferenciales de los contratos de colaboración con organización sin personalidad.

5. *Contratos de colaboración con organización sin personalidad*

5.1. **Antecedentes**

Joint venture: Como contrato innominado en nuestro derecho: *Génesis* del mismo en el *derecho anglosajón* y *comparación* en el nuestro antes de la ley 22.903.

El origen de esta institución aparece en el mundo de los negocios y posteriormente es reconocido en las decisiones jurisdiccionales de los Tribunales Ingleses y Norteamericanos; lo esencial consistió en reconocer que los comerciantes celebraban y ejecutaban contratos de asociación específica para realizar un único y determinado negocio con el fin de obtener una utilidad, combinando sus respectivos recursos y potencialidades sin formar ni una corporación o recurrir al *status* jurídico de una *partnership* (sociedad en nuestro derecho) (del caso "Ross v/s. Willet" New York, 1894)¹⁰ Nace el *Joint Venture* en lo jurídico como una creación jurisprudencial a fines del siglo XIX y en el siglo XX adquiere reconocimiento legal.

En Inglaterra en la *Partner Ship Act* de 1890 y en EE.UU. en la *Uniform Partner Ships Act* de 1914 basados en el *Common Law* hoy adoptados en la mayoría de los Estados Unidos.

No obstante de ser una creación eminentemente anglosajona, Vélez Sarsfield, con espíritu visionario, ya los preveía a través de la nota al art. 1143 del Cód. Civil, independientemente de la inclusión que ha hecho el legislador en al *Ley* de sociedades con la reforma de la ley 22.903.

En la nota al art. 1143 del Cód. Civil, Duranton sostiene que la división entre 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. Toma como ejemplo el de los vecinos que tienen un buey que trabaja el campo de ambos, con lo que se da un contrato innominado (de colaboración), por descarte de otras

¹⁰ "Comentarios jurídicos sobre el contrato de *joint venture*", de Oscar TORRES ZAGAL, *Congreso de Derecho Societario*, t. 1, p. 75.

figuras como la sociedad, el alquiler, préstamo, cambio. Vemos que ya existía la necesidad de reconocer la colaboración como elemento del acuerdo.

Por aplicación del art. 1197 Cód. Civil "las convenciones constituyen la ley para las partes" y si agregamos la jurisprudencia referida al 1198 Cód. Civil en cuanto 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", (Cámara Civil Sala D. 21-7-69), necesariamente reconocemos el móvil de colaborar.

El Dr. Boggiano señala que los dos contratos que nombra la ley 22903 no pueden ser considerados lo únicos posibles en un mundo que ha revalorizado la autonomía de la voluntad.

La forma debe ser un instrumento que ayude a plasmar una realidad, pero no debe ser instrumento que la ahogue, restrinja o limite, porque en ese caso la forma prevalecería sobre la sustancia. en consecuencia, los objetivos tenidos en cuenta para regular jurídicamente el soporte "forma" quedarían *desvirtuados*.

Los empresarios y comerciantes van variando e introduciendo instituciones jurídicas nuevas de acuerdo a sus necesidades, intereses, fines y talentos de características novedosas no sancionadas expresamente por la ley.

Es propio del *Joint Venture* (como contrato de colaboración innominado) crear una comunidad activa de intereses, lo que importa una relación de confianza entre los participantes.

No es jurídicamente una sociedad (en la nota al art. 1143 Cód. Civil Duranton reconoce el móvil "colaborar" diferenciado de otras figuras como la sociedad, etc.) ya que los partícipes generalmente declaran su expresa voluntad de no formar sociedad.

5.2. Esquema actual

- 1) Contratos de colaboración típicos legislado (ley 22.903, cap. III, L. S.)
- 2) Tipos regulados sin inscripción.
- 3) Contrato innominado atípico cuyo móvil es la colaboración.

6. Agrupación de colaboración. Unión transitoria de empresas. Caracteres

6.1. A.C.E.

El art. 367 de la L.S. establece que las sociedades constituidas en la república y los empresarios individuales domiciliados en ella, y las sociedades constituidas en el extranjero con su sucursal o representación en el país (art. 367 y 118, 3er. párr. L.S.), pueden establecer una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades. En las sociedades comerciales locales la decisión es competencia del órgano de administración o de gobierno según el caso. No

constituyen sociedades ni son sujetos de derecho. Los contratos, derechos y obligaciones vinculados con al actividad se rigen por lo dispuesto en los art. 371 y 373 L.S.

La vinculación interempresarias debe hacerse por escrito, pudiendo documentar por instrumento público o privado el que se inscribirá en el Registro Público de Comercio. Una copia con los datos de su correspondiente inscripción será remitida por éste a la Dirección Nacional de Defensa de la Competencia. La norma tiende a evitar la configuración de grupos monopólicos.

a. Finalidad

La agrupación en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las empresas agrupadas.

Cabanellas ¹¹ señala que “tratándose de agrupaciones mediante las que no se crea una nueva estructura productiva, el funcionamiento de la canalización de las ventajas directamente sobre los participantes no plantea dificultad alguna. Cada participante continua con sus operaciones, modificadas conforme a lo acordado en el contrato de agrupación y será la forma en que se altera la productividad costo de tales operaciones, lo que determine sus beneficios derivados del mencionado contrato.

Sin embargo, esto no es tan así, pues como señala Zaldívar, Manóvil y Ragazzi ¹² “rige para las agrupaciones la prohibición de ofrecer sus prestaciones a quienes no sean sus participantes...” “si la agrupación accede al mercado y presta servicios a terceros o vende su producción a terceros, estaría desarrollando actividad societarias, y sin que ello convierta a la agrupación en sociedad, la actividad, generaría entre los miembros que la consientan, una relación societaria de hecho...”

Cabanellas y Kelly en oposición a lo antedicho, sostienen que una agrupación cuyo objeto fuera construir maquinaria, si estas resultaren destinadas a las empresas participantes, cumplida tal condición, no obstaría a la observancia de los art. 376 y 378, el que parte de la producción se destinara a ser vendida a terceros, en tanto ésta fuera accesoria de al principal emprendida por la agrupación. ¹³

Los doctores Susana Formento y José Luis Eguía ¹⁴ opinan que las agrupaciones de colaboración podrían prestar servicios o vender bienes a terceros siempre que se cumplan en forma concurrente las siguientes condiciones: 1ro. *Unanimidad* por parte de los asociados para cada caso en particular, 2do., que el volumen de esas ope-

¹¹ CABAÑELLAS, Guillermo y KELLY, Julio A.: *Contratos de Colaboración Empresarial*, Claridad, Bs. Aires, 1987, p. 179.

¹² *Contratos de colaboración empresarial*, p. 117, Abeledo-Perrot, 1993.

¹³ *Idem* ob. cit.

¹⁴ “Formas asociativas para la empresa agropecuaria”. Documento de Trabajo nro. 13. mayo de 1994, p. 14.

raciones implique que su recaudación pueda conceptualizarse como un financiamiento de los casos de operaciones y no como persecución de un fin de lucro común.

b. Contenido del contrato (art. 369)

- 1) El objeto de la agrupación
- 2) La duración, que no podrá exceder de 10 años. Puede ser prorrogada antes de su vencimiento por decisión unánime de los participantes. En caso de omitirse la duración, se entiende que el contrato es válido por diez años.
- 3) La denominación se formará con su nombre de fantasía integrada con la palabra agrupación.
- 4) El nombre, razón social o denominación, el domicilio y los datos de inscripción registral del contrato o estatuto o de la matriculación e individualización en su caso, que corresponda a cada uno de los participantes. En caso de sociedades, la relación de la resolución del órgano social que aprobó la contratación de la agrupación, así como su fecha y número de acta;
- 5) La constitución de un domicilio especial para todos los efectos que deriven del contrato de agrupación, tanto entre las partes como respecto a terceros;
- 6) Las obligaciones asumidas por los participantes, las contribuciones debidas al fondo común operativo y los modos de financiar las actividades comunes;
- 7) La participación que cada contratante tendrá en las actividades comunes y en sus resultados;
- 8) Los medios, atribuciones y poderes que se establecerán para dirigir la organización y actividad común, la administración del fondo operativo, la representación individual o colectiva de los participante y la forma de controlar su actividad al sólo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.
- 9) Los supuestos de separación y exclusión
- 10) Las condiciones de admisión de nuevos participantes
- 11) Las sanciones por incumplimiento de obligaciones
- 12) Las normas para la confección de estados de situación, a cuyo efecto los administradores llevarán, con las formalidades establecidas por el código de comercio, los libros habilitados a nombre de al agrupación que requieran la naturaleza e importancia de la actividad común.

c. Forma de tomar resoluciones (art. 370)

Serán adoptadas por el voto de la mayoría de los participantes, salvo disposición contraria del contrato.

No puede introducirse ninguna modificación del contrato sin el consentimiento unánime de los participantes.

Las reuniones se efectuarán cada vez que un administrador o miembro lo requiera.

d. Dirección y administración

Estará a cargo de una o más personas físicas designadas en el contrato o posteriormente por resolución de los participantes, siendo de aplicación el art. 221 del código de comercio. En caso de ser varios los administradores y si nada se dijera en el contrato, se entiende que pueden actuar indistintamente.

Dado que la agrupación de colaboración empresaria no es una persona jurídica distinta de los miembros que la componen, no tiene órganos de administración. De allí que la ley aplica la figura del mandato, de modo que el mandatario actúa en nombre y representación de la agrupación pero por cuenta de los miembros participantes.

e. Responsabilidad de los participantes (art. 373)

La ley establece que las obligaciones que sus representantes asumen en nombre de la agrupación, los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros.

Si el representante aclara, al obligarse, que lo hace por uno o más partícipes determinados, sólo éstos responden con su patrimonio personal.

El acreedor puede demandar a los participantes sólo después de haberse interpelado infructuosamente al administrador de la agrupación. La razón es que éste último dispone del fondo operativo para hacer frente a las obligaciones de la agrupación.

f. Fondo común operativo

Las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas adquieran, constituyen el fondo común operativo de la agrupación. Permanece indiviso durante el término de duración de la agrupación, no pudiendo los acreedores particulares de los participantes, hacer valer sus derechos.

La ley consagra, de modo expreso, la exclusión de ese fondo y de la parte indivisa que sobre él correspondería a cada miembro, del patrimonio individual de las personas físicas participantes y del patrimonio social de las sociedades integrantes.

g. Incorporación de nuevos miembros (art. 370)

Se contempla por contrato. En su defecto, por unanimidad.

h. Exclusión de partícipes (art. 376)

Según contrato. En su defecto por unanimidad y con justa causa.

i. Causas de disolución (art. 375)

El contrato se disuelve por:

- 1) Decisión de los participantes.
- 2) Expiración del término por el cual se constituyó por la consecución del objeto para el que se formó o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo.
- 3) Reducción a uno del número de participantes.
- 4) Incapacidad, muerte, disolución o quiebra de un participante, a menos que el contrato lo prevea o que los demás participantes decidan por unanimidad su continuación.
- 5) Decisión firme de autoridad competente que considere incurso a la agrupación en prácticas restrictiva de la competencia.
- 6) Causas específicas prevista en el contrato.

j. Régimen contable

No requieren balances.

Los administradores deben presentar estados de situación anuales (art. 374) y llevar libros adecuados al tipo de actividad (art. 369 inc. 12).

6.2. U.T.E.

El art. 377 de la L.S. establece que las sociedades constituidas en la República, los empresarios individuales domiciliados en ella y las sociedades constituidas e el extranjero con sucursal o representación en el país (art. 118, 3er. parte) podrán, mediante un contrato de *unión transitoria*, reunir para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro *concreto*, dentro o fuera del territorio de la república. Podrán desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal.

Para las sociedades comerciales locales la decisión es competencia del órgano de administración o de gobierno según el caso.

Es importante destacar¹⁵ como lo señalan Zaldívar, Manóvil y Ragazzi, que la UTE, sólo puede constituirse para el desarrollo de una obra en concreto, ejecución de un servicio concreto, o prestación de un suministro concreto. Esto no obsta a que los actos (obra, servicio o suministro) puedan ser de tracto continuado.

Es importante la descripción detallada del objeto ya que la misma indicará los límites de la actividad a desarrollar por la UTE y su representante deberá atenerse a ello. Asimismo dicho detalle implicará la determinación concreta de las actividades a desarrollar por cada miembro, lo cual servirá de base para deslindar responsabilidades al no existir en principio responsabilidad solidaria.

Del carácter concreto se sigue la transitoriedad del objeto.

¹⁵ *Contratos de colaboración*, p. 129.

a. *Contrato:*

Debe hacerse por escrito, pudiendo documentarse por instrumento público o privado, e inscribirse en el Registro Público de Comercio (art. 380, 4to. y 5to.).

b. *Finalidad*

La UTE tiene por objeto la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios con destino al mercado.¹⁶

A través de la UTE los participantes buscan obtener un lucro directo del mercado. En algunos casos la utilidad se logra indirectamente por el beneficio que la actividad de la unión llegue a significar para los trabajos o negocios llevados a cabo directamente por la empresa participante. Ej.: una empresa productora de materia prima que se une con otras de similares características para la búsqueda eficiente de mercados externos, obteniendo así una reducción de los costos de cada uno y como mayor demanda apetecible para los mercados externos.

Nos inclinamos a pensar, al igual que Zaldívar, Manóvil y Ragazzi¹⁷, que el motivo o causa de la UTE debe ser siempre el lucro de los participantes, partible entre los colegiados de acuerdo con la proporción de su intervención, o en definitiva según se haya pactado.¹⁸

c. *Contenido del contrato (art. 378)*

- 1) El objeto de la UTE.
- 2) La duración será igual al de la obra, servicio o suministro. De esto surge que el objeto constituye una actividad que debe consumirse en un plazo cierto.
- 3) La denominación que será la de alguno, algunos o de todos los miembros seguida de la expresión *unión transitoria de empresas*.
- 4) La individualización de los participantes.
- 5) Un domicilio especial.
- 6) Las contribuciones al fondo común operativo los modos de financiación y sufragar las actividades comunes.
- 7) Los casos de separación, exclusión, disolución, las condiciones de admisión de nuevos miembros.
- 8) Contendrá las normas para confeccionar estados de situación
- 9) Nombre y domicilio del representante
- 10) Régimen de distribución de resultados, ingresos y gastos. Sanciones por incumplimiento de los miembros.

¹⁶ *Contratos de colaboración*, p. 136.

¹⁷ *Ob. cit.*, p. 136.

¹⁸ *Idem*, p. 136, conf. VERÓN, ZUNINO, *Reformas*, p. 589, *ob. cit.* en la nota nro. 21.

d. Forma de tomar resoluciones (art. 382 L.S.)

Por unanimidad, salvo pacto en contrario.

e. Dirección y administración

La representación de la UTE está a cargo de personas físicas o jurídicas (por lo general al empresa líder).

Se requieren poderes suficientes de cada uno de los miembros para obligarlo frente a terceros.

La designación del representante debe inscribirse en el Registro Público de Comercio, art. 380.

La designación puede ser revocada con la decisión de la mayoría si es con justa causa pero en el supuesto en que no existe justa causa se requiere unanimidad.

f. Responsabilidad de los participantes

El representante obliga al miembro en nombre del cual actúa. La solidaridad frente a terceros no se presume. Cada miembro responde por los actos y operaciones que desarrolle y ejecute (art. 381).

Se funda en el carácter transitorio de la relación y en que en ciertos casos, cada empresa se obliga a realizar individualmente una parte en la obra, servicio y suministro; por ende es lógico que cada empresa responda por lo que hace y actúa.

g. Fondo común operativo

No existe una norma expresa que establezca el *Fondo común operativo*, sino que se hace referencia al mismo cuando se trata el contenido del contrato. Sin embargo se aplicaría lo normado en las ACE. Por ende el fondo es indiviso y se forma de las contribuciones de sus miembros. Zaldívar, Manóvil y Ragazzi sostienen que no rige la indivisión e intangibilidad del art. 372 por lo tanto los acreedores de los participantes podrán accionar contra el Fondo común.

Fundamentan tal aseveración que las UTE al no ser sujetos de derecho no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones¹⁹ y carece de patrimonio propio.

Zunino lo considera como un patrimonio de afectación y no como un atributo de la persona jurídica.

h. Incorporación de nuevos miembros

Se contempla por contrato. En su defecto por unanimidad.

¹⁹ Idem, p. 159.

i. Exclusión de partícipes

Según contrato,. En su defecto por unanimidad y con justa causa.

j. Causas de disolución

Se produce por las causales establecidas en el contrato. La quiebra de cualquiera de los participantes o la incapacidad o muerte de los empresarios individuales, no produce extinción del contrato de unión transitoria, que continuará con los restantes si éstos acordaren a forma de hacerse cargo de las prestaciones ante el comitente (art. 378 inc. 9 y 383).

k. Régimen contable

Los administradores llevarán libros contables de acuerdo con la naturaleza e importancia de la UTE.

Confeccionarán estados anuales de situación (378 inc. 12).

l. Duración.

Debe estar establecido en el contrato, sino el mismo concordante con el plazo establecido para la ejecución de la obra, prestación del servicio o la duración del suministro. De esto surge que el objeto constituye una actividad que debe consumirse en un plazo cierto.

7. Contratos de tipo legal no inscriptos

La inscripción se fundamenta en aras de la seguridad jurídica (exp. motivos ley 22.903).

La falta de inscripción no puede mejorar la situación de quien ha omitido una formalidad que hacía a un beneficio otorgado por la ley a favor del grupo especialmente en lo que concierne a la responsabilidad (exp. mot.). Como consecuencia surge la inoponibilidad del contrato.

La doctrina reconoce que la inoponibilidad de la indivisión del fondo operativo a los terceros se produce a partir de la inscripción. Por lo tanto el contrato no inscripto, implica que los acreedores particulares puedan pedir la división del fondo operativo.

Como juega el régimen de preferencias a favor del tercero que contrató con la agrupación ?

La Dra. Mercado de Salas²⁰ considera que a pesar de ser un contrato no inscripto, el acreedor por causa del agrupamiento tiene para sí un derecho preferencial por la

²⁰ *Contratos no inscriptos*, p. 280 y 281, ob. cit. en la ponencia de los Dres MENARDI DE ARAYA Y CASTELLANOS, t. 1, p. 123.

apariencia en que se ha fundado su relación con éste. (Teoría de la apariencia. C. Civil, art. 2671 y 2672, Cód. Com. art. 250)

Contaría con la garantía solidaria del fondo operativo.

En caso de conflicto entre el acreedor del grupo y el acreedor particular de una participante es justo que se prefiera al primero.

8. *Contrato innominado atípico de colaboración*

Con respecto a los contratos atípicos me permito recordar palabras del Dr Horacio Fargosi en el Prólogo del libro "Sistemas de Distribución Comercial" del Dr Marzorati, que manifestaba lo siguiente: "La temática de los contratos atípicos es quizás la más potente expresión de la libertad y de la autonomía contractual, porque los contratos que no se corresponden con los tipos previstos por la legislación son la consecuencia de la capacidad de creación e ideación del mundo de los negocios".

Se rigen por normas análogas, disposiciones generales y principios del derecho en relación al régimen de responsabilidad.

Si bien la solidaridad no existe, dada las distintas individualidades de los componentes del grupo, sí podemos encontrar el resarcimiento en virtud del reclamo vía obligaciones concurrentes ²¹.

Fundamento: enriquecimiento indebido de otras agrupadas.

También se podría llegar a la solidaridad por conductas que se encuadren en ilícitos (delitos y cuasidelitos).

9. *A.C.E. y U.T.E. Ventajas y desventajas. riesgos*

9.1. *Ubicación de los contratos de agrupación empresaria*

Para algunos autores tales como Zaldívar, Manóvil y Ragazzi, si bien estos contratos se encuentran regulados dentro del régimen societario, la propia normativa se esfuerza en aclarar que éste no es aplicable.

Dubois señala que no se trata de un tipo societario sino de una regulación contractual de la actividad de sociedades o de personas físicas en el campo empresarial.

También señalan que nada impide que las partes establezcan otro tipo de acuerdo que quedarán sometidos a los principios generales de los contratos. Tratándose de contratos innominados regirá predominantemente el respeto de la voluntad expresa o tácita de las partes (art. 1197 del Cód. Civil) y el arbitrio judicial tiene que tener especialmente en cuenta esto, desde que no hay normas supletorias directa para los mismos (corresponde tener en cuenta las normas orientadores de los art. 217 al 220 del Código de Comercio y 1198, parte 1ra., 1205, 1209 y ss. del Cód. Civil).

²¹ ALTERINI, *Curso de Obligaciones*, p. 232.

Sin embargo, Otaegui manifiesta que para interpretar el instituto debe hacerse conforme a las pautas propias del derecho comercial y aclarar que si bien ambos contratos no constituyen sociedades (art. 367 y 377 L.S.), es de particular utilidad la aplicación supletorio del régimen de la sociedad comercial.

A fin de dilucidar este peligroso antagonismo, nos inclinamos por la postura de la Doctora Mercado de Sala, que ha expresado que si en la realidad de los hechos se ha publicitado una relación societaria, sería aplicable el régimen de la ley de sociedades, aunque las partes puedan exigirse el contrato de colaboración que las uniera. Se basa en al Teoría de la Apariencia para resguardar primordialmente los derechos de los terceros.

9.2. Contrato no típico. Consecuencias

Para Otaegui la Agrupación de hecho o no inscripta nos coloca frente a una agrupación irregular que no constituye una sociedad y por tanto, tendría que sujetarse a las normas de las asociaciones irregulares (art. 46 Cód. Civil). Sin embargo impuesto un régimen de inscripción según las normas de la L.S., arts 4 y 5, deben entenderse aplicables las concordantes normas referidas a las consecuencias de la falta de inscripción o sea la L.S. arts 22 y concordantes y art 12. Ello significa que una agrupación de colaboración irregular cualquier participante podría exigir su regularización o disolución en los términos de la L.S., art 22. Los participantes y quienes contraten en nombre de ella quedarían solidariamente obligados (art. 23 L.S.) sin poder exigir la previa interpelación al administrador (L.S. art 373); la agrupación ni sus participantes podrían ante terceros ni entre sí, invocar las defensas nacidas del contrato (pero podrían ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados, art. 23 L.S.), cualquier participante representaría a la agrupación (art. 24 L.S.), cuya existencia podría acreditarse por cualquier medio de prueba (L.S. art. 25).²² Con respecto a la falta de inscripción del contrato constitutivo de una U.T.E. también señala que llevaría a la aplicación del régimen de la sociedad irregular o de hecho (art 21 L.S.).

Anaya contesta que la sociedad irregular es la frustración de una persona jurídica, en cambio la A.C.E. y la U.T.E. son contratos.²³

La Escribana María Acquarone manifiesta que con respecto al contrato no típico y las consecuencias que el mismo puede acarrear: hay que analizar las finalidades que las partes tuvieron al contratar: a) si la misma fue simplemente una colaboración entre empresas sin formar una masa común para obtener ganancias y dividendos, va a ser considerado como un contrato; b) si, por el contrario, la finalidad de las partes fue la de formar un patrimonio común, emprender negocios, frente a una irregularidad se

²² Otaegui, J.: *De los contratos de colaboración empresarial*, p. 872, material entregado en la clase del día 11/6/93.

²³ Seminario organizado por los antiguos de la Universidad Austral, set. 1994.

aplicará el régimen de las sociedades irregulares con las consecuencias nefastas que el mismo produce.

Etcheverry señala que el contrato viciado, genera en una sociedad irregular no es oponible entre los socios, ni tampoco es oponible ante terceros, salvo muy pocos casos que la ley indica.²⁴ Es decir que el contrato se respeta si se quiere y si no se quiere no se respeta. Cualquiera de los socios administra, el objeto del contrato puede respetarse o no, la responsabilidad es ilimitada y solidaria; la sociedad no tiene plazo, cualquiera puede irse cuando quiera.²⁵

Esto trae consecuencias paradójicas, como por ejemplo dos pequeños comerciantes de buena fe que se asocian en un pequeño negocio, con fines de cooperación se los condena a una serie de padecimientos por el delito de asociarse con fines útiles que la Constitución permite.²⁶

Esto también le puede suceder al gran inversor extranjero con las consecuencias perjudiciales para la economía y la mala reputación en el comercio internacional.

La Argentina para alentar la inversión tanto de las PyMES como de las grandes empresas debe darles mecanismos simples y sanos, sin los recovecos que se pueden desencadenar en el actual régimen de los contratos asociativos. Es por eso que creemos que dichos contratos deberían incorporarse directamente en el libro segundo del Código de Comercio.

9.3. ¿Qué pasa en caso de incumplimiento de una de las partes contratantes?

Primero tenemos que destacar que este tipo de contratos asociativos son contratos plurilaterales con características totalmente distintas al bilateral, aún cuando haya dos personas, las características son diferentes.

Mientras que en los contratos de cambio, la pérdida de uno es la ventaja del otro; los asociativos la identidad de objetivos hace que si uno sufre una pérdida, los otros también lo padezcan y las ventajas de uno son las de todos.

Si aplicamos las reglas relacionadas con la bilateralidad (art. 1204 del Cód. Civil), es decir el pacto comisorio; debemos exigir el cumplimiento o de lo contrario, declarar rescindida la operación.

En el contrato plurilateral no es así, se puede exigir el cumplimiento por parte de quien se comprometió al parte o la prestación pero no podemos declara rescindido el contrato si esa persona no cumple, en todo caso se lo podrá excluir y se podrá hablar de disolución, pero no se puede hablar de rescisión o de resolución por incumplimiento. Tampoco es aplicable la *exceptio non adimpleti contractus*, ya que al no haber prestaciones recíprocas, el no cumplimiento de una parte no autoriza al no cumplimiento de la otra (Ascarelli).²⁷

²⁴ Revista de Derecho Notarial, nro. 913 p. 623.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

Además creemos que no se condice con las características de los contratos plurilaterales lo manifestado en el inciso 4 del art. 375 que señala que quedan disueltos el contrato de agrupación por incapacidad, muerte, disolución o quiebra de un participante.

9.4. Responsabilidad de los participantes y la situación de los terceros

En las agrupaciones de colaboración, existe responsabilidad solidaria e ilimitada de los miembros con su patrimonio personal y con el fondo operativo, por las obligaciones que los representantes asumen frente a terceros en nombre de la agrupación.

Si el representante aclara, al obligarse, que lo hace por uno o más partícipes determinados, solo estos responden con su patrimonio personal (art. 373 L.S.).

Durante la vigencia de la agrupación este patrimonio se mantiene indiviso, no pudiendo los acreedores particulares de los asociados hacer valer sobre él sus derechos. Esto genera una situación de privilegio e los participantes frente al tenedor particular que da en una situación de indefensión por no poder accionar sobre el fondo común operativo.

Con respecto a las obligaciones asumidas por la agrupación para hacer valer la solidaridad es menester que se interpele previamente al administrador y la acción contra los participantes se considera expedita en caso de que resultara infructuosa.

Se estatuye una nueva forma legal de bienes fuera del comercio respecto de los acreedores particulares de los contribuyentes al Fondo Común Operativo de los A.C.E. y desde la registración del contrato con la absoluta prescindencia de la opinión de los mismos que no podrían ejecutar los bienes de su deudor.

Con respecto a este punto vemos apropiado la creación de un régimen de oposición previo a la constitución del Fondo con la publicidad pertinente.

Por otra parte por las obligaciones que asume la agrupación los participantes responden solidaria e ilimitadamente. Queda expedita la acción sólo después de haber interpelado infructuosamente al administrador de la agrupación. Aquel a quien se hubiere demandado el cumplimiento de la obligación puede hacer valer sus defensas y excepciones que hubieren correspondido a la agrupación, además de las propias.

Los Dres. Rubén Segal y Natán Elkin²⁸ se preguntan cómo es posible que un participante pueda hacer valer sus defensas y excepciones que hubiere correspondido a la agrupación en caso de acción de un tercero, si ésta no puede ser titular de derechos, esto indudablemente crea inseguridad.

En los contratos de U.T.E. también existe el fondo común operativo formado por las contribuciones de los miembros.

²⁷ *Revista de Derecho Notarial*, nro. 913 p. 62.

²⁸ *Contratos de colaboración empresarial en el derecho argentino*, p. 178, material entregado por el Dr RAGAZZI en la clase del día 11/6/93.

La ley nada dice sobre la situación indivisa del fondo en las U.T.E. o diferencia de lo normado en las A.C.E. y por lo tanto no siendo la unión un sujeto de derecho, no existiría razón legal para que los acreedores de uno de los miembros tenga acción sobre los bienes del fondo. Algunos autores para dar solución a lo mencionado, manifestaron que se aplican por analogía las normas de las A.C.E.

Otros autores, haciendo a su vez una interpretación forzada para evitar situaciones de inseguridad y de perjuicio a los demás miembros de la U.T.E. manifestaron que por aplicación supletoria de las reglas de la sociedad civil esta acción quedaría excluida.

Una de las consecuencias adicionales a la aplicación de las reglas de sociedades del Código Civil es que en caso de concurrencia entre los acreedores personales de los miembros de la U.T.E. y los acreedores de la unión de éstos últimos tienen preferencia sobre los bienes del Fondo (Art. 1714 C. Civil).

El art. 381 señala que no se presume la solidaridad de los miembros de la unión por los actos y operaciones que deban desarrollarse o ejecutarse, ni por las obligaciones contraídas frente a terceros. El representante obliga al miembro en nombre del cual actúa.

Como obligación simplemente mancomunada se dividirá por partes iguales y eso significa que la insolvencia, mora o culpa de uno de los partícipes perjudica al acreedor y no a los otros co-obligados.

9.5. Artículo 30. Su modificación

El art. 30 ha sido objeto de acalorados debates en la doctrina.

La norma mereció algunas críticas por parte de la doctrina argumentándose que limitaba exageradamente la actuación de la sociedad por acciones.

1) Halperín justifica la norma, señalando que las tentativas de reforma de la L.S. en algunas de sus disposiciones no puede desvincularse del panorama general, por ejemplo la del art. 30 y con olvido de los fundamentos de ese art. 30. Agregó que el art. 30 de la ley de sociedades se funda en los siguientes puntos:

- a) Evitar que los accionistas no puedan controlar aún por medio indirecto de la sindicatura o consejo de vigilancia, la administración de la sociedad de interés;
 - b) No permitir que se subvierta el régimen legal de fiscalización de la administración, puesto que a la sindicatura o consejo de vigilancia sólo se le presentaría el resultado de la explotación de la sociedad en la cual se participa;
 - c) Impedir que la quiebra de la sociedad e interés provoque la quiebra de la sociedad por acciones con todas las consecuencias que fija la ley 19.551;
 - d) Que represente un medio para eludir la fiscalización estatal.
- 2) Por su parte, Le Pera manifestó que es esta una innovación fundamental en el derecho nacional, y según su conocimiento, en el de cualquier jurisdicción

están en el derecho universal. Agrega que “Además ella está irremediablemente condenada a la ineficacia a menos que se hagan regresar las condiciones de producción y de intercambio algunos siglos atrás. Ninguna interpretación legal de aspirar que las sociedades anónimas se abstengan de realizar acuerdo asociativos que, sea por su rápida ejecución o por otras características, resultan incompatibles con la constitución de una sociedad por acciones, pero con las cuales el mundo contemporáneo no existiría”.

En una posición más moderada Palmero manifestó que la limitación del art. 30 que tiene su similar en el derecho norteamericano no debe llevarnos a magnificar sus alcances y que si se encara su reforma debe ser muy meditada y prudente, para evitar males mayores. También señaló que la inserción de una sociedad por acciones en otra que no lo es, produciría una verdadera alteración en sus estructuras.

Es por eso que en la Comisión de reforma de la ley 19.550 hubo en general consenso en defender teniendo en cuenta las razones expuestas y que con la sanción de los Contratos de Agrupación Empresaria el debate quedaría mitigado.

Por otra parte Cabañellas de las Cuevas-Kelly sostuvo que la legislación societaria argentina ha dispuesto obstáculos vernáculos a la integración interempresaria que la ley 22.903 no sortea sino parcialmente ya a través de complejos rodeos no carentes de accidentes y peligro para quien decida seguirlos.

A modo de inquietud u teniendo en cuenta los tiempos que se avecinan con la creciente globalización de la economía recalando nuestra postura acerca de la creación en el futuro de los Grupos de Interés Económicos del Mercosur, con personalidad moral, el art. 30 podría manifestarse nuevamente como un obstáculo al régimen supranacional pretendido.

Es por eso que propiciamos y proponemos su modificación, teniendo en cuenta el Principio Constitucional de Legalidad: “Todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido” (art. 19, C.N.), estableciendo de manera expresa a las S.A. y a las S.C.A. la prohibición de formar parte de sociedad colectivas y S.R.L. según el régimen actual de la ley 19.550, dejando expedita la vía para que en un futuro no muy lejano, nuestra legislación no choque con la legislación supranacional que todos esperamos.

Aclaremos que lo que el art. 30 actual regula es una permisión única para las S.A. y las S.C.A., y lo que nosotros pretendemos con la modificación que el art. 30 regule una *prohibición expresa*, dejando amplia libertad para lo que no está *taxativamente* restringido.