

AGRUPAMIENTOS INDEPENDIENTES EN EL MERCOSUR: JOINT VENTURES, UNIONES TRANSITORIAS DE EMPRESAS Y CONSORCIOS FRENTE AL RÉGIMEN SOCIETARIO

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (h)

PONENCIA

1) Las provisiones legislativas de los países del Mercosur en materia de "Uniones Transitorias de Empresas" (Argentina) y "Consortios" (Brasil y Uruguay) no implican una tipología cerrada que importe la nulidad de las *joint ventures* que no asuman esas formas.

2) Tales *joint ventures* tampoco podrán ser consideradas como sociedades comerciales en la medida en que no existan, simultáneamente, aportes para un fondo común destinado a lograr el emprendimiento (capital) y comunicación de los resultados (suerte común).

3) Las *joint ventures* inscriptas como "Uniones Transitorias de Empresas" o como "Consortios", gozan de la presunción *iuris tantum* de no ser sociedades.

FUNDAMENTOS

1. El Mercosur: situación de su etapa actual

El objeto del *Mercosur*, en los términos del Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, consiste en la creación de un macro-mercado, a través de la integración de los mercados nacionales de los Estados partes (por ahora Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay), para acelerar el desarrollo económico a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes (ver sus Considerandos).

Ello implica, no sólo establecer un arancel externo común respecto de terceros países no miembros (barrera exterior), sino también la derogación de las barreras internas de modo de permitir la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los Estados partes (art. 1º, tercer y cuarto párr.).

Dicho paso es el más delicado por cuanto una apertura inmediata e irrestricta de las fronteras internas podría irrogar gravámenes irreparables a economías regionales o sectores determinados. Por ello, el Tratado prevé el establecimiento de condiciones adecuadas de competencia entre los países miembros mediante la metodología de la *coordinación* de las políticas de cada área (art. 1º, quinto párr.).

Durante el período de transición, que terminó el 31/12/94, los instrumentos para llegar al mercado común fueron, por un lado, un programa de Liberación Comercial, con una progresiva y automática rebaja de aranceles –sin perjuicio de diferencias puntuales de ritmo y cláusulas de salvaguarda–, lo que obligó a establecer un sistema de calificación de origen.

Por el otro, se acudió a la coordinación de políticas macroeconómicas, a la fijación del arancel externo común y a la adopción de acuerdos sectoriales.

Paralelamente, se implementó un sistema de solución de controversias entre los Estados partes derivadas de la interpretación y/o aplicación de los Tratados y resoluciones de los Organismos, plasmado en el Protocolo de Brasilia del 17/12/91.

Finalmente, mediante el Protocolo de Ouro Preto del 17/12/94, se aprobó la Estructura Institucional del Mercosur reglamentándose los diversos órganos: El Consejo, El Grupo Mercado Común, La Comisión de Comercio, La Comisión Parlamentaria Conjunta, El Foro Consultivo Económico y Social y la Secretaría Administrativa, y declarándose la personalidad jurídica de derecho internacional del Mercosur, su sistema de decisiones y fuentes jurídicas.

Por otra parte, y como consecuencia de los progresos en la etapa de transición, a partir del 1º de enero de 1995 rige una unión aduanera imperfecta con un arancel externo común y un arancel interno cero sobre casi un 80% del universo arancelario, previniéndose un cronograma de convergencias y salvaguardas transitorias.

Se advierte, pues, que de las libertades que implican el Mercado Común se ha avanzado muchísimo en materia de libertad de circulación de mercaderías.

En la etapa presente debe avanzarse sobre las restantes libertades de los factores de producción: circulación de servicios, de establecimiento, de capitales y de trabajadores.

2. La armonización legislativa y los agrupamientos independientes

Las referidas libertades exigen la eliminación de las denominadas fronteras técnicas, es decir, las limitaciones que nacen de las diferencias de las legislaciones internas de cada país en materias tales como comercio, aduanas, impuestos, transportes, tecnología, energía, relaciones laborales, seguridad social, contratos, sociedades, seguros, entidades financieras, títulos de créditos, etc.

A efectos de procurar este último aspecto aparece el compromiso de los Estados partes de *armonizar* sus legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integración de los mercados (art. 1º *in fine*).

Limitando este análisis al plano del comercio y la producción, consideramos que el proceso de armonización legislativa debe tender a superar eventuales discor-

dancias y/o incompatibilidades entre las normativas de los distintos Estados partes de modo de facilitar los contratos, las sociedades y los cambios entre empresarios domiciliados en diversos países del Mercosur.

Pero, además, entendemos conveniente que el proceso de armonización también incursione en el ámbito de los agrupamientos y de la cooperación independiente entre empresarios a efectos de lograr fructíferos emprendimientos comunes tendientes a producir determinados bienes o servicios, tanto para concretos requerimientos de dicho mercado, como para el mercado exterior al bloque.

3. Las "joint ventures"

En dicho ámbito de cooperación independiente entre empresas de diversas nacionalidades, aparece el instituto anglosajón de la *joint venture*,¹ creación de la práctica y jurisprudencia norteamericanas.

Si bien el mismo carece de una noción unívoca entendemos descriptiva la definición según la cual constituye un acuerdo contractual entre dos o más partes para dividir, sobre base igualitaria, el producto, las ganancias y las pérdidas de una actividad económica específica y determinada en el tiempo y en su finalidad".²

Las modalidades básicas que una *joint venture* puede asumir son la puramente contractual, o la societaria, consistiendo esta última en recubrir el acuerdo de colaboración independiente sobre una operación determinada bajo la forma de una sociedad, generalmente anónima.³

En este trabajo nos referimos solamente a la modalidad contractual, la que ha constituido y constituye hoy una herramienta de trascendente utilidad e interés en el ámbito de la colaboración independiente y de las inversiones extranjeras, y ha tenido en las latitudes latinoamericanas diversas modalidades y grados de adaptación sociológica y legislativa conforme a las particularidades, exigencias y características de los distintos medios locales.⁴

¹ Ver BONVICINI, Daniele: *Le Joint Ventures, tecnica giuridica e prassi societaria*, Milán, 1977; KLAUS LANGFELD - WIRTH: *Joint Ventures internacionales*, París, 1992; LE PERA, Sergio: *Joint Venture y sociedad*, Bs. Aires, 1992; COLAIACOVO - AVARO - ROSADO DE SA RIBEIRO - NARBONA VELIZ: *Joint Ventures y otras formas de cooperación empresarial internacional*, Bs. Aires, 1994; FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M.: "Los joint ventures: aspectos de su encuadramiento jurídico y legislativo", en Revista *La Información*, Bs. Aires, marzo de 1981, n. 615, t. XLIII, p. 609, y bibliografía allí citada.

² WEST: "Thinking Ahead: the Jointly Owned Subsidiary", en *Harvard Business Rev.*, julio-agosto 1951, p. 31, cit. por BONVICINI, op. cit., p. 11.

³ Ver del suscripto "Joint Venture bajo forma de sociedad anónima", en *Negocios para societarios*, Bs. Aires, 1994, Ad-Hoc, pp. 273 y ss., y bibliografía allí citada.

⁴ Ver el ilustrativo trabajo de Ana María M. de AGUINIS y Susana C. de ZALDUENO: "Experiencias y perspectivas de la empresa conjunta en América Latina", en RDCO, Bs. Aires, enero-junio 1990, n° 133/135, pp. 1 y ss.

4. Las "Uniones Transitorias de Empresas" y los "Consortios"

Sin aludir expresamente a las *joint ventures*, las legislaciones de los países del Mercosur regulan la colaboración independiente entre empresas conforme al siguiente cuadro de situación:

- a) Existe regulación específica en Argentina ("*Uniones Transitorias de Empresas*" - "UTE" - art. 37 ley 19.550 modificada por ley 22.903 de 1983),⁵ en Brasil ("*Consortios*", art. 278 ley 6404 de 1976),⁶ y en Uruguay (*Consortios*, art. 501 de la ley 16.060 de 1989).
- b) Los regímenes de las "UTE" y de ambos "Consortios" son sustancialmente similares en cuanto a sus características principales, a saber: 1) no tienen personalidad jurídica ni, por ende, patrimonio propio; 2) no hay responsabilidad solidaria de sus miembros respecto de o obrado por cada uno; 3) los actos del representante se imputan a los respectivos patrimonios y las adquisiciones, si son comunes, se rigen por las reglas del condominio; 4) el objeto debe ser un concreto emprendimiento limitado en el tiempo; 5) se exige un contrato escrito con un contenido mínimo que regule la situación de las partes en varios aspectos; y 6) se prevé la inscripción en un registro, sin precisarse las consecuencias de su omisión.
- c) En cuanto al Paraguay, el nuevo Código Civil sancionado en 1985, que unifica las materias civil y comercial, no contiene normativa específica relativa al instituto, pero el mismo resultaría encuadrable en las normas sobre contratos innominados (art. 670), aplicándose las normas de contratos análogos en el marco de la libertad contractual (art. 669). Por su lado, la ley 117/91 de Inversiones reconoce las inversiones conjuntas entre nacionales y/o extranjeros bajo la modalidad de riesgo compartido (*joint ventures*) u otras. No tiene personalidad jurídica y los derechos y obligaciones se rigen por el contrato. Los asociados deben constituir domicilio en el país y cumplir con los demás requisitos de la legislación nacional *arts. 14 a 17).⁷

⁵ Ver ZALDÍVAR - MANÓVIL - RAGAZZI: "Contratos de Colaboración Empresarial", Bs. Aires, 1986, pp. 127 y ss., y bibliografía allí citada. También FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M.: "Las uniones transitorias de empresas", en *Rev. de Doct. Societaria y Concursal*, Bs. Aires, 12/5/88, t. I, pp. 172 y ss.; ANAYA, Jaime L.: "La autonomía privada en los contratos de colaboración empresarial", en *ED*, Bs. Aires, 16/6/87, t. 123, n° 6758; FERRO, Héctor: "Unión transitoria de empresas. Discrepancias. Contingencias", en *ED*, Bs. Aires, 23/7/90, año XXIX, n° 7537; ALTERINI, Atilio, y LÓPEZ CABANA, Roberto: "La rescindibilidad unilateral en los contratos de colaboración empresarial", en *LL*, Bs. Aires, 31/7/91, año LV, n° 143.

⁶ Ver KONDER COMPARATO, Fábio: "Os grupos societarios na nova lei brasileira de sociedades por ações", en *RDCO*, Bs. Aires, 1978, año 11, pp. 871 y ss.

⁷ Ver AGUINIS, Ana María M. de: "Empresas e Inversiones en el Mercosur", Bs. Aires, 1993, p. 124.

- d) Para la actuación habitual en los países miembros de las sociedades consideradas por cada legislación como "extranjerías" se exigen recaudos previos de identificación, domiciliación local e inscripción (v.gr. Argentina, art. 118, tercer párr., ley 19.550; Paraguay, art. 1197 Cód. Civil de 1985; Uruguay, art. 193, tercer párr., ley 16.060). Dicha exigencia también es requerida expresamente por la ley argentina para formar parte de una "UTE" (art. 377, 2ª parte), puede considerarse implícita para integrar los "Consortios" de Brasil y Uruguay, y exigida por la ley paraguaya de inversiones en tanto alude al cumplimiento de los demás requisitos de la legislación nacional.

5. Tipicidad de los agrupamientos independientes

Las figuras legisladas en el Mercosur que acabamos de examinar ¿constituyen una tipología cerrada en cuyos términos sería nula la celebración de una *joint venture* que no adopte sus formalidades? ⁸

Entendemos que la respuesta negativa se impone ya que:

- a) la tipología societaria, en los países donde rige, no tiene por qué ser aplicada a contratos no societarios;
- b) la sanción de nulidad no puede ser interpretada extensivamente aplicándola a situaciones no originariamente previstas;
- c) es principio de derecho privado general de los países del Mercosur la libertad de contratación en virtud de la fuerza jurídica de la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, afirmamos que no existe en el Mercosur una tipología cerrada de la colaboración empresarial que importe la nulidad de los *joint ventures* no ajustados a las formas previstas.

6. Agrupamientos independientes, sociedad y regularidad

Ahora bien, si la *joint venture* no adopta alguno de los tipos previstos en las legislaciones del Mercosur (UTE o Consorcio), o si adoptándolo no cumple con la formalidad relativa a la inscripción del contrato en el registro mercantil ¿se presenta una situación de irregularidad por defecto de publicidad que tome aplicable las reglas de las sociedades irregulares? ⁹

La respuesta puede ser positiva o negativa conforme a las siguientes consideraciones:

⁸ Como es nula en Argentina la constitución de una sociedad comercial de los tipos no autorizados por la ley: art. 17 ley 19.550.

⁹ Reglas que, en Argentina por ejemplo, implican responsabilidad solidaria, ilimitada y directa, representación promiscua, prohibición de invocar el contrato, y posibilidad de pedir la disolución en cualquier tiempo, salvo contraoferta mayoritaria de regularización (arts. 21 a 24, ley 19.550), a lo que se suma la prohibición de las sociedades por acciones de integrarlas (art. 30 misma ley).

- a) Para ser sociedad irregular hay primero que ser "sociedad", esto es, reunir los elementos propios de dicha relación jurídica (pluralidad de miembros, organización, aportes para formar un capital con destino empresario, suerte común en las ganancias y en las pérdidas, etc.).
- b) En las *joint ventures*, con o sin forma de UTE o Consorcio, pueden o no presentarse los elementos "capital" y "suerte común".

Por ejemplo, si cada partícipe cumple su parte efectuando trabajos o prestaciones respecto de terceros, sin formar una masa común, o si, conforme con el régimen pactado, el mismo negocio puede dar ganancia a un miembro y pérdida al otro según a cuánto se haya cotizado su parte en la obra común y los gastos individuales que hubiera tenido (negocio parciario), mal podrá entenderse que exista sociedad de ninguna clase.

Por lo contrario, si los partícipes se limitan a aportar dinero a un fondo común con el que se levará a cabo el emprendimiento, y se dividen proporcionalmente los resultados, se estará ante una sociedad, cualesquiera fuera la calificación intentada.

En su mérito afirmamos que la no inscripción de las *joint ventures* no causa calificación societaria ni irregularidad en la medida en que no existan, simultáneamente, aportes a un fondo y división de resultados.

7. Publicidad de los agrupamientos independientes

¿Cuál será, entonces, el sentido de cumplir con la publicidad que imponen los distintos ordenamientos?

Pues no será otro que la seguridad de un encuadramiento puramente contractual, sin configuración atípica, ni de sujeto de derecho, ni societaria, en orden a la presunción, *iuris tantum*, que nace de las inscripciones en el registro mercantil y derivada del control de legalidad que, en mayor o menor medida, se efectúa con carácter previo a su formalización.

En otros términos, si está la *joint venture* inscrita como UTE o como Consorcio se presumirá que es eso y no otra figura disvaliosa.