

CONTRATOS ASOCIATIVOS Y DE COLABORACION: ELEMENTOS PARA UNA CALIFICACIÓN.

Ricardo Lorenzetti

D) INTRODUCCIÓN

Cuando se habla de colaboración, en derecho se hace referencia a un fenómeno específico, que se recorta conceptualmente sobre un fondo de vínculos que se dan en la realidad y que no son, estrictamente considerados, vínculos de colaboración.

Es de interés establecer algunas características esenciales que distinguen a una y otra forma, puesto que la calificación será disímil. Las partes necesitan de un mapa que los guíe jurídicamente.

La actividad económica muestra que hay muchas actividades para las que se necesita de otro; esto es interacción, acción conjunta, pero de ello no se deduce simplemente un vínculo como el que intentamos definir.

1) Amplitud del concepto:

Se ha dicho que hay contratos de colaboración cuando hay una función de cooperación para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato (SPOTA, Alberto G, "Instituciones de derecho civil-Contratos", Depalma, Bs. As. 1974, t.I., pag. 124).

La colaboración puede ser entendida en un sentido muy amplio entendiendo por tal toda utilidad que se obtiene mediante la concurrencia de una prestación ajena. En la compraventa se obtiene dicho fin económico mediante la prestación que da la otra parte; en la locación de servicios mediante el trabajo de la contraprestación, en la sociedad mediante aportes comunes.

Este concepto requiere algunas precisiones, ya que pueden advertirse distintos grados.

2) - La colaboración en las relaciones de cambio

A - La colaboración mediata

En un extremo están las compraventas en las que hay un intercambio de bienes o por dinero.

Lo característico es que ambas partes mantienen su individualidad y la colaboración se dá a través de obligaciones recíprocas.

La existencia de una relación bilateral con obligaciones correspondientes pone de relieve la idea de cambio, que es su finalidad esencial. La colaboración aparece como una consecuencia de esa relación.

En los contratos de cambio la finalidad inmediata es la circulación de bienes y por ello el negocio jurídico está estructurado en base a ello.

En los negocios de cooperación, ésta es el fin inmediato y lo mediato puede ser el intercambio de bienes; así sucede quienes colaboran entre sí para armar un sistema de producción y comercialización para vender productos en el mercado. El instrumento jurídico responde a ésa finalidad. En la operación de cambio podríamos ubicarlo como atinente a un aspecto interno de la oferta o de la demanda de bienes, no en la interrelación de ambas.

B. Relación de cambio y control

Muchas relaciones jurídicas de cambio permiten una vinculación más estrecha.

La locación de cosas, permite al locador cierto grado de control sobre el destino y utilización de los bienes locados. También en algunos mutuos, el prestamista conserva el poder de impedir determinados actos de deudor que lesionen su solvencia o sean perniciosos a los intereses del prestamista.

Aquí subsiste la idea de cambio, pero en razón de que el incumplimiento de una de las contraprestaciones puede tener un efecto de relevancia en el patrimonio de la otra parte, se conceden poderes especiales que se traducen en un control.

El poder de contralor obedece aquí a una finalidad de garantía que es accesoria de un contrato de cambio. En los vínculos asociativos el control es parte de uno de los aspectos importantes de la integración total o parcial que se da entre las partes.

C. Relaciones de colaboración y control interno

Es frecuente que, con finalidades de colaboración, se opte por el control de la voluntad del otro.

En materia de sociedades se puede controlar mediante la adquisición de una parte de acciones de otra sociedad.

Se diferencia del control en los contratos de cambio en que no hay finalidad de garantía, sino de obtención del fin del propio controlante. El controlado se desustancializa, adquiriendo un carácter instrumental.

Este adelgazamiento de la figura del controlado tiene importantes consecuencias jurídicas, en materia de penetración de la persona jurídica y de responsabilidad del controlante.

Además, el artículo 30 de la ley de sociedades comerciales establece que las sociedades anónimas y en comandita por acciones sólo pueden formar parte de sociedades por acciones, lo que consagra la imposibilidad de hacerlo por otros tipos. Esta norma pretende proteger a los socios de la sociedad participante que asume importantes compromisos al adquirir parte de otra.

D- Contratos Parciarios

El negocio parciario es un contrato de cambio en el que las prestaciones de las partes dependen del álea de los negocios de una de ellas; hay una participación en los beneficios de una empresa ajena. Los beneficios no surgen de una actividad coordinada de ambas, ni de aportes y como consecuencia de ello una de las partes no puede tomar parte en la administración o control de la empresa. (CABANELLAS-KELLY, PAG.64; FARGOSI, "La sociedad anónima como socia", LL. 1973. T. 152, pag. 843). Los contratos de colaboración son básicamente asociativos.

II- CONTRATOS DE COLABORACION

Surgen cuando dos contratantes se vinculan entre sí para obtener un fin. Una persona puede tener finalidades que no puede hacer por sí sola. Ello es un fenómeno muy difundido en la economía contemporánea donde se quiere llegar a un número grande de personas, o en un territorio extenso o efectuar una gran cantidad de actividades.

1. Encargo de actos jurídicos: El mandato, corretaje, comisión, agencia, concesión, franquicia.

En el contrato de mandato una de las partes quiere celebrar uno o varios actos jurídicos; para hacerlo encarga a otro para que lo haga, con o sin representación (art. 1869 C.C. y Doct.). Hay aquí una cooperación entre mandante y mandatario para celebrar uno o más actos jurídicos (art. 1869 C.C.).

Es relevante el interés que tiene una de las partes en llevar adelante una finalidad, razón por la cual todo el negocio se encamina hacia ello. Por ello, aquel que realiza el encargo tiene un carácter instrumental, debe adecuarse a la finalidad; de allí la preferencia por los intereses del mandante (art. 1908 Cod. Civil).

Sobre este molde pueden advertirse similitudes con otros contratos de colaboración.

Así se puede solicitar la mediación o corretaje a alguien para acercar a dos partes y celebrar un negocio.

Si la finalidad es encargar a alguien que venda, hay una riquísima variedad de modalidades contractuales que son de típica colaboración: la agencia, la comisión, la concesión, la franquicia.

2. Encargo de actos materiales: locación de obra (de empresa, de edición, de representación teatral, o sobre derechos intelectuales, y servicios (materiales o intelectuales) y transporte.

Cuando alguien quiere encargar a otro la realización de una obra material o técnica o un servicio, celebrará un contrato de locación de obra o de servicios.

Aunque aquí hay un intercambio de obligaciones de hacer por obligaciones de dar sumas de dinero (art. 1623), hay siempre una finalidad que orienta todo el negocio. La casa, el cuadro, la curación de una enfermedad, la defensa de un pleito, la elaboración de un programa de computación constituyen objetivos que persigue quien formula el encargo. En razón de su complejidad técnica o de imposibilidad física o simplemente por falta de experiencia lo encarga a otro. 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 encargo, en razón de la discrecionalidad técnica que se le reconoce, diseña el cómo llevarlo a cabo. Esto se relaciona en cierto modo con la distinción entre obligaciones de medios y de resultados y nos remitimos a lo dicho en nuestro último trabajo sobre el tema ("CONTRATOS MEDICOS", Larroca, Bs. As. 1991).

Este 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.

Así sucede con los contratos de locación de obra en todas sus modalidades, tratése del contrato de empresa, de edición, de representación teatral, o sobre derechos intelectuales.

De igual modo en la locación de servicios, trátase de servicios materiales, como los que realiza el plomero, como los intelectuales, que efectúa el médico o el abogado (CONF.: "Responsabilidad civil del médico", Rubinzal y Culzoni, Santa Fé, 1986, pag.86).

Este encargo de actos materiales puede ser efectuado a alguien muy próximo, con quien se tiene subordinación jurídica, técnica o económica, presentándose así el supuesto de contrato de trabajo. El trabajador se obliga a "realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta" (art. 21 Ley 20744 t.o).

También en el contrato de transporte hay un encargo y una finalidad de colaboración.

III - LA COORDINACIÓN COMO FORMA DE COLABORACIÓN

La obtención de un fin puede ser compartida. Ya no estamos en los supuestos anteriores en que el interés es de una de las partes y la prestación de la otra es un instrumento para obtenerlo. Ambos comparten un fin y se aúnan para lograrlo.

Las declaraciones de voluntad de los sujetos se ponen todas de un mismo lado, destinadas a la satisfacción de un mismo interés.

1) **La integración absoluta:** entre personas físicas (sociedad), y jurídicas (fusión).

Cuando se decide una colaboración estrecha entre personas físicas, y se alcanza el grado máximo con la integración, los sujetos se agrupan en una sola parte. Se alcanza una identidad tal que permite hablar de un acto complejo, en el sentido de que supone la combinación de varias voluntades, y colegial en cuanto se imputan a un sujeto distinto de los agentes. Surge aquí una persona jurídica, es un contrato de sociedad.

En un sentido es un acto prenegocial, puesto que analizado en el intercambio de bienes y servicios, un grupo de personas se reúnen en sociedad para constituir una parte, que vende o compra o presta servicios en el mercado hacia terceros. Es previo al negocio que la sociedad celebrará con terceros.

Esta modalidad puede darse también entre personas jurídicas. Puede darse una fusión entre sociedades, supuesto éste en que las sociedades integrantes pierde su identidad, con una única estructura organizativa.

2) La integración parcial:

A- La aventura común (joint venture)

-- La joint venture es antes que nada un supuesto de hecho que describe un fenómeno de agrupación parcial, que puede adoptar subsumirse en la sociedad, en el contrato asociativo no societario, o en el contrato parciario, o en el contrato internacional.

La velocidad de los negocios, la necesidad de limitar los riesgos, y muchas otras circunstancias hacen que las partes puedan pretender una integración parcial.

Esta fugacidad, exige unirse y separarse en tiempos relativamente cortos. El desarrollo del proyecto común puede llevar también un período relativamente largo de tiempo e importantes inversiones, pero es ésta evolución la que condiciona la existencia del agrupamiento. En la sociedad en cambio es la estructura societaria la que condiciona los negocios y su disolución.

En estos casos, los participantes preexisten al negocio y lo sobreviven, quedándose con las ganancias.

Suele ser característico de estos negocios el interés por la persona de los participantes, porque sean éstos físicas o jurídicas, sus calidades han sido tomadas en cuenta para el emprendimiento.

Este género de actividades en colaboración puede hacerse de modos diversos, según lo prefieran las partes y ha dado lugar a tres sentidos en que se ha trabajado el concepto en el derecho norteamericano.

3. Contratos parasociales

Son contratos con una función accesoria del de sociedad, que pretenden modificar los efectos del contrato principal. De su accesoriadad surge que sólo pueden modificarlo en la medida en que los estatutos lo permitan (PEDROL, A. "La anónima actual y la sindicación de acciones", Madrid, 1969, pag. 40).

VI) EL CONTRATO ASOCIATIVO

Sin entrar por ahora al desarrollo de las clasificaciones sobre contratos plurilaterales y asociativos, importa al menos señalar algunos elementos distintivos.

A. Adquisición de ganancias a título originario

Entre las fuentes del art. 1648 del Código Civil Argentino que define el contrato de sociedad, se cita el artículo 1832 del Código Francés, hoy derogado, que refería a la sociedad como contrato, siguiendo las enseñanzas de Aubry y Rau. En aquellos tiempos les importaba a los juristas distinguir la sociedad de la simple comunidad de intereses, que se daba cuando dos vecinos decidían comprar en común un terreno para dedicarlo a un lugar de paseo o una máquina para explotarla privativamente, cada uno a su turno. En éstos supuestos se decía que faltaba la intención de constituir con los aportes un fondo común para obtener los beneficios que resultaren de las operaciones realizadas con ayuda de ése fondo; las ventajas no son divisibles, sino que se aprovechan privadamente. Vélez recepta estas enseñanzas francesas en la nota al art. 1648, señalando que en la comunidad de intereses falta "el fin característico del contrato de sociedad, que es obtener un beneficio o un resultado cualquiera, que dividirán entre sí", y criticando a Tropolog que sostenía que aún en los supuestos de beneficios dinerarios no divisibles habría sociedad.

Es un principio de distinción entre sociedad y contratos asociativos, puesto que las utilidades se adquieren originariamente por los participantes y no a título derivado, pasando por el filtro de un ente y dividiéndolas luego.

B. Plurilateralidad

Son contratos plurilaterales en el sentido técnico, por lo que cabe aplicar su régimen. Ello es relevante en materia de pacto comisorio, exceptio non adimpleti contractus, frustración por muerte o incapacidad de los participantes. Se asemeja en esto a la sociedad, pero se diferencia de ella en la ausencia de un sujeto de derecho.

C. Determinación del objeto

El objeto del contrato es determinado, ya que la integración se produce para uno o más negocios que deben estar descriptos en el acto genético. En supuestos de negocios determinables hay una cercanía con la sociedad.

La determinación se refiere a la operación, aunque sus detalles suelen ser precisados con posterioridad y durante la ejecución. De allí la importancia del arbitraje, no solo como órgano jurisdiccional, sino como instrumento de integra-

ción jurídica, en la determinación de modalidades de la obligación.

D. Separación funcional y patrimonial

En la integración parcial interna, las actividades se dan con respecto a operaciones idealmente separables de una empresa. Las partes disminuyen los costos haciendo en común algunos tramos del proceso productivo, de investigación, o de comercialización. De ello se sigue que el objeto tiene alguna relación con la actividad de los participantes, ya que debe ir en provecho de ellos.

Esta separación ideal tiene su expresión patrimonial. Las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran, constituyen el fondo común operativo de la agrupación. Conforman un patrimonio indiviso durante el plazo de vigencia de la agrupación y sobre el que no pueden hacer valer sus derechos los acreedores particulares de los participantes (art. 372 LS).

En la integración parcial externa no se requiere la constitución de dicho patrimonio, ya que las tareas pueden ser atendidas con fondos suministrados directamente por las partes.

La constitución de un patrimonio indiviso no obedece a un problema de responsabilidad civil frente a terceros; no persigue aquí la ley dar garantía patrimonial, lo que la diferencia claramente de la sociedad.

E. Las formas

Dado su carácter transitorio, se pretende que el agrupamiento sea flexible y por lo tanto dotado de formas livianas; lo necesario para garantizar su identificación y ubicarla en el derecho de la competencia. Por eso se requiere la forma escrita y su inscripción en un registro público. Esto la diferencia de la sociedad, que adopta formas mucho más pesadas, propias de la tipicidad y de la personalidad jurídica.

F. Carácter intuitu personae - la buena fe

El contrato es intuitu personae, lo que muestra su distanciamiento respecto de las sociedades por acciones.

La buena fe adquiere relevancia en las tratativas preliminares, que suele insumir tiempo y recursos. De modo que resultan plenamente aplicables las relativas a la responsabilidad precontractual.

En el momento extintivo, hay que tener en cuenta que se trata de agrupamientos

transitorios, por lo que el apartamiento es previsible, no siendo aplicables los principios indemnizatorios derivados de la rescisión unilateral.

G- Responsabilidad frente a terceros

Examinando el problema desde la teoría general, cabría decir que ante la ausencia de una persona jurídica, las relaciones con los terceros se regulan sobre el modelo de la obligación con pluralidad de sujetos. Son básicamente mancomunadas, no pudiéndose presumir la solidaridad (art. 701).

No obstante, hay situaciones que derogan este principio.

En primer lugar, pueden las partes crear la solidaridad (art. 701 C.C., y 381 LS).

En segundo lugar puede obtenerse el mismo efecto por la actuación del representante. Cuando varios mandantes encargan un negocio a un mandatario en interés común de ellos, no hay solidaridad (art. 1941 C.C.), salvo que el objeto del negocio fuera indivisible, supuesto en que el tercero podrá reclamarlo en su totalidad a cada uno de los mandantes (art. 686 C.C.). En la agrupación en colaboración la prestación es indivisible, ya que se trata de una "unidad funcional", por lo que la ley habla, impropriamente de solidaridad. En la unión transitoria, la obligación es esencialmente divisible, por lo que la ley se expresa en términos de mancomunación.

Asimismo, en la responsabilidad extracontractual por el riesgo o vicio de las cosas, y probado que es la unión la que aprovecha, habrá legitimación pasiva de todos los integrantes como guardianes.

VII- SU DIFERENCIA CON LOS CONTRATOS DE CAMBIO; CAUSA SIMULADA E INVERSIONES EXTRANJERAS

Los contratos asociativos se diferencian plenamente de los contratos parciarios, ya que en estos últimos hay una finalidad de cambio y obligaciones corresponsivas.

Se distinguen también de los contratos de cambio. En ellos hay una diversidad de objetivos, los intereses son contrapuestos: la pérdida de uno es la ventaja del otro; en los asociativos la identidad de objetivos, hace que si uno sufre una pérdida los otros también la padecen, y las ventajas de uno son las de todos.

Esta distinción puede adquirir interés en el contexto de las inversiones extranjeras. En América Latina se basaron siempre en relaciones de subordinación, entre una empresa multinacional y una local, mediante contratos de cambio con

pago de royalties o a través de la instalación de agencias, concesionarios, etc.

Cuando se adoptan formas de coordinación, puede suceder que estas encubran relaciones de subordinación. Frente a las claudicaciones que en este sentido muestra el derecho público al adoptar legislaciones permisivas o desregulatorias queda al derecho privado la última valla.

El profesor Eros Roberto Grau, al tratar el contrato de transferencia tecnológica ("joint venture e transferencia de tecnología lei de informática", Rev. de Direito Mercantil, Industrial, Económico y Financiero", N° 79, Jul. - Set., 1990), señala claramente que los consorcios, debido a su identidad de intereses, hacen presumir "iuris et de iure", que hay influencia o control sobre el destino común, y ello tiene relevancia a la luz de las leyes de inversiones extranjeras que prohíben el ejercicio de tal poder. Por ejemplo, la constitución de la República del Brasil de 1988, en su art. 171 y el Tratado para el establecimiento de un Estatuto de empresas binacionales Argentino-Brasileñas, dispone que el control real sea de inversores nacionales argentinos o brasileños y si se sigue la tesis de Grau, la conclusión es que la joint venture con una sociedad extranjera implicaría un control de hecho impedido legalmente.

Nos parece una interpretación excesiva, porque produciría efectos demasiado restrictivos. El problema puede ser solucionado a través de la causa simulada, señalándose que no existe coordinación, sino subordinación.

VIII)- LA COLABORACIÓN ILÍCITA

Frente a la desregulación de los mercados, y a fin de que funcionen adecuadamente y sin distorsiones, es preciso un "derecho de la competencia".

En la exposición de motivos de la ley 22.903 (sec. I, 1 publ. en leg. arg. tomo 1983 - B - 1617), se advierte sobre la preocupación de la comisión de estructurar un régimen que no sea contradictorio con la legislación antitrust de Argentina, plasmada en la ley 22.262. Como consecuencia de ello se prohíbe que la organización consorcial ejerza funciones de dirección sobre la actividad de sus miembros (art. 368 LS), y resultan aplicables las normas antitrust referidas. En especial, recordamos que se prohíbe en la ley 22.262 toda conducta monopólica: acciones concertadas para hacer variar precios de un mercado, o para controlar el desarrollo técnico o inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios, o para fijar condiciones de venta y comercialización o para distribuir zonas, mercados o clientelas.

La denominada acción concertada puede provenir de un contrato de colabo-

ración, que si tiene estas características que afectan las leyes del mercado de un modo relevante, son ilícitos.

Nos parece anotar que estas reglas rigen para protección del consumidor en el espacio económico en que se aplican. En el derecho de la integración el Tratado de Roma dispone en su art. 85 la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas que puedan interferir en comercio entre los estados miembros y que afecten la competencia dentro del Mercado Común; no hacia afuera.

Esto es relevante en un mundo en que se negocia de bloque a bloque, y constituye un desafío para los juristas que pretenden resguardar el interés nacional o regional, en un marco absolutamente distinto.

IX)- CONCLUSIÓN:

Seguramente se observará la insuficiencia de estas notas, pero reclamamos para ellas la indulgencia con que se suele tratar el ensayo que se justifica por su carácter motivador antes que por su exhaustividad.

Hay distintas posiciones en la doctrina. Están aquellos que ven los contratos asociativos y los joint como un epifenómeno del derecho societario comercial; otros que identifican el contrato asociativo con la sociedad civil como modelo general. Nuestro propósito es señalar la conveniencia de diseñar unos principios generales aplicables a todo modelo asociativo, que contemplen desde la integración total (sociedad), hasta la parcial (vínculos parciarios o transitorios), y que a su vez sirvan para contener en su seno a los fenómenos de regulación estatutaria que se muestran expansivos y desintegradores. Una doctrina científica debiere dar firmeza a estas bases para que sean punto de referencia tanto del legislador como del intérprete a la hora de reconducir a un tronco común a aquellos institutos particulares que va creando la costumbre.