

COORDINADOR LOCAL: *Doctora María Emilia Lloveras de Resk.*

SUMARIO: 1.- Consideraciones generales. 2.- Los contratos de colaboración. 3.- Los contratos de organización. 4.- Los contratos plurilaterales. 5.- Los contratos asociativos. 6.- Los joint ventures. 7.- La clasificación múltiple de los contratos. 8.- Los contratos de colaboración y el MERCOSUR. 9.- El fondo común operativo. 10.- Las normas tributarias. 11.- Otros perfiles del tema.

1.- CONSIDERACIONES GENERALES

Entre los objetivos de este Congreso se encuentra "la actualización del derecho contractual y societario de la organización empresarial, partiendo de la realidad jurisprudencia para su integración y actuación nacional, regional e internacional", con especial atención al marco que proporciona el MERCOSUR (Derecho Societario y de la Empresa. Córdoba. Advocatus. 1992. Tomo I, pag. 11)

En el tema de los Contratos de colaboración y asociativos se impone el cumplimiento de los objetivos citados.

Como Relatora Nacional en este Congreso me corresponde señalar las coincidencias y discrepancias en las ponencias presentadas en relación al tema tratado, tarea difícil por lo breve del tiempo que se me ha asignado, razón por la cual pido disculpas por cualquier omisión en que pueda incurrir.

El Dr. Efraín Hugo Richard, alma mater de este Congreso, viene trabajando en la línea doctrinaria de obtener una clasificación consensuada de los contratos de colaboración y asociativos desde hace mucho tiempo, probablemente desde antes de la aparición del Proyecto de Unificación Civil y Comercial en 1987.

En esta línea temática aparecen numerosas coincidencias en las ponencias presentadas, algunas expresas otras que surgen implícitamente de lo

expuesto. En los trabajos es dable advertir que se manifiesta aquella preocupación de Richard, preocupación de lograr un consenso doctrinario en la clasificación de los contratos de colaboración y asociativos, lo que exige previamente coincidir en los conceptos y terminología. Y este consenso doctrinario es buscado con miras a su introducción en una próxima reforma legislativa.

La inquietud señalada, debe destacarse, no es de carácter puramente especulativo, sino que su concreción posee efectos prácticos muy importantes. Entre ellos rescatamos las consecuencias sostenidas por Richard y García en su Ponencia a este Congreso. Estos autores sostienen que una precisión conceptual en la clasificación de los contratos de colaboración y asociativos tiende a: a) determinar la aplicabilidad de los principios generales de los contratos, y b) examinar ciertos aspectos (como la nulidad, anulabilidad, incumplimiento), así como la seguridad en la atribución de personalidad (y los límites impuestos a los agrupamientos de segundo grado de las sociedades por acciones)".

Por su parte, Hipólito y Calcaterra manifiestan que "resulta necesario practicar una clasificación de los contratos que nos permita acercarnos a la mejor conceptualización de los mismos, con la convicción de que solo así, esto es, ubicándolo conceptualmente podremos alcanzar el conocimiento de los mismos que nos aproxime a su utilización como recursos técnicos aptos para el desarrollo y adaptación de las empresas a la realidad económica imperante"

Es claro que en el camino de aquella coincidencia doctrinaria se imponen las definiciones previas sobre cada una de las distintas categorías contractuales, las que aparecen en diferentes ponencias presentadas al Congreso.

Se ha señalado que los vocablos empleados para designar la misma realidad son múltiples: contrato asociativo, contrato de organización, contrato plurilateral, etc. Cabe preguntarse si nos estamos refiriendo a la misma realidad jurídica, o a institutos diferentes. De ahí la necesidad de precisiones terminológicas, que reflejan las precisiones conceptuales, y que aparecen en numerosas ponencias presentadas, las que pasamos a considerar.

2.- CONTRATOS DE COLABORACIÓN

Recuerda Mercado de Salas que la colaboración como elemento del acuerdo existía desde tiempos antiguos, aún en contratos innominados que se celebraban antes del Código de Napoleón. Así surge de la obra de Duranton

citada en la Nota al artículo 1143 del Código Civil Argentino, autor que trae como ejemplo de contrato innominado el caso de dos vecinos que poseían un buey que trabajaba en el campo de ambos, sin que el contrato constituyera una convención nominada, contrato que para la autora es un típico ejemplo de contrato de colaboración.

Varios autores de ponencias, entre otros Farina, Richard y Lorenzetti de manera expresa, coinciden en definir el contrato de colaboración- siguiendo a Spota- como aquel "en el cual media una función de cooperación para alcanzar el fin que ha determinado el advenimiento del contrato".

Mercado de Sala agrega a este concepto que en los contratos de colaboración las partes están dispuestas a colaborar, cooperar, coordinarse, organizarse o persiguen el afán de una finalidad común, afirmando Richard que el empleo de los vocablos contratos de colaboración o de cooperación poseen un igual significado.

Parece existir acuerdo, asimismo,- siguiendo a Spota y Messineo- en sostener que los contratos de colaboración constituyen un género contractual que comprende en su seno tanto a contratos de cambio como a contratos asociativos. Entre los contratos de cambio- que se encuentran en el género contratos de colaboración- se mencionan entre otros el mandato, la comisión, el contrato estimatorio, la mediación, el contrato de agencia, la locación de obra, la locación de servicios, el contrato de concesión privada, el franchising, y las las joint ventures.

Por su parte, los contratos asociativos necesariamente son contratos de colaboración, pero no al revés; forman una especie y se contraponen a los contratos de cambio.

Richard se preocupa en destacar que los contratos de colaboración no siempre poseen comunidad de fin, y se caracterizan por la forma instrumental.

Mercado de Sala sostiene, junto a Boggiano, que los dos contratos nominados que introdujo la Ley 23.093 a la Ley 19.550, no son los únicos posibles en el mundo social, económico y jurídico. La autora sostiene que el sistema vigente argentino admite la existencia de los contratos de colaboración fuera de los dos normados por la ley de sociedades, ya que el derecho argentino reconoce el derecho de las personas de celebrar contratos libremente, nominados o no, conforme a las necesidades de su organización económica, dentro del marco de la libertad contractual y autonomía de la voluntad que recepta el ordenamiento jurídico argentino, así como también lo permite el derecho de las naciones civilizadas, citando la Convención de La Haya de 1986.

La misma autora recién citada afirma que no existe impedimento alguno que imposibilite la conversión de un simple contrato de colaboración en un contrato de sociedad regularmente constituido, esto es que se produzca la llamada conversión del negocio jurídico original en otro. En apoyo de esta tesis sostiene que si es permitida la regularización de una sociedad de hecho y la transformación de un tipo en otro, no ve el inconveniente de admitir la conversión del negocio.

Otra ponencia en el tema de Juánes y Lloveras de Resk, relativa a los contratos de colaboración distingue el punto de vista económico del punto de vista jurídico. Desde el punto de vista económico- para las ponentes- son contratos de colaboración empresaria todos aquellos contratos de empresa que permitan la inserción de una de las partes en la organización económica de la otra, actuando como intermediaria entre la producción y el consumidor final, con todas sus variantes. Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, son contratos de colaboración, todos aquellos en que las partes se encuentran en una situación de paridad jurídica y concurren con su esfuerzo a la consecución de un fin común.

Por otro lado en materia de contratos de colaboración empresaria parece aceptarse la necesidad del dictado de una regulación específica de los contratos de colaboración, en la que se respete la libertad contractual y la autonomía de la voluntad de los contratantes, con el límite de la protección de los derechos de los partícipes y de los terceros ajenos al acuerdo, a cuyo fin debe siempre exigirse la inscripción registral.

En este sentido Turati, en una ponencia aislada propicia la reforma al régimen que regula las agrupaciones, debiendo crearse un tipo societario que las comprenda y aceptarles las características generales de las sociedades.

El lugar donde debe incluirse esta posible normativa general sobre los contratos de colaboración, no aparece objeto de acuerdo, existiendo posiciones que van desde la indiferencia ante el cuerpo legal que recepte las disposiciones, pasando por mantener la normativa en la Ley de Sociedades Comerciales, incorporarla al Código de Comercio o a una posible legislación unificada civil y comercial hasta el dictado de una ley especial en la materia.

3.- CONTRATOS DE ORGANIZACIÓN

Para Farina son contratos de organización "aquellos que requieren reglas

o cláusulas, aunque sea sumarias, que determinen como se estructura la administración, la fiscalización y de que modo los miembros expresarán sus opiniones decidirán respecto de las cuestiones comunes". De esta manera la organización, afirma este autor, implica reglas que disciplinen internamente dichas estructuras y también los derechos y obligaciones de los miembros entre sí y respecto de los órganos que se creen.

En sentido coincidente Richard y García sostienen que son contratos de organización aquellos que organizan una forma de expresión de la voluntad colectiva, u organización económica al que se le fija una normativa jurídica contractual. Este autor señala que los contratos organizativos pueden coincidir o no con la existencia de personalidad jurídica en el ente organizado, como también pueden o no coincidir con la existencia de contratos de colaboración. Así cita como ejemplos de contratos con organización no personalizados la sindicación de acciones- en la mayoría de los casos- y los agrupamiento de colaboración. Por otro lado como ejemplos de contratos de colaboración sin organización recuerda, entre otros, la agencia y el mandato.

4.- CONTRATOS PLURILATERALES.

Los contratos plurilaterales son convenios celebrados con más de dos partes, como reza el art. 1420 del Código Civil italiano.

La importancia de ubicar a un cierto contrato como plurilateral radica en los distintos efectos que se le asignan. Así, por ejemplo, no puede invocarse en los contratos plurilaterales ante el incumplimiento de una de las partes el pacto comisorio o la excepción non adimpleti contractus, como tampoco la nulidad del contrato por un vicio que afecta solamente a una de las partes (conf. art. 16 de la Ley 19.550).

Hay coincidencia en admitir dos tipos de contratos plurilaterales: los de pluralidad estructural, y los plurilaterales funcionales.

Los primeros, de pluralidad estructural, se caracterizan en que el número de partes deben ser más de dos al momento del negocio. Son plurilaterales estructurales la delegación perfecta de deuda, la constitución de dote por un tercero, y el leasing financiero según la Convención de Ottawa de 1988, aunque no existe acuerdo en relación al último ejemplo.

Por su parte, los contratos plurilaterales funcionales, exigen la presencia de dos partes en su constitución, vale decir que admiten la posibilidad, no la

necesidad, de que intervengan más de dos partes en su constitución, dejando abierta la posibilidad de que se incorporen al contrato otras partes con posterioridad. De ahí la denominación de contratos abiertos, o posibles de ser abiertos.

Son contratos plurilaterales funcionales, entre otros, las sociedades, las uniones transitorias de empresas, las agrupaciones de colaboración, las joint ventures, el pool.

5.- CONTRATOS ASOCIATIVOS

Para Farina y Richard el contrato asociativo es una especie del género contratos de colaboración, pudiendo señalarse que para ambos estos contratos son plurilaterales funcionales.

En este sentido parecen discrepar Hipólito y Calcaterra, quienes sostienen que no es lo mismo asociar que colaborar. En efecto, asociar significa juntar una cosa con otra de modo que tiendan a un fin. Asociar es pues reunir esfuerzos y recursos para un fin común. Colaborar, en cambio, es trabajar con otro en una misma tarea, independiente de las finalidades particulares de las partes, que pueden o no coincidir. De estas afirmaciones resulta que se encuentran frente a dos realidades diferentes: los contratos de colaboración propiamente dicho y los contratos asociativos, en los que las partes colaboran en el primero, y se asocian en el segundo.

Por su lado Richard define el contrato asociativo como "un contrato plurilateral, de finalidad común, de organización, del que resulta un ente personificado", o como un contrato de colaboración, con plurilateralidad funcional, en el cual dos o más centros de interés, se obligan a realizar prestaciones típicas o atípicas al nuevo ente que genera, como recurso de imputación. Este autor reserva la locución "contrato asociativo" para designar todas las asociaciones y sociedades que son personas jurídicas.

Y en este tema difiere de la posición adoptada por Farina para quien el concepto de contrato asociativo es más amplio que el de sociedad, configurándolo como un contrato plurilateral en sentido funcional y de colaboración. Según este jurista el concepto de contrato asociativo es amplio pues comprende a las sociedades civiles y comerciales, las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias de empresas, ciertos negocios en participación y, desde un cierto punto de vista las coaliciones de empresas.

Farina finaliza su conceptualización de contratos asociativos distinguiendo entre los contratos asociativos en sentido lato y los contratos asociativos en sentido propio. Los primeros- siguiendo a Messineo-constituyen un contrato con prestaciones recíprocas, oneroso, consensual, en el cual se da el fenómeno de la cooperación de dos o más sujetos para realizar un negocio o una actividad de cuyo resultado participarán ambas partes en la proporción convenida. El ponente recuerda que en los contratos asociativos en sentido lato Messineo distingue más aún: entre la asociación en participación del contrato de participación en las utilidades (no en las pérdidas).

Los contratos asociativos en sentido propio cada parte participa directamente y a título igualitario en el negocio o en la empresa, con intervención directa o indirecta en la gestión de los negocios comunes, con la facultad de concurrir a la formación de la voluntad colectiva y con derecho a participar en los beneficios. En estos contratos, cuyo paradigma parece ser la sociedad, Farina ubica también a las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias de empresas y los consorcios de empresa.

Lorenzetti en su ponencia señala la conveniencia de diseñar principios generales aplicables a todo modelo asociativo, que contemple desde la integración total (sociedad) hasta parcial (vínculos parciarios y transitorios). Y agrega "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 van creando la costumbre".

6.- LOS JOINT VENTURES

Parece existir coincidencia en que los denominados joint ventures- que definimos siguiendo a Le Pera- son una tipo de acuerdo entre dos o más asociados para la realización de un proyecto determinado, independientemente de la forma jurídica que dicha asociación pueda asumir.

Se sostiene en distintas ponencias, asimismo, que los joint ventures pueden existir bajo la forma de un contrato de colaboración, o adoptar una forma de contrato asociativo.

En consecuencia, sostienen varios ponentes, jurídicamente no corresponde encuadrar al joint ventures como sociedad de tipo alguno, afirmando otros

que tampoco es válido asimilarla a las uniones transitorias de empresas. Estos autores afirman que el joint venture, en sentido amplio, es un fenómeno comercial utilizado como instrumento de coparticipación entre dos personas independientes, jurídicas o físicas, adaptable y funcional a un interés común temporal.

Torres Zagal- Profesor Chileno- presenta en su ponencia las principales características que presenta la institución del joint venture: carácter ad-hoc, necesidad de una contribución, creación de una comunidad de intereses, búsqueda de utilidad común, contribución en las pérdidas, recíproca facultad para presentar y obligar al otro, control y dirección sobre el proyecto y permanencia a pesar de la muerte de alguno de sus integrantes, agregando finalmente que, según su opinión, jurídicamente no es una sociedad.

Al mismo tiempo, algunos autores propician el dictado de una normativa especial para este tipo comercial en su forma contractual, la que debe ubicarse dentro del título de "Contratos de Colaboración empresarial", propuesta que también apoya el Profesor Chileno Torres Zagal, quien advierte la necesidad de dictar una normativa específica a fin de brindar un marco jurídico adecuado para llevar a cabo las inversiones y proyectos de envergadura en Latinoamérica.

En el tema de la importancia económica de los joint ventures parece haber un real consenso en los ponentes que se ocupan de esta temática, sobre todo en relación a la formación de joint ventures internacionales. Se sostiene que facilitan el desarrollo económico, al mismo tiempo que brindan protección a los intereses nacionales, generando un movimiento de exportación. Así lo señalan García Tejera y Fernández en su ponencia- de manera detallada- para la República Argentina, y Pascar en relación a España y la Comunidad Económica Europea. Esta última sostiene que "la concentración de empresas incrementa la capacidad negociadora y la posibilidad de obtener mejores precios y condiciones y mejorar sus propios contratos de venta".

En la misma línea la ponente recién citada sostiene "que constituir una joint venture posibilita vender o promocionar en el exterior, llevar adelante las funciones de comercialización en áreas geográficas distintas y complejas para la empresa, y por eso la organización en base a un socio radicado parece ser la solución más aconsejable".

7.- LA CLASIFICACIÓN MÚLTIPLE DE LOS CONTRATOS

Bajo este título pasamos a abordar la misma temática anterior, vale decir la de las precisiones conceptuales y terminológicas que aparecen en las distintas ponencias, pero esta vez con un matiz diferencial: la de combinar las distintas clasificaciones ya enunciadas y sobre las que hay coincidencias, que vuelven aparecer ahora bajo un nuevo ángulo al combinarlas.

Algunos ponentes solamente se han preocupado de realizar precisiones aisladas, por separado; otros autores de definir combinando las clasificaciones de manera coordinada. Al combinar las clasificaciones de los contratos, en una primera lectura ligera puede aparecer una nueva fuente de discrepancias. Mas a poco recorrer las nuevas fórmulas clasificadoras que resultan de aplicar los mismos criterios sobre los que hay ya acuerdo solamente que esta vez bajo una nueva combinación, se advierten nuevamente las coincidencias. Estas seguramente aparecerán en el intercambio de ideas en las Sesiones del Congreso.

Richard y García son los autores que proponen una clasificación general de los contratos de colaboración y asociativos, de las diferentes especies, y de los efectos prácticos y jurídicos que de ella derivan, combinando las distintas clasificaciones que hemos ya enunciado.

Partiendo de los contratos de colaboración, como género, distinguen entre los contratos de colaboración sin finalidad común (como el mandato) de los contratos de colaboración con finalidad común o autónoma (como los negocios en participación).

Dentro de la especie contratos de colaboración con finalidad común o autónoma, distinguen los contratos sin organización (negocios en participación) de los contratos con organización (como el agrupamiento de colaboración).

Nos parece importante destacar que los contratos de colaboración se subdividen por la existencia o no de finalidad común, y que esta finalidad común la denominan los autores la causa del contrato, dividiéndola a su vez en causa fin objetiva y en causa fin subjetiva.

La causa fin objetiva es la elección del contrato, y corresponde a todos los contratos de colaboración, en tanto que la causa fin subjetiva es la actividad a cumplir en común con el medio técnico.

Finalmente, dentro de la subespecie de contratos de colaboración con

finalidad común con organización, Richard y García distinguen los contratos sin personalidad (como los agrupamientos de colaboración) de aquellos contratos con personalidad (entre los que se encuentran los contratos asociativos).

Luego de realizar la clasificación de los distintos contratos de colaboración y asociativos, necesariamente aparecieron los distintos efectos que deben atribuirse a cada uno de los términos clasificatorios. Ello no implica excluir a aquellos contratos de la aplicación supletoria de los principios generales de los contratos de colaboración, salvo que las normas generales cedan frente a normas especiales o se encuentren excluidas por incompatibilidad funcional.

En orden a los distintos efectos a producir por cada una de las categorías contractuales enunciadas, los ponentes referidos mencionan las siguientes institutos de aplicación diferente: 1.- Afectación del contrato por la invalidez gestada por una de las partes o por su incumplimiento. Así se expresa que el contrato cuando es plurilateral no se encuentra alcanzado por la invalidez referida a uno de sus partícipes, mientras el vicio no sea esencial; no se aplica en estos contratos la *exceptio non adimpleti contractus*, ni el pacto comisorio respecto de las partes entre ellas, ni la extinción por imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida por una de las partes (art.888, Código Civil Argentino). El contrato, asimismo, es abierto al ingreso o al receso de una parte, lo que es inconcebible en otras convenciones. Los otros efectos mencionados en la ponencia de referenda son los relativos a la personalidad resultante, la aplicación del art. 30 de la Ley 19.550, y los medios impugnativos al alcance de los partícipes.

8.- LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN Y EL MERCOSUR

Un trabajo que merece destacarse es la ponencia presentada por Meirovich de Aguinis, Fernández Aranguren, Husson Morel y Lutzky, donde figura un meduloso estudio tendiente a la armonización de las legislaciones societarias en los países del MERCOSUR en el tema de los contratos de colaboración y asociativos.

Sostienen los autores que no existen asimetrías de importancia entre las agrupaciones de colaboración argentinas, y los grupos de interés económico uruguayos, encontrando conveniente, sin embargo, eliminar el límite temporal

máximo establecido en la ley argentina en favor de la permanencia de la institución y en beneficio de los partícipes, como asimismo contemplar la participación de personas jurídicas de manera genérica, y no reducidas a las sociedades como en la actualidad.

En el tema de la normativa referida a la defensa de la competencia en relación a las agrupaciones de colaboración empresarias argentinas y a los grupos de interés económicos uruguayos, propician la inclusión de normas similares a las existentes en ambas legislaciones en los países del MERCOSUR.

Por otro lado, los ponentes afirman que no existen grandes asimetrías entre las uniones transitorias de empresas argentinas y los consorcios regulados en la legislación brasileña y uruguaya. En este tema, sin embargo, propician la flexibilización de la legislación brasileña en lo referente a los partícipes del consorcio, permitiendo que las personas físicas puedan integrarlo, y eliminando la exigencia de que una de las sociedad que lo integren deba ser anónima.

En esta temática, propician también que Paraguay y Brasil introduzca en su legislación una normativa específica en orden a la formación de contratos asociativos, atento su ausencia y que tengan por objeto facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros.

Finalmente, y atento a que no existen grandes asimetrías en las legislaciones de los países partícipes del MERCOSUR, los ponentes no consideran necesaria de manera inminente una figura asociativa comunitaria, debiendo tener en consideración para su implementación en su momento las figuras que surgen de la experiencia europea.

9.- EL FONDO COMÚN OPERATIVO

Este tema aparece tratado en varias ponencias.

9.1. El fondo común operativo: su constitución.

Carlino afirma que constituye un desacierto legislativo la caracterización del fondo común operativo intentada por el art. 372 de la Ley de Sociedades Comerciales. El fondo común operativo de las agrupaciones de colaboración constituye un conjunto particular de activos destinados a un fin especial, que se mantienen indivisos, y que está constituido por las contribuciones de los

participantes, y los bienes que se adquirieran con ellas como constitutivos de aquél fondo. Las ventajas económicas de la actividad que realicen las agrupaciones repercuten en el patrimonio de los contratantes con la finalidad de eliminar el reflejo de lucro.

De esta manera al fondo común operativo se lo asimila al concepto de patrimonio, imponiéndole su indivisión por el término de duración del contrato, y protegiéndolo de los acreedores particulares de los participantes.

Resulta ineludible, según el autor citado, reconocer el concepto de patrimonio como conjunto de bienes derechos y acciones menos obligaciones, de conformidad a la ley y a la doctrina.

La Ley de Sociedades Comerciales, sin embargo, sostiene que en el llamado fondo común operativo no forman parte de este patrimonio las obligaciones. Este hecho distorciona a la empresa en sí y también a los participantes. Así en caso de presentación concursal de un consorciado, puede evaluar como activo sus aportes al fondo común y los bienes con él adquiridos exclusivamente, sin restar las obligaciones.

Las ventajas económicas por su lado recaen en el patrimonio de los partícipes, y no pueden ser otras que los resultados (lucro en caso positivo) e integran el patrimonio de los participantes, consistiendo en la diferencia entre ingresos y egresos. Pero si la actividad de la agrupación genera resultados negativos demanda fondos que deberán ser cubiertos por las partes, o bien financiados con pasivos, de lo que se desprende el riesgo de restringir el patrimonio solo a las contribuciones y a los bienes.

Los estados de situación anuales (art. 374, Ley 19.550) deben mostrar como componentes del patrimonio los resultados, no importa del signo que sean: ganancias o pérdidas. Los resultados integran el patrimonio, como surge del art. 63, II, c) y d), de la Ley 19.550, y estos resultados los han de mostrar los estados de situación.

Al mismo tiempo que se mantiene la indivisión del patrimonio, se exige que los resultados o ventajas económicas recaigan directamente sobre el patrimonio de las consorciadas, y este hecho implica un reparto o división, lo que contradice la indivisión.

De conformidad a las críticas realizadas se propone una nueva redacción del art. 372 de la Ley Societaria, el que deberá ordenar lo siguiente: "Las contribuciones de los participantes, los resultados de la actividad, las reservas que se convengan y todo otro rubro que por su naturaleza corresponda ser

incluido, constituyen el patrimonio de la agrupación”

“Los bienes y derechos que con él se adquieran, durante el término establecido de duración, se mantendrán indivisos sin que los acreedores particulares de los participantes puedan hacer valer sus derechos sobre ellos”

Se preservan así, afirma el ponente, los activos generados y afectados a la actividad cuya particular conformación, integridad e interdependencia no debe ser desbaratada por implicar la frustración del objeto.

Por su parte en las uniones transitorias de empresas la precisión no es necesaria, porque el lucro está permitido y porque el desarrollo de una obra o suministro puede requerir diversa composición del fondo común operativo en distintos momentos, siendo a veces aconsejable su división y realización. El fondo común operativo no exige más mención que la del inc. 6 del art. 369 y 379, de la Ley societaria, pues se trata en estos casos de realizar las previsiones necesarias para garantizar un desarrollo del contrato no conflictivo en los períodos de iliquidez económica.

9.1. El fondo común operativo y los terceros

La ponencia de Menardi de Araya y Castellanos se preocupa fundamentalmente por la situación de los terceros frente a los contratos de colaboración, en especial frente al fondo común operativo. Este lo consideran -siguiendo a Richard- como un recurso técnico que otorga un privilegio en favor de los acreedores que tienen vínculo con el contrato de colaboración.

Recuerdan estos ponentes la necesidad de la inscripción del contrato, de conformidad al art. 369 de la Ley societaria, en aras de la seguridad jurídica, y del carácter meramente declarativo de la inscripción.

La inoponibilidad de la indivisión del fondo operativo en relación a los terceros, se produce a partir de la inscripción del contrato. Y esto interesa fundamentalmente a los acreedores particulares de la agrupada, quienes pueden pedir la división del fondo operativo si el contrato no está inscripto.

En relación a la preferencia de los acreedores del grupo frente a los acreedores particulares de los partícipes, esta preferencia no es discutible cuando el contrato se encuentra inscripto. Pero en el caso de ser un contrato no inscripto -siguiendo a Mercado de Salas-, afirman los ponentes que el acreedor por causa del agrupamiento tiene para sí un derecho preferencial por la apariencia en que se ha fundado su relación (de conformidad con la teoría de la

apariencia recibida por el art. 250 del Código de Comercio, y los artículos 2671 y 2672 del Código Civil).

9.3. El fondo común operativo de los contratos de colaboración empresaria frente a los créditos individuales de los acreedores de los participantes.

La ponencia de los Doctores Jorge Alberto Mierez, Marisa Edith Rametta y Cruz Mierez, se refiere al fondo común operativo de los contratos de colaboración empresaria frente a los créditos individuales de los acreedores de los participantes al fondo nacidos con anterioridad a la formación contractual, sean esas obligaciones vencidas o no.

Por el art. 372 de la Ley de Sociedades Comerciales se crea el fondo común operativo, que, según los ponentes, es un verdadero centro de imputación diferenciado, ya que se integra con la contribución de los participantes, las que forman un patrimonio indiviso, sobre el cual los acreedores particulares de los participantes no pueden hacer valer y ejercitar sus derechos de crédito durante el plazo de vigencia del contrato.

El art. 372 no distingue en los acreedores particulares del contribuyente entre los titulares de créditos anteriores y los de crédito posterior al registro del contrato, los de deuda de plazo vencido o a vencer. En definitiva los trata a todos igualitariamente.

A todos los acreedores particulares de los participantes se les priva del ejercicio del derecho a ejecutar sus créditos individualmente sobre los bienes que contribuyeron a la formación del fondo común operativo, con excepción de las ventajas económicas que el fondo les produjo, bienes sobre los cuales si pueden promover ejecución; aunque también les queda el procedimiento de la quiebra del participante como causal de disolución del agrupamiento (art.375, inc.4 de la L.S.) con la difícil carga de probar la cesación de pagos.

De esta manera las contribuciones de los participantes al fondo común operativo y los bienes que con ella se adquieran pasan a ser bienes inembargables, inalienables e inejecutables por los acreedores particulares del consorcista-participante, por el término de duración contractual, con excepción de las ventajas económicas que el fondo les produjo. Y estos bienes adquieren esa categoría por voluntad sola de los participantes que firmaron el contrato de agrupación, debidamente registrado, conforme al art.369 y

concordantes, y art. 6 de la L.S.

Se estatuye así una nueva forma legal de "bienes fuera del comercio" a partir de la registración del contrato respecto a los acreedores particulares de los contribuyentes al fondo común operativo por voluntad de las partes y con prescindencia de la del acreedor. Y estos bienes que pasan a formar parte del fondo común operativo, resultan bienes fuera del comercio, y por tanto inembargables, inalienables e inejecutables, a pesar de que los bienes que se aportan, sean bienes inmuebles o muebles registrables permanecen en el patrimonio del participante, ya que no se transfiere su dominio.

De esta manera el acreedor particular de un consorcista está obligado, si quiere percibir el importe de su crédito, a emplear el procedimiento concursal, ya que le está vedada la ejecución individual, con el consiguiente regreso "a la no muy sana disposición de la ley 11.729".

Lo expuesto importa definitivamente que el art. 372 de la L.S. en comentario rompe el principio jurídico de que el patrimonio del deudor constituye la prenda común de los acreedores.

Los ponentes que comentamos sugieren como propuesta que la ley, concretamente el art. 372 de la L.S., debe distinguir entre los acreedores particulares del contribuyente a la agrupación según sean titulares de créditos anteriores o posteriores a la formación del contrato y a su registración. Así para los acreedores particulares del participante-consorcista por créditos fundados en causa anterior a la constitución de la agrupación y contribución al fondo común operativo, le será inoponible la constitución del fondo y en consecuencia podrán ejecutar sus créditos sin necesidad de recurrir al procedimiento concursal y posterior disolución.

Se propone en suma adoptar el mismo principio que rige para las deudas frente a la inscripción del bien de familia reglada por la ley 14.394 para los créditos con origen anterior a la inscripción.

Al mismo tiempo para evitar el fraude a los acreedores particulares de los consorcistas, y la eventual disolución de la agrupación de colaboración por el concurso de un participante, los ponentes proponen adoptar normas semejantes al régimen de transferencia de fondos de comercio, ley 11.867 o un régimen parecido, que reconozca- y reglamente- el derecho de los acreedores particulares del participante a formular su oposición a la integración del fondo común operativo con un bien de su deudor.

Con este derecho de oposición se lograría un doble beneficio: a) por un lado el saneamiento de los bienes que ingresarán al fondo común operativo, y

b) permitir al acreedor individual proteger eficazmente sus derechos.

10.- LAS NORMAS TRIBUTARIAS Y LAS UNIONES TRANSITORIAS DE EMPRESAS

Dos son las ponencias referidas al tratamiento impositivo en el derecho argentino de las uniones transitorias de empresas: de los doctores Alberto Rabinstein y Lilian Alanis por una parte, y de Joaquín Martínez Tenreiro y Sergio Raúl Picasso por la otra.

Existe unanimidad en el hecho de que las uniones transitorias de empresas no cuentan con un tratamiento impositivo en el derecho argentino que incentive la utilización de esta figura contractual, de conformidad con la intención de los legisladores expresada en la exposición de motivos de la Comisión Redactora de la ley 22.903 que las introdujo en el derecho positivo, y que cuenta con apoyo en el derecho comparado.

Aún más, existe acuerdo en los ponentes en el sentido de que la actual legislación impositiva argentina apareja inseguridad y disuade y desalienta a las empresas de hacer uso de la llamada unión transitoria de empresas (vulgarmente denominada U.T.E.), ante su reconocimiento como sujetos pasivos del impuesto al valor agregado (comunmente denominado I.V.A.), primero por la Circular 1183/88 del 8 de agosto de 1988 de la Dirección General Impositiva (D.G.I.), y luego por la Ley 23.765 de 1990, ley por la cual se generaliza el impuesto al valor agregado en nuestro país, la que incorpora expresamente en su art. 4 a las uniones transitorias de empresas como sujetos pasivos de este tributo.

Las uniones transitorias de empresas en el derecho argentino no revisten la calidad de sujetos de derecho, por lo tanto no pueden ser titular de bienes, y en consecuencia carecen de patrimonio propio. El fondo común operativo está formado por los aportes realizados por los participantes de la unión, y está constituido por un conjunto de bienes afectados al objeto previsto en el contrato, por lo que los participantes de la unión transitoria de empresa mantienen la titularidad sobre aquellos bienes.

En consecuencia, las uniones transitorias de empresas no deben ser consideradas como sujetos pasivos del impuesto al valor agregado por no constituir una unidad económica, al carecer de patrimonio propio.

La realidad indica, sin embargo, un aumento en la inscripción de este tipo

de contratos en la Inspección General de Justicia de la Nación, pudiendo atribuirse este aumento, de conformidad a los ponentes, a dos causas fundamentales: las ventajas económicas que se logran con estos nuevos emprendimientos, y la exigencia en numerosas licitaciones públicas de la presencia de la forma union transitoria de empresas como requisito de participación.

11.- OTROS PERFILES DEL TEMA

Para finalizar con este relato debemos citar ponencias que aisladamente tratan algunos perfiles específicos del tema.

El Profesor Mosset Iturraspe, quien aborda el tema de "Los contratos de colaboración y asociativos.El ejercicio regular de los derechos subjetivos"; Favier Dubois (Pater) que se ocupa de los "Contratos de colaboración y asociativos.Prestaciones accesorias"; y finalmente Juan Carlos Palmero (h) en un trabajo "Sobre la validez de los sindicatos de voto".