

Las relaciones de organización empresaria y los llamados Consorcios de Cooperación

Por Francisco Junyent Bas

I. Introducción: la organización empresaria.

I.1. Empresa y Sociedad.

Durante el siglo XX las relaciones de organización empresaria encontraron en el contrato de sociedad el vehículo idóneo para integrarse al sistema productivo a través de la atribución de personalidad que la legislación, tanto nacional como internacional, otorga a las sociedades.

Así, en nuestro derecho la conceptualización de los art. 1 y 2 de la ley 19.550 demuestran que la sociedad tiene como sustento la unidad productiva que conforma la actividad empresaria.

Ahora bien, la economía moderna ha venido sufriendo un proceso de transformación hacia formas organizativas y productivas cada vez más complejas que requieren relaciones interempresarias caracterizadas por la cooperación, flexibilidad y personalización.

Cuando el fenómeno económico poliédrico que constituye la organización de trabajo y de capital con el fin de producir bienes y servicios para el intercambio se articula a través de la figura societaria, nos encontramos en la alternativa del art. 1 y 2 de nuestro régimen societario que consustancia la empresa y la sociedad siendo ésta última la titular de la hacienda mercantil.

La concentración económica que condujo al nacimiento de las sociedades anónimas como el único continente adecuado para estructurar las relaciones de organización empresaria en el siglo XIX, o sea, en los albores del capitalismo, ha ido siendo superada por la necesidad de establecer nuevas relaciones de coordinación y dirección empresaria.

En una palabra, la compleja relación entre empresa y sociedad se ha visto desbordada, a punto tal que, hoy la realidad de los grupos de empresas articula las nuevas modalidades de cooperación económica para el desarrollo.

I.2. Los grupos societarios como modalidad de colaboración empresaria.

La existencia de los agrupamientos empresarios y de las relaciones de coordinación y de colaboración ha motivado nuevas preocupaciones doctrinarias en orden a una adecuada conceptualización jurídica.

Así, la doctrina¹ ha expresado que el avance hacia la concentración permite advertir que la posición de poder en una sociedad individual ya no es un fin en si mismo, sino que sirve para dominar varias sociedades por acciones y coordinar su conducción.

Por ello, la noción de concentración empresaria engloba las diversas medidas tendientes a constituir un grupo de empresas por la centralización de los poderes de decisión de manera tal que la actividad empresaria ya no es realizada en forma separada e individual por cada empresa, sino que da lugar a una nueva unidad: el agrupamiento empresarial.

¹ Manóvil Rafael M., Grupos de sociedades en el Derecho Comparado, Abeledo – Perrot, 1998, pag. 70.

Estas relaciones de colaboración que dieron lugar al nacimiento de los grupos han merecido en nuestro país una doble vertiente de tratamiento.

Por un lado, al no haber un reconocimiento jurídico de los grupos como tales, las empresas que integran diversos modos de colaboración se agrupan a través del control societario reglado en el art. 33 de la ley 19.550.

Así, advertimos que la vinculación empresaria y las relaciones de control se dan mediante el denominado “control interno”, a través de la participación accionaria que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social, o, mediante las relaciones contractuales del “control externo” que se configura ante la existencia de relaciones de dominación, verbigracia: ser el único suministrador de insumos, materias primas etc.

Asimismo, el Decreto 677/01 complementa lo preceptuado por la normativa societaria caracterizando al control interno e instituyendo el concepto de participación significativa, control casi total y estructurando las figuras de “actuación concertada” y “parte relacionada” a los fines de asegurar la adecuada transparencia de dichas relaciones de control en la contabilidad de cada una de las empresas agrupadas.

I.3. Los contratos de colaboración.

A la par de esta realidad, el sistema normativo ha receptado otras formas de colaboración empresaria, mediante las denominadas “agrupaciones de colaboración” (ACE) y “uniones transitorias de empresas” (UTE) cuyo objetivo principal es delimitar el fenómeno de personalización determinando legislativamente que este tipo de relación empresaria se mantiene en el ámbito contractual y, por ende, no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho.

De tal manera que, las relaciones de coordinación y colaboración empresaria que conforman los agrupamientos o grupos de sociedades tienen un abordaje bifronte, ya sea, a través del control interno y externo, ya sea, mediante las figuras contractuales de cooperación económica.

A modo introductivo podemos destacar entonces que existen diversas formas de colaboración empresaria que no siempre merecen una correcta delimitación.

Así, Richard² explica que el sistema normativo de los contratos o relaciones de organización se ha ido generando de forma desestructurada y aluvional y no existe a la fecha una regulación genérica de los contratos de participación o asociativos que permita su aplicación subsidiaria a los actuales contratos de colaboración empresaria.

Tal constatación ha llevado a la doctrina a indicar como posible la aplicación subsidiaria de la regulación societaria con el consiguiente riesgo de la personalización y la derivación de situaciones de hecho que jurisprudencialmente no tengan un tratamiento congruente.

Dentro de esta vía aluvional y segmentada aparece la nueva ley 26.005 de Consorcios de Cooperación sancionada el 16/12/04 y publicada el 12/01/05.

II. Los consorcios de cooperación.

II. 1. La organización común.

Los denominados “consorcios de cooperación”, reglados en la flamante legislación constituyen una nueva modalidad de colaboración empresaria cuya finalidad está

² Richard, Efraim Hugo, Las relaciones de organización y el sistema de derecho privado, Academia Nacional de Derecho de Cba, 2000, pag. 98.

enderezada a establecer una “organización común” con la finalidad de “...facilitar, desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros...”, tal como lo establece puntualmente el art. 1 de la ley.

A su vez, el art. 2 deslinda el tema de la personalización estableciendo que los consorcios de cooperación “...no son personas jurídicas, ni sociedades, ni sujetos de derecho y tienen naturaleza contractual...”.

Ahora bien, esta primera afirmación aparece palmariamente contradictoria con el dispositivo sancionatorio reglado en el art. 6 donde impone la obligación de inscripción de los contratos constitutivos del respectivo consorcio de cooperación ante la Inspección General de Justicia de la Nación o por ante la autoridad de contralor que correspondiere, según la jurisdicción provincial de que se trate, pues, en caso de incumplimiento de esta manda, la norma puntualiza que “...el consorcio tendrá los efectos de una sociedad de hecho.”.

Dicho de otro modo, de la comparación del art. 2 con lo dispuesto por en el art. 6 se advierte una incongruencia o alteración del principio de razón suficiente, ya que, una relación contractual no puede ser a la vez un sujeto de derecho, por la simple razón de no haber cumplido con la inscripción registral.

Si bien es cierto que el art. 6 simplemente señala que el consorcio tendrá los efectos de una sociedad de hecho, ello implica una “conversión” de la relación contractual que muta la naturaleza del consorcio de colaboración.

Este nivel de confusión demuestra no solo la mala técnica legislativa, sino también, que la realidad consorcial puede ser “subjetivizada” tal como sucede con el “Konzern” en Alemania³ y nuestro consorcio de propietarios de la ley 13.512.

En realidad, el art. 6 debió simplemente establecer como sanción la responsabilidad solidaria de sus miembros, ante el incumplimiento de la inscripción registral, sin hacer ninguna referencia al régimen de la sociedad de hecho.

En efecto, aún cuando el consorcio de cooperación es una forma de colaboración empresaria, ésta pretende mantenerse en el ámbito de las relaciones horizontales y expresamente el art. 3 dispone que los consorcios de cooperación “...no tendrán función de dirección en relación con la actividad de sus miembros...” y el art. 4 agrega que “...los resultados económicos serán distribuidos entre sus miembros en la proporción que fije el contrato constitutivo, o en su defecto, en partes iguales...”.

De este modo, queda absolutamente claro que el consorcio de cooperación constituye una modalidad de organización empresaria ubicada en el ámbito de los contratos de participación o asociativos.

En una palabra, el eje o directiva central que sustenta los consorcios de cooperación lo constituyen las relaciones de organización común para desarrollar operaciones relativa a la actividad de sus miembros pero sin confundirlo con los aspectos propios de cada participante.

En esta línea, podemos definir el consorcio de colaboración como la relación contractual que otorga a sus miembros la facultad de articular sus organizaciones empresarias, coordinando y/o relacionando diversos aspectos relativos a la fabricación, producción, administración y distribución de bienes y servicios, sin perder la individualidad de cada uno de los sujetos intervinientes.

³ Manovil, Ob.cit., pag. 507.

En esta línea, cabe advertir que el art. 3 de la Ley 26.005 textualmente reza: “Los consorcios de cooperación no tendrán función de dirección en relación con la actividad de sus miembros”.

Esta afirmación es relevante en cuanto distingue claramente las relaciones de agrupamiento donde existe control e influencia dominante, de este otro tipo de vinculación contractual donde en sistema organizacional es horizontal y de mera colaboración.

De todas formas, no puede ignorarse la fuerte polémica que existe en nuestro país con relación a la personalidad del consorcio de copropietarios, donde un amplio sector de la doctrina⁴ se inclina por sostener la personalidad del ente.

II.2. La eventual subjetivización del consorcio.

Pese a la insistencia sobre la naturaleza contractual del consorcio de colaboración, al estar frente a un agrupamiento empresario que requiere de una manifestación autónoma, su propia dinámica funcional lo dota de un esquema organizacional que puede dar lugar a debate sobre su eventual personalidad, tal como sucedió con el consorcio de propietarios de la ley 13.512.

Así, los partidarios de la atribución de personalidad al consorcio de propietarios se fundan en la existencia de un órgano de administración y decisión y en la preeminencia de las mayorías e intereses trascendentes a los de cada uno de los componentes del grupo.

De este modo, la voluntad común, articulada a través del órgano deliberativo y expresada por su órgano representativo, permite afirmar que el consorcio de propietarios si bien no es una persona jurídica, al menos constituye un sujeto de derecho distinto de los propietarios de unidades.

En este sentido, Alterini⁵ sostiene que en el caso de los consorcios se plantea una situación similar a los de los contratos colectivos, donde el conjunto de los individuos, sin llegar a constituir una persona jurídica ni tampoco una sociedad tienen sin embargo derechos y obligaciones que no son los propios de cada uno de sus integrantes en forma individual, siendo éste el carácter que la ley implícitamente le reconoce al consorcio, por lo cual, se está frente a un centro de imputación diferenciado.

Estas mismas particularidades, se presentan si se sigue el texto del art. 7 de la ley 26.005 que establece en su inciso 6to. la existencia de un fondo común operativo y, en su inciso 10mo. articula el principio mayoritario como modalidad de la toma de decisiones del consorcio.

A su vez, el inc. 11 del mentado artículo regla la designación del o los representantes del consorcio puntualizando que el contrato deberá determinar sus facultades y formas de actuación y estableciendo que se trata de una modalidad de apoderamiento, intentando de este modo mantenerse dentro de la órbita del mandato con representación, para no utilizar directamente la teoría orgánica.

De todas formas, no cabe ninguna duda que el contrato constitutivo define una serie de elementos que hacen a la organización común o centro de imputación diferenciado en cuanto tiene denominación propia: consorcio de cooperación; domicilio especial; fondo común operativo; mandatario con representación y un ámbito de deliberación y decisión por mayorías que implica la existencia de una reunión de los miembros.

⁴ Gurfinkel de Wendy, Lilian, Propiedad Horizontal, Responsabilidad del Consorcio, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2002 – 2, Rubinzal – Culzoni, pag. 278.

⁵ Alterini, Jorge, Responsabilidad de los consorcistas por deudas del consorcio. Enfoque dinámico de la responsabilidad del consorcio, en ED 56 –742.

A su vez, también se establece la obligación del representante de llevar los libros de comercio y confeccionar los estados de situación patrimonial, usando técnicas contables adecuadas y rindiendo cuentas anualmente.

Por último, el art. 9 establece que en caso de que el contrato de constitución no fije la proporción en que cada participante se hace responsable de las obligaciones asumidas en nombre del consorcio se presume la solidaridad entre sus miembros.

III. Caracteriología de los Consorcios de Cooperación.

III.1. Consideraciones generales.

De la integración de los art. 1, 2, 3 y 7 de la ley 26.005 se sigue, tal como lo hemos explicado, que la nueva figura que regla relaciones de colaboración empresaria se enmarca en el ámbito contractual.

Ahora bien, hemos adelantado las contradicciones e incoherencias que la asemejan a la figura societaria todo lo cual demuestra la incorrecta textura del ordenamiento jurídico en estudio.

A solo título de ejemplo se advierte que, la nueva figura tiene denominación propia, al igual que la vieja razón social, con la aclaración que conlleva la leyenda “consorcio de cooperación”, de conformidad al inciso 4to del art. 7. También el representante tiene la obligación de exteriorizar la actuación consorcial indicando la actuación representativa, pues, de lo contrario deviene responsable personalmente.

A su vez, el fondo común operativo que se constituye para viabilizar el proyecto económico de colaboración, es considerado “inalterable” en una referencia muy particular a una característica propia del capital social.

A lo dicho, cabe agregar que ya hemos comentado en torno a que la obligación de inscribirse en el Registro Público de Comercio aparece en caso de incumplimiento que el consorcio tiene los efectos de una sociedad de hecho.

En una palabra, esta nueva figura contractual que intenta reglar una particular modalidad de colaboración empresaria, se encuentra imbuida de un matiz societario que traerá perplejidad en la doctrina y en la jurisprudencia.

De allí la conveniencia de analizar su perfil normativo.

III.2. La figura del consorcio.

Esta situación se reedita si se analizan los recaudos que el art. 7 establece como contenido del contrato de formación del consorcio, a la luz del resto del articulado.

De la lectura integradora de los incisos de la norma citada se sigue la necesidad de la individualización de los consorcistas, de las obligaciones y derechos convenidas entre los integrantes y de la participación de cada contratante en la inversión del proyecto consorcial, si existiere y la proporción en que cada uno participará en los resultados si se decidiera establecerla, incisos 1, 2, 7, 8, y 9 del art. 7.

Esta relación contractual que tiene un objeto propio, en orden a lo que la misma ley llama “proyecto consorcial”, reconoce también un domicilio especial a los fines de la relación con terceros y la actuación del o los representantes que obligan a los consorcistas, en la proporción que han asumido en la figura contractual, incisos 2, 3, 5, y 9 del texto bajo estudio.

El denominado “proyecto consorcial” reconoce también la constitución de un “fondo común operativo” que, tal como veremos infra, requerirá de una contabilidad

autónoma, de una rendición de cuentas, como así también, de un estado de situación patrimonial que debe ser puesto a disposición de los integrantes del consorcio.

III.3. El gobierno del proyecto consorcial.

El mecanismo para la adopción de decisiones para el cumplimiento del objeto requiere la mayoría absoluta de las partes, salvo pacto en contrario, inc. 10° del art. 7, Ley 26.005.

De tal forma, si nada dice el contrato constitutivo, la decisión consorcial deberá tomarse por más de la mitad de los firmantes, a cuyo fin, la base de cómputo serán todos los integrantes del consorcio y no solamente, los participantes presentes en la reunión. A su vez, toda modificación del contrato constitutivo requerirá la unanimidad de los participantes, salvo pacto expreso en contrario.

El ordenamiento no indica la forma de convocatoria de la reunión de consorcistas, aspecto que queda también reservado a lo que puedan convenir las partes, sin perjuicio que indudablemente, cabe asegurar un adecuado sistema de notificación en orden a los recaudos formales de la reunión, o sea, lugar y fecha, como así también, a los temas que se abordarán a la manera de un “orden del día”.

A su vez, es razonable que la convocatoria la realice el representante cuando lo estime necesario a los fines del proyecto consorcial y que la citación se formule de un modo fehaciente a todas las partes, pues, su omisión invalida la decisión.

También corresponde legitimar a cualquiera de los participantes para pedir la convocatoria a una reunión consorcial, pues, es un derecho inherente a su condición de consorcista.

Aún cuando la norma nada dice de la posibilidad de apoderamiento, tanto a los fines de la convocatoria, como de la participación en la reunión de consorcistas, cabe en este sentido, estar a lo dispuesto por la legislación del derecho común en orden a las facultades del mandatario, art. 1879, 1881 del Código Civil.

Así, se advierte la primacía de la convención contractual y la presencia de cláusulas subsidiarias que actúan como elementos naturales de la relación obligacional que solo operan en ausencia de previsión.

Desde otro costado, un aspecto relevante lo constituye la designación del representante a cuyo fin el inciso 11° ordena que, en primer lugar, cabe estar a lo dispuesto en el contrato, pese a lo cual, en caso de renuncia incapacidad o revocación del mandato, el nuevo mandatario será designado por unanimidad.

Por su parte, nuevamente se anota que la autonomía de la voluntad hace primar la disposición contractual, pese a lo cual, la ley se encarga de establecer una norma supletoria que regula el régimen de designación en los casos aludidos por unanimidad de los participantes.

Con relación a determinadas materias como son la separación, exclusión o admisión de nuevos participantes nuevamente la norma dispone supletoriamente, en caso de silencio del convenio, se requiere unanimidad.

III.4. Disolución y liquidación.

El ordenamiento legal regla también el modo de “desatar” la relación contractual estableciendo una modalidad disolutiva semejante a la que contiene el ordenamiento societario.

Así, el inciso 5to. establece que el contrato debe contener las cláusulas de revocación o conclusión y las formas de liquidación del consorcio, todo lo cual hace recordar más a una figura societaria que a una contractual.

La liquidación parte del contenido del inc. 6to. que establece que el contrato debe determinar el monto del “fondo común operativo”, así como la participación que cada parte asumirá en la relación convencional.

De esta forma, cabe destacar que existe un verdadero “patrimonio de afectación diferenciado” que corresponde al consorcio de cooperación.

Esta situación se confirma con los recaudos de los incisos 16 y 17 que obligan a llevar libros de comercio y confeccionar los estados de situación patrimonial a los fines de la oportuna atribución de resultados y rendición de cuentas.

Asimismo, el inc. 17 habla de causales de disolución en terminología equívoca que evoca la existencia de una persona jurídica, aún cuando podamos admitir que en sentido amplio pudiera predicarse la disolución de un contrato.

La ambigüedad terminológica en orden a la distinción con una persona jurídica diferenciada se acentúa si se leen las causales de disolución que contiene el art. 10 de la ley 26.005 que puntualmente son:

- 1) la realización de su objeto o la imposibilidad de cumplirlo
- 2) la expiración del plazo establecido
- 3) decisión unánime de sus participantes
- 4) si el número de participantes llegaran a ser inferior a dos
- 5) la disolución, liquidación, concurso preventivo, estado falencial o quiebra

de uno de los miembros consorciados no se extenderá a los demás; como tampoco los efectos de la muerte, incapacidad o estado falencial de un miembro que sea persona física, siguiendo los restantes la actividad del consorcio, salvo que ello resultare imposible fáctica o jurídicamente.