

RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DE LA U.T.E.

DAVID A. KULMAN

SUMARIO

Frente a las nuevas experiencias emanadas del uso de los contratos de U.T.E. surge la necesidad de hacer una revisión de sus normas a la luz de las nuevas conductas de los operadores jurídicos. El art. 381 de la Ley 19.550 establece, con relación a la responsabilidad entre los miembros de este contrato, que la solidaridad no se presume, salvo pacto en contrario, por los actos y operaciones que deban desarrollarse o ejecutarse, ni por las obligaciones contraídas frente a terceros. Pero la experiencia ha demostrado la presencia de una tendencia abusiva de las empresas en el uso de este contrato, formando estructuras destinadas a provocar perjuicios dentro del esquema de la norma. Por ello se propone establecer la solidaridad entre las empresas frente a las obligaciones enunciadas por la norma, basada en la tolerancia que otorga la naturaleza jurídica de este tipo de contrato de agrupamiento temporal. En efecto, este tipo de contrato subsume caracteres societa-

rios y parciarios en su estructura, los cuales no son excluyentes frente a la responsabilidad solidaria que se propone.

I) INTRODUCCIÓN

Un tema de gran importancia en nuestro país en tiempos de crisis, es y seguirá siendo la protección del crédito. Ciertamente en todo momento se han tratado de descubrir mecanismos que brinden una mayor y mejor defensa destinada a disminuir los riesgos propios de las actividades económicas.

Pero evidentemente que en todo emprendimiento se requiere una inversión, y esto conlleva necesariamente el alea del riesgo con relación a su resultado, para lo cual, la legislación debe acompañar con un esquema de normas que alberguen una integridad de soluciones, equilibradas para todas las partes que concurren a un negocio, debiendo establecer un marco regulatorio actual y suficiente en cada situación.

Las decisiones empresariales, cualquiera sea la escala de la misma, supone arriesgar una cantidad definida de recursos en un proyecto de inversión que el sujeto estima viable. Sin embargo la viabilidad o no de dicho proyecto depende de un sinnúmero de variables que conforman el riesgo empresario y la aleatoriedad de sus resultados. El sistema jurídico debe aportar un esquema de normas que alberguen una integridad de soluciones, equilibradas para todas las partes que concurren a un negocio –sin que por ello se elimine el riesgo–, pero si lo reduciría, permitiendo a las personas contar con un marco normativo razonable y previsible.

La renovación que se produce en los mercados con nuevos esquemas contractuales, imponen por obviedad, que las regulaciones normativas deban acompañar consecutivamente aquellos cambios incorporando las experiencias que se van acumulando en ese devenir, para receptar las alternativas y soluciones que se van presentando como más razonables, a los fines de garantizar un sistema de reglas que evite abusos y al mismo tiempo posea la apertura para receptar la autonomía de la voluntad.

Por este motivo y frente a las nuevas experiencias surgidas alre-

dedor de los contratos de Unión Transitoria de Empresas (U.T.E.), surge la necesidad de hacer una revisión de sus normas a la luz de las nuevas conductas de los operadores jurídicos.

II) LA RESPONSABILIDAD EN EL RÉGIMEN ACTUAL

A decir del art. 381 LS. *“Salvo disposición en contrario del contrato, no se presume la solidaridad de las empresas por los actos y operaciones que deban desarrollar o ejecutar, ni por las obligaciones contraídas frente a terceros”*, se define uno de los caracteres de este contrato en el cual, la responsabilidad de sus miembros, tanto por los actos u operaciones que realicen, como por las obligaciones contraídas frente a terceros; es *a contrario sensu* de este artículo, simplemente mancomunadas entre los mismos.

Esta no es una ocasión para iniciar un análisis retrospectivo sobre la evolución de la naturaleza jurídica del contrato de U.T.E. y el resto de sus elementos —que bien han sido definidos por la doctrina— porque excedería el propósito del presente, pero lo que sí se expondrá es la argumentación sobre la que se ha construido este principio de la responsabilidad, regulada de manera distada de los otros contratos asociativos de colaboración que, como la UTE, no conforman una persona jurídica diferenciada, ni una sociedad.

Inicialmente al tipificar al contrato de U.T.E. por la ley 22.903¹ se dijo que *“Párrafo especial merece el distinto tratamiento en lo referente a la responsabilidad, dado que en el contrato de agrupamiento se prevé la solidaridad de los miembros (art. 373) en tanto que en este caso la solución es inversa salvo pacto en contrario. La distinta solución encuentra su obvio fundamento, precisamente, en el carácter transitorio de la relación y en que en estos supuestos de lo que se trata es básicamente de disponer derechos y obligaciones de los sujetos contratantes en relación con la colaboración relativa a la obra o servicio tenido en vista a la cual normalmente dedican solo una parte, sea en términos de tiempo o de cantidad, de la actividad desarrollada por cada una de las empresas reunidas”*. lo cual no

¹ Exposición de Motivos de la Ley 22.903, Cap. III, Sec. II, punto 3.

aporta mayores comprobaciones para definir suficientemente los motivos para la adopción de este tipo de efectos, pero sí brinda la base sobre la que se debe razonar la responsabilidad a tenor de la naturaleza jurídica del contrato de U.T.E.

No caben dudas que la problemática de la responsabilidad en los contratos de colaboración es uno de los aspectos más difíciles de resolver por las diversas consecuencias de orden práctico que inciden en el funcionamiento y aceptabilidad del ente creado a través de la unión transitoria², pero es de vital importancia advertir que dentro del esquema empresarial actual existen situaciones que engendran verdaderas armas para rehuir obligaciones por parte de algún o algunos de sus miembros, abusando del actual contrato de U.T.E.

Al momento de su regulación existieron variadas razones que justificaron la formación de este tipo de contrato por el legislador (vg. la usanza en la realidad negocial y la presencia de estos tipos de contratos en el derecho comparado), lo que llevó a interpretar algunos de sus elementos de manera tal de facilitar su utilización, evitando condiciones que desalienten este tipo de contratos, entre los cuales se encontraba la adecuada fijación de la responsabilidad de sus miembros frente a las obligaciones asumidas en nombre de la U.T.E.

En su oportunidad la forma de determinación de la responsabilidad, ha sido un tema que tuvo una directa vinculación con la naturaleza jurídica del contrato de U.T.E, porque al ser considerado un contrato de coordinación³ o bien, un contrato de coparticipación accidental, transitoria y no permanente⁴ o bien un contrato de colaboración – como lo define la ley– requirió necesariamente un estudio adecuado de la responsabilidad teniendo en estrecha consideración, la participación de los miembros.

Esta participación contractual de sus integrantes en la U.T.E. y su reflejo en el modo de distribución de las obligaciones, tuvo una directa incidencia en la asignación de la responsabilidad por la diversidad de compromisos que pueden asumir cada uno de sus miembros

² Zaldivar, Enrique y otros "Contratos de Colaboración Empresaria". Ed. Abeledo Perrot. BsAs-1993, pag. 227.

³ Zaldivar, Enrique y otros "Contratos de Colaboración Empresaria". Ed. Abeledo Perrot. BsAs-1993, pag. 227.

⁴ Otaegui, Julio "Concentración Societaria". Ed. Abaco. BsAs-1984, pag. 412.

dentro del contrato: Ya sea que el contrato tenga una estructura societaria o una estructura parciaria, es decir, según quieran las partes compartir el resultado común de la obra, servicio o suministro, o simplemente ejecutarla o prestarlos por partes, corriendo cada participante con su resultado,⁵ y que incide directamente en el modo de la calificación de la responsabilidad.

Lo cierto es que el contrato de U.T.E. no es una sociedad (art. 377 LS) pero reúne alguno de los elementos de ésta, con lo cual, en la justificación que se hizo de la distribución de las responsabilidades en el art. 381 LS, existen situaciones que han quedado probadas por la naturaleza jurídica parciaria del contrato en el cual cada uno de sus miembros corre con una parte del resultado y ello se reflejó en el modo de asignar la responsabilidad. Pero en otras ocasiones, cuando todos los miembros solo poseen un mismo interés sobre la integridad de los resultados, quedan igualmente comprendidos por efecto, al modo de calificación de la responsabilidad.

Recordemos que los contrato de colaboración poseen elementos comunes al contrato de sociedad, tal como el fondo común, el resultado común o la participación en las utilidades y en las pérdidas, y la gestión común, o, dicho de otra manera; la *afectio societatis*, todos configuran elementos del contrato social y ello es clásico,⁶ con lo cual hay componentes dentro de la naturaleza jurídica del contrato de U.T.E. que se importan del contrato de sociedad y que no hacen tan obvia la aplicación de los principios de la “*no solidaridad*” al tipo de contrato de colaboración que se crea, cuestión que será analizado más adelante.

Ahora bien, es evidente que la responsabilidad mancomunada que menciona la ley *a contrario sensu* es solamente para las obligaciones asumidas por los miembros en cumplimiento del objeto del contrato y que fueran asumidas por el representante legal, despejando cualquier duda con relación a otras contrataciones que aquellos hicieran en nombre propio y por el mismo objeto, porque en este caso, responderían íntegramente por las obligaciones sin poder extender los

⁵ Otaegui, Julio “*Concentración Societaria*”. Ed. Abaco. BsAs-1984, pag. 413.

⁶ Otaegui, Julio “*Concentración Societaria*”. Ed. Abaco. BsAs-1984, pag. 413.

efectos sobre los otros miembros de la U.T.E.

En un caso más extremo se sostiene que la presunción de *no solidaridad* en la responsabilidad de los miembros de las U.T.E., no debía ser extendido a todas las obligaciones asumidas, sino que debían quedar excluidas todas aquellas que nacieron como consecuencia de la creación y mantenimiento de la infraestructura de las mismas, es decir, tanto las obligaciones asumidas a los fines de la ubicación física, como al buen funcionamiento de estos contratos. Si bien, la ley no hace este distingo, ello no debe ser obstáculo para entender que ciertos gastos y obligaciones realizados en interés de todos los miembros, deba ser cargado a éstos de manera solidaria.⁷

Pero en definitiva, la norma adopta el principio general sobre responsabilidad del Cód. Civil en materia de obligaciones para cuando existen pluralidad de sujetos, dividiendo las obligaciones en porciones viriles (art. 691 C.C.) o a prorrata del interés que cada uno tuviere en el contrato (art. 692 C.C.), generando por efecto, que la insolvencia de uno de los deudores debe ser soportada por el acreedor (art. 694 C.C.) o bien, la interrupción o suspensión de la prescripción solo aprovecha al deudor que la hubiere opuesto (art. 695 y 696 C.C.). E igualmente, la mora de uno de los deudores no perjudica a los otros (art. 697 C.C.) y por último, solo el deudor incumplidor con la cláusula penal impuesta en el contrato es responsable sin poder extender su obligación a los otros (art. 698 C.C.).

Como se dijera, no se tolera otro modo de distribuir las obligaciones, por la transitoriedad del contrato y el modo de participación que los miembros tienen en la realización del objeto del contrato, pero existen elementos y circunstancias que imponen una revisión de esta definición de la responsabilidad.

III) UNA REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Como se viene adelantando, la contundencia en el principio de "*no solidaridad*" entre los miembros de la U.T.E. por las obligaciones

⁷ Fusaro, Bertelio "Los Contratos de Colaboración Empresarial" Ed. Depalma. BsAs-1987, pag. 79.

contractuales, no es algo que deba ser sacralizado, bien sabido es que la formulación de este contrato satisfizo un vacío legal y vino a regularizar actuaciones carentes de un esquema legal por aquellos tiempos, con lo cual la tipificación que se hiciera del él, contribuyó a ubicar dentro de la norma a una serie de contratos que hasta el momento se sucedían tanto en la costumbre como en el derecho comparado, (vg. Estado Unidos, Inglaterra, Francia, España, Bélgica, Italia, Brasil o Alemania), pero que en nuestro país funcionaban bajo el nombre de “consorcio” pero con el molde del *Joint Venture*.

Ahora, el contenido dado a los arts. 377 a 383 L.S., recogió elementos de otras figuras vigentes en otros países, sin poder definir con precisión el antecedente directo del esquema regulador utilizado. Pero se destaca que el aporte innovador de la ley 20.903 fue de gran trascendencia, tanto por su esquema regulador propiamente, como por su posición creadora.

Este tipo de contrato que se crea —en el cual se contempla la reunión de empresas en forma transitoria con la finalidad de reagrupar los recursos propios para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto—,⁸ ha sido reglamentado en la integridad de los sistemas jurídicos del derecho comparado, con algunas diferencias surgidas particularmente en el reconocimiento, o no, del carácter de persona jurídica, o bien, en la fijación de una responsabilidad solidaria, o no, sobre sus integrantes por las obligaciones asumidas dentro del contexto del contrato.

La ley Española⁹ regula la “*Agrupación Temporal de Empresas*” con una argumentación similar a la nuestra, pero basada en la responsabilidad solidaria de sus miembros respecto de las obligaciones contractuales comunes, lo cual indica que el modo de resolver la responsabilidad mancomunada por la participación en las obligaciones, no es algo que deba seguirse en atención a su esencia de contrato de colaboración temporal, sino que está estrechamente vinculado a una cuestión de oportuna política legislativa.

Esta diversidad también se observa en la legislación Brasileña,

⁸ Exposición de Motivos de la Ley 22.903, Cap. III, Sec. II, punto 1.
⁹ Fuente directa de nuestra U.T.E. para algunos autores.

que prevé igual criterio de responsabilidad que la nuestra, advirtiendo la diversidad posible de responsabilidades con relación a este elemento del contrato de U.T.E.

Pero la cuestión se resuelve a partir de la interpretación de la naturaleza jurídica de este tipo particular de contrato de agrupamiento, sobre el que se conjugan elementos parciarios y societarios, esa doble variante del negocio también se plantea en el *joint venture* al que se califica de operativo en caso de que responda a una estructura societaria y de instrumental si corresponde a una estructura parciaria,¹⁰ debiendo en consecuencia evaluarse los efectos del actual esquema de la responsabilidad del contrato de U.T.E. en atención a la diversidad de posibilidades que se advierten en su estructura.

Sin mengua se acepta la idea de que la presencia de un contrato a partir del solo propósito de unirse para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio, o suministro concreto, no puede engendrar mayores responsabilidades que las asumidas por cada uno de sus miembros, vinculadas a la restringida participación diferenciada dentro de la obra, es decir, que habiendo asumido la sola función de realizar un segmento de la obra, desligada totalmente del resto de la misma, y por el cual el integrante del contrato obtiene de manera exclusiva los beneficios, sin participar en las obligaciones al resto del elenco de empresarios, la responsabilidad entre ellos debe ser simplemente mancomunada.

Pero no siempre la participación de los empresarios ocasionales en este tipo de contratos tiene esta función parciaria, por el contrario, otras veces la participación negocial esta repartida de tal manera que incumbe la participación en la obra de manera homogénea entre algunos o todos los miembros, más aun, existen ocasiones en que la vinculación entre los empresarios ocasionales desgaja un halo de preeminencia de unos sobre otros en función de diferentes causas, como pueden ser la posición que cada uno tiene en el mercado, la clientela, la relación con el comitente, la estructura societaria de cada uno, y muchos otros ejemplos, que además, orientan la expectativa del tercero guiado por el crédito de algunos de los miembros del grupo y la di-

¹⁰ Otaegui, Julio "Concentración Societaria". Ed. Abaco. BsAs-1984, pag. 413.

recta intervención de todos ellos en al integridad de la obra.

Y esto no pretende ingresar a la discusión sobre la presencia, o no, de un grupo de sociedades en el marco del art. 33 L.S., porque la realidad impone que la paridad empresaria no existe y quienes se aventuran a un contrato temporal destinan parte de su patrimonio a realizar un negocio que los posiciona de manera ventajosa en el emprendimiento, ejerciendo preeminencias dentro del contrato, y sin que ello conlleve ilicitud alguna evidentemente, porque de lo contrario los efectos serían diferentes.

Frente a esta situación de contratación temporal con tinte societario, se debe conformar un esquema de protección a los terceros contratantes e incluso al comitente mismo que no fue beneficiado con la solidaridad, porque, si bien éstos generan un beneficio común a todos los integrantes de la U.T.E. al momento de contratar, se pueden ver eventualmente perjudicados por la imposibilidad de cobro de sus créditos respecto de alguno de ellos, con lo cual, por el principio de la limitación de la responsabilidad, quedarían burlados en su buena fe.

Es por ello que se propone una modificación al art. 381 LS, que invierta las cargas del riesgo otorgando al acreedor el privilegio de la solidaridad y a los miembros contratantes de las U.T.E. el derecho a repetir de cada uno de los otros miembros la parte pagada en exceso, porque de esa manera se llegaría por efecto, a que los contratantes deban establecer con precisión dentro del contrato, la posición de cada uno, es decir, los empresarios al momento de establecer el objeto y la participación de ellos en los resultados y contribuciones, valorarían con mayor estrictez el reparto de sus derechos y obligaciones en aras a la protección de su propio crédito, el cual quedaría suficientemente asegurado por ser justamente ellos quienes conocen con certeza la solvencia del otro.

Y esta situación en nada se disocia con la naturaleza parciaria que puede adoptar el contrato de U.T.E. en su otra faz, porque sostener este tipo de responsabilidad solidaria, significa remarcar algo que por esencia ya existe dentro del contrato, que es la organización y coordinación entre los miembros. De esta manera los miembros de las U.T.E., no se verían afectados en el modo de realizar la obra, ni de conducir la organización, pero deberían afrontar las consecuencias por

la formación de un ente –que sin personalidad– es capaz de generar beneficios comunes a sus integrantes a costa de la estructura organizativa que conforma.

Esto se advierte en la intervención de cada uno de los miembros en el contrato, ello es de vital importancia al momento de calificar la solvencia del grupo, incluso trasciende la relación con el comitente para ubicarse dentro del plano social por sus efectos, asimilándose a la relevante participación de los socios en las sociedades con características personalistas y a quienes se impone la responsabilidad, solidaria, ilimitada y subsidiaria por las obligaciones sociales (art. 125, 134, 141, 315, 363 y 363 LS).

La resistencia a la solidaridad se justifica con relación a uno de los modos en el que pueden llegar a participar los miembros de la U.T.E. dentro del contrato, es decir, con relación al aspecto parciario propiamente. Pero en la actualidad no se justifica mantener este esquema de responsabilidad por los efectos disociadores que yacen en el seno del contrato, en el cual, de acuerdo al objeto que se adopte, como por la participación de cada miembro, genera un verdadero agrupamiento con esencia societaria.

A todo esto se le debe incrementar la destrucción del crédito cuando se encubre dentro de la estructura contractual temporal con modalidad parciaria, una colaboración asociativa con modalidad societaria, que impone a los acreedores la división de la responsabilidad, cuando en el fondo los miembros no tuvieron en miras la disociación de funciones.

En la actualidad, se observan situaciones en las cuales, bajo el amparo del contrato de *unión transitoria* se encubre una estructura asociativa dominante, o bien societaria, que solo pretende estructurar un contrato que conlleve la división de la responsabilidad en perjuicio de terceros.

Evidentemente que este tipo de organización dominante, no es algo que se pueda advertir desde afuera del agrupamiento, más aun, no es algo que surja del texto del contrato, pero sí se puede llegar a advertir en el funcionamiento y organización que posee el contrato de U.T.E. Uno de los primeros elementos que brindan un criterio de análisis y convicción sobre la presencia de esta situación, es la autoriza-

ción que contiene el art. 382 *in fine* LS de adoptar acuerdos por otro modo que no sea la unanimidad, esto desequilibra la equivalencia de los sujetos¹¹, además, la mayoría prevista para la remoción con causa, asegura a la mayoría la vigencia de su representante porque la remoción sin causa debe ser adoptada por unanimidad (art. 379 LS).

Otro tanto sucede con la posibilidad de regular la distribución de los resultados (art. 378, inc. 8° LS) sin que se establezca un parámetro moral de equivalencia (art. 13 LS), o lo que sucede con la fijación contractual de los modos de financiar o sufragar las actividades comunes (art. 378 inc. 7° LS), o la facultad de determinar la forma de exclusión y separación de los miembros (art. 378 inc. 9° LS), o lo que sucede con la facultad de fijar las condiciones de admisión de nuevos miembros (art. 378 inc. 10° LS), y la adopción de las sanciones por el incumplimiento de obligaciones asumidas (art. 378 inc. 11° LS). Todo esto vinculado con el modo de adoptar los acuerdos por mayoría convergen en la idea que se sigue sobre la posibilidad del abuso del contrato en perjuicio de terceros.

Esta situación se confirma al momento en que se utiliza a otro u otros de los miembros al solo efecto del endeudamiento y que luego son inmolados por la causa, más aun, ello también sucede cuando se advierten orígenes no tan claros (sociedades *off shore*) entre otros miembros, que no permiten encontrar en su procedencia elemento alguno para ejecutar. Ahora bien, lo que se describe no es una discusión de gabinete, sino una realidad entre proveedores y concesionarios del Estado bajo la forma de U.T.E., frente a los cuales los terceros acceden a contratar con ésta en razón de la solvencia de algunos de los miembros del grupo, pero luego formalizan sus operaciones con un determinado miembro, el cual, al momento de los vencimientos de las obligaciones pendientes, deviene en incobrable, y en el mejor de los casos resulta que el empresario solvente solamente concurre a sostener las obligaciones en la limitada participación que se acordó.

En conclusión, en la medida que la participación y organización

¹¹ Sin dudas que en algunos casos es intrínseca la desigualdad por la gradación de participación diferente que posee cada miembro del contrato de U.T.E., pero siempre y cuando se estructure esa desigualdad de un modo noble, pero cuando esa disparidad es pergeñada al solo efecto de supeditar a los otros participantes, sucede la conducta reprobada.

de los miembros en todo contrato de U.T.E. no esté debidamente estructurado, que obligue a cada uno a limitar no solo su responsabilidad sino su actividad en el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, y que eliminen los abusos que se mencionan a través de una reestructuración de la regulación de este tipo de contratos; necesariamente se debe imponer la solidaridad a los integrantes de las U.T.E., porque los perjuicios que se suceden con su permanencia concurren, juntamente como otras legislaciones de nuestro país, a premiar el incumplimiento.