

2. FUNCION ECONOMICA DEL CONTRATO

El contrato de asociación o colaboración a riesgo compartido es una respuesta a las necesidades comerciales públicas o privadas nacionales o internacionales de llevar a cabo proyectos de alta complejidad de modo que su ejecución demande la asunción de riesgos y cargas financieras difícilmente soportables por una persona natural o jurídica.

Se trata en consecuencia de solucionar con esta figura, los problemas que plantean las ingentes inversiones requeridas para tan ambiciosas empresas o proyectos. Sobre la función económica del contrato en estudio, SANJIV K. KAPUR, anota cómo el joint venture, definitivamente es un instrumento idóneo en el tráfico jurídico, para promover la inversión extranjera de tal manera que exige la homologación de los aspectos legales concernientes al tiempo, a la naturaleza de las relaciones entre agrupados, el tratamiento y protección del know-how, el origen y la inyección de fondos, los aspectos fiscales, entre otros aspectos no menos importantes⁸.

En el ámbito de la economía globalizada, las alianzas empresariales de riesgos compartidos, son el instrumento idóneo para buscar la expansión del mercado a nivel nacional e internacional, con la activa participación de firmas locales y multinacionales⁹, compartiendo los ya mencionados riesgos, los recursos, ventajas comparativas, para ganar competitividad estratégica en una relación en la que todos los agrupados ganan.

En el caso colombiano, si bien no tiene buenas referencias de la figura -por lo ocurrido recientemente entre Nortel y otras firmas multinacionales que

⁸ SANJIV K. KAPUR. Con la globalización de la Economía, las alianzas son necesarias: El joint venture desde el punto de vista de un abogado. Artículo de la Revista Clase Empresarial No 23. mayo de 1995. Pág. 36 y 37.

⁹ COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS. Revista de Derecho Mercantil. No 6 Bogotá, Enero – abril de 1985 “Las llamadas joint venture como forma de colaboración entre el capital nacional y extranjero”.

suscribieron este tipo de contratos con Telecom¹⁰-, el tema no puede pasar desapercibido ahora que los gobiernos de Colombia y de Estados Unidos se disponen a negociar un Tratado Bilateral de Libre Comercio¹¹. En este marco internacional, empresarios y entidades de ambos países, necesariamente han de acudir a la institución jurídica del Joint venture para canalizar distintas modalidades de negocio, según las ventajas comparativas. En este sentido, nuestro país no puede desconocer que tales alianzas, son un medio para atraer la inversión a través de nuevos negocios en el exterior para lograr su acceso preferencial a más de 1000 millones de consumidores en una inusitada gama de sectores productivos.

Con el Joint Venture se busca agilizar la realización de proyectos, debido a la simplificación de formalidades para su celebración y a la no exigencia como requisito para su conformación de un modelo societario.¹²

Con el Joint Venture se unen esfuerzos de empresarios que cuentan con ventajas comparativas que otros no tienen y que prestan en función del cumplimiento de una actividad específica y comportan una adecuada disposición de medios a fines, de modo que el desarrollo de esta resulte eficiente en términos de costo beneficio, de tiempo, de inversión tecnológica y, por supuesto, de rentabilidad.

Con las distintas modalidades del Joint Venture es posible lograr objetivos que una Empresa no lograría por si misma. Se constituyen en medios para distribuir riesgos, costos y utilidades o perdidas en función de lo que cada integrante este más capacitado para ofrecer. Desde ese punto de vista es el medio para vincular inversionistas extranjeros, para estimular la iniciativa privada en proyectos de alcance público o colectivo, para fomentar esquemas de

¹⁰ www//telecom.gov.co/prensa/jointventure.htm

¹¹ URIBE, ATALAYA, Andrés. Posibilidades y facilidades en la presentación y puesta en marcha de proyectos de empresas conjuntas entre la Unión Europea y Colombia. Analiza como alternativa el enfoque de la Unión Europea.

investigación y desarrollo en el propósito de buscar nuevas tecnologías aplicables a la producción de bienes y servicios públicos y privados y al desarrollo de proyectos que requieran la intervención de varias disciplinas o áreas científicas o tecnológicas y/o que requieran la concurrencia de la iniciativa pública y privada al mismo tiempo.

En el campo de los servicios públicos domiciliarios que buscan satisfacer necesidades colectivas y que exigen grandes inversiones para lograr la cobertura, universalidad, distribución, etc., el Joint Venture se convierte en una eficaz alternativa para estimular la empresa privada en la consecución de objetivos públicos.

El Joint Venture también se ha convertido en un mecanismo de transferencia e intercambio de tecnologías y consiguientemente, en el desarrollo de aplicaciones innovadoras, en el ámbito de las comunicaciones, el desarrollo de complejos proyectos de infraestructura física y la exploración y explotación de hidrocarburos. No en vano la Ley 80 de 1993, ha promovido modalidades de Joint Venture para estos campos de la contratación estatal a través de las figuras de la Unión Temporal, del Consorcio, de la Sociedad Futura, generando instrumentos de alianzas estratégicas entre empresas del sector privado y del sector público para la celebración de contratos estatales.

¹² ARRUBLA, OP.cit.,p. 256.

3. ELEMENTOS DEL CONTRATO

3.1. LAS PARTES

No existe un número determinado de participantes, sin embargo puede concluirse que debe tenerse como mínimo dos participantes que pueden ser personas naturales, o jurídicas de carácter público, privado o mixto constituidas en Colombia o en el extranjero previo cumplimiento de ciertos requisitos.¹³

Cada parte debe estar en capacidad de asumir aspectos esenciales del proyecto, programa u objeto en que consista la actividad de riesgo compartido, de una manera calificada. Esto es colorario de la expectativa con la que cada uno de los empresarios agrupados, concurre a la celebración del contrato colectivo, en que se estructura el Joint venture.

¹³ Concepto de 2003 octubre 09. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Aponte Santos, Gustavo: "...No hay una participación accionaria o de cuotas de interés social por parte de sus integrantes, pues éstos no configuran un capital social sino que se unen, con su capacidad económica y técnica y su experiencia...asumiendo responsabilidad solidaria ante ésta. No hay propiamente aportes de dinero, trabajo o bienes con la finalidad de constituir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, know how, maquinaria, equipos, dinero, etc. según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo. ...No es una persona jurídica sino un número plural de contratistas que se integran para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad... Se trata aquí de aunar voluntades y esfuerzos para alcanzar un fin económico, pero no de crear un ente nuevo. Por eso el acuerdo consorcial y el de unión temporal han sido denominados contratos de colaboración o de agrupación, y como son limitados en el tiempo, pues su objetivo se refiere a una sola contratación, sin perjuicio de que posteriormente surjan otras en las cuales se asocien también, se les consideró en el anteproyecto inicial de legislación comercial que finalmente desembocó en la ley 222 de 1995, como modalidades del llamado contrato de unión transitoria, el cual no quedó consagrado en dicha ley... La persona nombrada como representante viene a ser en realidad, el director o coordinador del proyecto, y es la que canaliza la actuación de los distintos consorciados o unidos frente a la entidad estatal, pero no tiene el carácter de representante legal de cada uno de éstos. De igual manera, si los integrantes del consorcio o la unión demandan o son demandados judicialmente, por causa de la propuesta o el contrato celebrado con la entidad estatal, deben, para actuar válidamente en el proceso, comparecer todos y así integrar el litisconsorcio necesario activo o pasivo..."

Es decir, cada parte debe resultar, frente a las demás, lo suficientemente experimentada en una de las actividades que componen el objeto contractual, como para que los otros depositen su confianza en la empresa aleatoria que constituye el Joint venture, aportando su know - how y una participación en capital pero manteniendo su independencia jurídica¹⁴.

3.2. EL OBJETO

Su objeto está limitado a un fin específico, que puede ser el desarrollo de una obra, la prestación de un servicio, entre otros, en consecuencia, sus actividades son concretas y persiguen en estricto sentido el desarrollo de la actividad para la cual fue celebrado.¹⁵

¹⁴ GUARDIOLA, SACARRERA Enrique. Contratos de colaboración en el comercio internacional. Ed. Boch, Barcelona 1998, pag. 301.

¹⁵ "El contrato de asociación es un instrumento dirigido a vincular capital y tecnología nacional y extranjera en el proyecto de búsqueda y explotación del petróleo, que permite con cierta efectividad captar la atención de los inversionistas, al compensar el riesgo asumido por el asociado y ofrecer condiciones favorables de negociación. Encuentra su origen en el "Joint ventura" (aventura común), institución propia del derecho anglosajón, la cual se puede concebir como una asociación de dos o más personas para realizar una empresa que implica un determinado riesgo (Venture), en la cual combinan esfuerzos para perseguir un beneficio común, sin crear una sociedad..... Un aspecto notable de la relación que surge en virtud del "Joint Venture" y que irradia el contrato de asociación, consiste en que la ejecución de la actividad es conjunta y, en consecuencia, los contratantes actúan como verdaderos socios, así no se constituya una sociedad como tal. Esto se justifica en la medida en que las actividades propias de la industria petrolera comportan un riesgo tal, que exige establecer condiciones favorables de negociación para mitigarlo. En efecto, las condiciones de explotación y comercialidad del petróleo son inciertas, por lo que la asociación constituye un instrumento idóneo para asumir el riesgo generado por esa incertidumbre, así como para repartir las utilidades en un momento futuro, en caso de obtener resultados positivos..... Según lo anterior, el objeto del contrato de asociación consiste en la ejecución conjunta de actividades propias de la industria petrolera y la consecuente repartición de los costos y riesgos de los mismos en la proporción pactada por las partes contratantes. Así mismo, en virtud de este contrato las partes pueden convenir que los hidrocarburos producidos pertenecerán a cada parte contratante en las proporciones estipuladas en el mismo.

El contrato bajo análisis es en esencia de riesgo en la etapa exploratoria y de operación conjunta en su fase de desarrollo. Para explicar mejor esta característica, es pertinente analizar brevemente el proceso que sigue la ejecución del mismo, el cual se puede sintetizar así: Durante el período de exploración, la empresa asociada asume todos los costos y riesgos de dicha actividad, por lo que radica en cabeza suya el control total y exclusivo de la misma. La asociada entonces, invierte recursos económicos,

La complejidad del objeto es una de las causas que conllevan a los empresarios para concurrir a la celebración de un contrato a riesgo compartido. Complejidad que se expresa de manera simple en el hecho de que una empresa sola no podría desarrollar tal objeto, sino es asumiendo unos costos y riesgos de tal magnitud e inseguridad que le no queda otro camino que agruparse para desarrollar un proyecto, objeto o programa específico, en el cual cada empresa por si sola no cuenta ni con todos los medios necesarios, ni con todas las ventajas comparativas de producción, gestión ni mercado para lograrlo.

técnicos y humanos propios en las operaciones de búsqueda del crudo, sin tener certeza de encontrarlo o de que el hallado sea comercializable. Es pues una fase de riesgo dentro de la ejecución del contrato, ya que en el evento de que no se halle el recurso o de que el pozo encontrado no resulte explotable, la asociada asume en forma individual las pérdidas por los gastos e inversiones incurridas; pero si por el contrario, la exploración resulta positiva y la persona o empresa contratante acepta la comercialidad del yacimiento, esta última le reembolsa a la asociada un porcentaje determinado, por lo general el 50%, de los costos e inversiones en que incurrió hasta ese momento. A partir de ahí se inicia la operación conjunta donde, como su nombre lo indica, los costos y riesgos para obtener éxito en la actividad corren por cuenta de ambas partes, es decir, éstas comparten los costos pasados y futuros, de acuerdo con las proporciones pactadas en el contrato. Finalmente, la fase de distribución de los beneficios obtenidos con la producción, también está sujeta a la voluntad de las partes contratantes.... Como se puede deducir de lo hasta aquí expuesto, la persona natural o jurídica dedicada a las actividades propias de la industria del petróleo, no actúa como beneficiaria dentro de la relación jurídica establecida en virtud de un contrato de asociación, más bien adquiere una condición que se asimila a la de un socio ya que asume, de manera conjunta con su cocontratante, los riesgos y costos de la empresa desarrollada. De la relación entre contratante y asociada no surge responsabilidad laboral alguna respecto de los trabajadores, ya que se designa un operador quien, por cuenta de éstas y sin representarlas, ostenta la calidad de verdadero empleador. Así las cosas, el operador es el único responsable del pago de los salarios y prestaciones a que tengan derecho los trabajadores al servicio de la asociación, quien por ninguna razón está obligado a dar aplicación al mandato contenido en la disposición acusada pues, como puede verse, se trata de hipótesis totalmente disímiles.... Por contemplar un supuesto de hecho distinto, la norma acusada no es discriminatoria en relación con los trabajadores de la asociación..... El actor considera que el artículo 1 del Decreto 284 de 1957 vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior, al establecer que sólo los trabajadores que laboran al servicio de los contratistas independientes, utilizados por una persona natural o jurídica dedicada a la exploración, explotación o transporte de petróleo, gozarán de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los de la empresa beneficiaria, pues con ello se excluye a los demás trabajadores que prestan sus servicios a esa misma persona en virtud de un contrato de asociación". (Sentencia C-994/01 Referencia: expediente D-3452 Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil uno (2001).

El objeto del Joint venture a diferencia de lo que ocurre en el contrato de sociedad, no es la búsqueda de utilidades¹⁶. Es la producción, investigación, comercialización o desarrollo conjunto de una actividad, bien o servicio para cuyo cometido es indispensable un esfuerzo de varios en el propósito de afianzar riesgos. En efecto, el objeto de la cooperación proyectada que puede ser entre otros, realizar exportaciones en común, investigación conjunta, participar en un concurso internacional o la construcción de obras “llave en mano”¹⁷.

3.3. REMUNERACION

Es un contrato oneroso que busca la obtención de lucro individual para cada uno de los participantes, en consecuencia, cada uno de los participantes debe efectuar una contribución, que puede consistir en bienes, derechos, dinero, aportes de industria o de horas de trabajo aplicado a la ejecución del proyecto, de tal forma que se constituya una comunidad de intereses que garantice la obtención de lucro individual de los participantes, que constituye una de las características esenciales del contrato.¹⁸

¹⁶ CUBEROS, DE LAS CASAS, Felipe. Aproximación al contenido del contrato de Joint venture. Revista Agora: Expresión de un pensamiento múltiple. U. Javeriana. Vol. 14, Num. 28. Bogotá, 1992, pag. 22 y 23.

¹⁷ GUARDIOLA, SACARRERA Enrique. Ob. Cit. Página 297.

¹⁸ Sentencia de 1994 septiembre 22. Corte Constitucional. Barrera Carbonell, Antonio: “El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.....Un sistema de mediación que permite a sus miembros organizarse mancomunadamente para la celebración y ejecución de un contrato con el Estado, sin que por ello pierdan su individualidad jurídica, pero asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones contractuales”.

Concepto de 2003 octubre 09. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Aponte Santos, Gustavo: “Como se desprende de la norma recién citada, en el caso de la conformación de un consorcio o una unión temporal, no hay una participación accionaría o de cuotas de interés social por parte de sus integrantes, pues éstos no configuran un capital social sino que se unen, con su capacidad económica y técnica y su experiencia, para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad estatal, asumiendo responsabilidad solidaria ante ésta. No hay propiamente aportes de dinero, trabajo o bienes con la finalidad de constituir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico

4. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO

4.1. ATÍPICO E INNOMINADO

Estamos frente a un contrato atípico por cuanto sus elementos esenciales y denominación no se encuentran determinados en la ley, sino en la costumbre y en la aplicación del derecho comercial comparado.¹⁹

4.2. PLURILATERAL

Se trata de un contrato originado en la pluralidad de partes, que pueden ser personas naturales o como lo establecen algunas legislaciones comparadas solo entre personas jurídicas nacionales o extranjeras, publicas o privadas, las cuales se unen para el desarrollo o ejecución de una obra, servicios o suministros concretos, que deben ser complementarios o accesorios del objeto social de los participantes.²⁰

Al igual que el contrato de sociedad el Joint Venture supone la unión de actividades de dos o más sujetos para el logro del objetivo específico. Todos los integrantes están de frente al objetivo, no como en el contrato bilateral que tiene como esencia únicamente dos partes con intereses correlativos.

distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, know how, maquinaria, equipos, dinero, etc. según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo. El consorcio o la unión temporal no es una persona jurídica sino un número plural de contratistas que se integran para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad... Se trata aquí de aunar voluntades y esfuerzos para alcanzar un fin económico, pero no de crear un ente nuevo.”

¹⁹ARRUBLA, PAUCAR, OP.cit.,p.258.

²⁰ Ley española 18 de 1982.

4.3. TRANSITORIO

Como quedo señalado éstos contratos son de carácter transitorio, lo que quiere decir que están destinados a perecer, una vez se cumplan los objetivos específicos para los cuales fueron celebrados y por lo tanto están sujetos a un plazo determinado, que coincide con la realización del objeto para el cual fue creado.²¹

4.4. DE OBJETO ESPECÍFICO

Están limitados a un fin específico, porque sus actividades son concretas y persiguen la satisfacción de un fin determinado, que debe estar previsto en forma clara y precisa; que puede ser para el desarrollo de una obra, la prestación de un servicio o para un contrato de suministro, entendiéndose que no es una obra, servicio o suministro en el sentido literal, sino que debe existir una sola finalidad en el desarrollo de las mismas. El Joint Venture debe

²¹ Concepto de 2003 octubre 09. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Aponte Santos, Gustavo: "Por eso el acuerdo consorcial y el de unión temporal han sido denominados contratos de colaboración o de agrupación, y como son limitados en el tiempo, pues su objetivo se refiere a una sola contratación, sin perjuicio de que posteriormente surjan otras en las cuales se asocien también, se les consideró en el anteproyecto inicial de legislación comercial que finalmente desembocó en la ley 222 de 1995, como modalidades del llamado contrato de unión transitoria, el cual no quedó consagrado en dicha ley. Es claro que el consorcio o la unión temporal no constituye una nueva persona jurídica y por ello es que todos sus integrantes deben suscribir tanto la propuesta como el contrato, en caso de resultar favorecidos en la licitación o concurso, independientemente de que designen una persona que represente al consorcio o la unión temporal, "para todos los efectos", como señala el parágrafo 1° del artículo 7°, pues tales agrupaciones no tienen existencia jurídica propia y por ende, cada uno de sus miembros debe obligarse directamente con su firma y marcar así su solidaridad en el compromiso que asume con los otros. La persona nombrada como representante viene a ser en realidad, el director o coordinador del proyecto, y es la que canaliza la actuación de los distintos consorciados o unidos frente a la entidad estatal, pero no tiene el carácter de representante legal de cada uno de éstos. De igual manera, si los integrantes del consorcio o la unión demandan o son demandados judicialmente, por causa de la propuesta o el contrato celebrado con la entidad estatal, deben, para actuar válidamente en el proceso, comparecer todos y así integrar el litisconsorcio necesario activo o pasivo... Sin embargo, conviene hacer la precisión de que en el caso de la unión temporal, se puede presentar la hipótesis de que uno de sus integrantes actúe aisladamente, cuando se trata de recurrir o demandar el acto administrativo por medio del cual se le sancionó en razón de habersele endilgado la culpa por determinado incumplimiento en el contrato estatal, pues en este evento, la imposición de la sanción es individual de acuerdo con el criterio interpretativo expresado en la exposición de motivos sobre este tipo de agrupación, contemplada en el numeral 2° del artículo 7° de la ley 80."

destinarse a la ejecución de un único proyecto, lo que no determina el que su duración sea corta o de ejecución inmediata²²

4.5. DE COLABORACIÓN

El Joint Venture se celebra con la expectativa de cada uno de sus integrantes de que los otros tienen una ventaja comparativa de la cual el no goza y sin la cual no puede lograr por si solo la realización de la obra, bien o servicio. De modo que la colaboración o la agrupación entre sujetos con fines comerciales constituyen un elemento esencial del contrato. Para que exista un Joint Venture, todos los participantes deben efectuar una contribución que permite la combinación de los activos, dinero, habilidades y conocimiento de todos los partícipes, que tiene como finalidad la obtención de un lucro, en la ejecución de la aventura particular. Lo que genera un derecho de propiedad en común sobre los bienes aportados.

El grado de integración de las empresas, entorno a la participación de cada una de ellas en la planeación y realización del proyecto, viene a constituirse en elemento determinante de la formación de joint venture²³. La gama va desde la integración absoluta, conforme a la cual las empresas preexistentes desaparecen dando paso a una nueva resultante de la concentración (una fusión); pasando por distintas formas de integración parcial, hasta simplemente la puesta en común de esfuerzos, recursos y elementos al servicio exclusivo del proyecto, sin ningún tipo de integración societaria, que es lo que denominaríamos el joint venture propiamente dicho.

4.6. NO CONSTITUYE UNA PERSONA JURÍDICA DIFERENTE DE SUS INTEGRANTES

²² LE PERA, Op.cit.

²³ GUARDIOLA, S. E. Obra citada. Páginas 297 y 298.

El Joint Venture no constituye una sociedad, carece de personalidad, no es sujeto de derecho, es un contrato de coordinación entre empresas o empresarios, resultado de acuerdos empresariales que tienden a establecer, organizar y desarrollar operaciones en las que tienen total o parcialmente intereses comunes, con un reparto o división del trabajo en los partícipes para el cumplimiento de la finalidad que los agrupa.²⁴ Las empresas participantes mantienen su propia individualidad. Y se crea un derecho de control mutuo en el gerenciamiento de la empresa.²⁵

4.7. ONEROSO

El Joint Venture tiene por objetivo la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios con destino al mercado, siempre con la finalidad de lucro individual de cada uno de los participantes. En consecuencia exige que todas las partes corran en proporción a su participación con los costos y

²⁴ MARZORATI, Osvaldo. Alianzas estratégicas y Joint ventures. Buenos Aires, Argentina: Astrea de Alfredo y Ricador Desalma, 1996.

²⁵ Concepto de 1997 enero 30. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Osorio Isaza, Luis Camilo: "Tal como puede inferirse de lo expuesto, no se constituye el consorcio en una persona jurídica autónoma e independiente de quienes participan en su conformación para los efectos de la presentación de una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, lo cual no obsta de modo alguno para que se designe un representante, con capacidad para contratar y obligar al consorcio (art. 6°, ley 80/93). La categoría de persona jurídica, privada o mixta, no puede predicarse de los consorcios ya que carecen de personalidad jurídica. En efecto para la existencia de personas jurídicas se requiere de un acto jurídico positivo (de la Constitución, la ley, ordenanza o acuerdo municipal o convenios, en el caso de personas descentralizadas de segundo grado) que les de nacimiento y establezca su estructura y características; tampoco aparece enlistado en las denominadas entidades estatales que detalla el art. 2° de la ley 80/93. Por ello carece de los miembros que conforman directamente del consorcio; en el caso de PROSPERAR, que administra recursos públicos y privados de origen cooperativo, tampoco podría afirmarse que su naturaleza es pública o mixta porque carece de personería. El hecho de administrar recursos estatales en cumplimiento de las prestaciones que son objeto de obligaciones contractuales, tampoco imprime personalidad pública al contratista, en este caso al consorcio; como tampoco se trasmite a éste el carácter público o privado de las personas participantes del consorcio. El consorcio es entonces una forma no societaria de relación o de vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, con miras a obtener la adjudicación, celebración y ejecución de contratos, regida por las condiciones que tienen a bien acordar los participantes del consorcio, y por tanto, correspondiente al ámbito de actividad e iniciativa privada, no obstante la responsabilidad solidaria y la penal establecidas en la ley (arts. 7° y 52, ley 80 de 1993). A ello se agrega la circunstancia particular del Fondo de Solidaridad Pensional, consistente en la administración fiduciaria de sus recursos prevista por la ley 100 de 1993, la cual en sus disposiciones especiales prevé la constitución de patrimonios autónomos (art. 122), administrados en fiducia".

riesgos del proyecto, con la expresa intención de obtener utilidad. Búsqueda de Utilidad Común. No es esencial para la existencia de un Joint Venture que las partes intervinientes acuerden dividirse las pérdidas; puede estipularse que todos participen en ellas, o que sólo algunos las soporten.²⁶

En relación con el manejo de las pérdidas el profesor LE PERA y KirKPATRICK han expuesto que:

“... no es esencial para la existencia de un Joint Venture que las partes acuerden las pérdidas; ellas pueden incluso pactar que todos participen en las utilidades pero que solo algunos soporten las pérdidas.”²⁷

“Puede decirse que “Joint Venture” designa una empresa asumida en común; que es una asociación de empresarios unidos para la realización de un específico proyecto con el propósito de obtener una utilidad que, como las pérdidas, será dividida entre ellos, aunque la obligación de los partícipes de soportar una parte proporcional de las pérdidas o de los gastos puede modificarse contractualmente.”²⁸

“la doctrina americana admite que alguien pueda no participar en las pérdidas, aunque si en las ganancias, lo que diferencia al Joint Venture de cualquier forma solicitaría”²⁹

La legislación Argentina al señalar el contenido del contrato de las Uniones Transitorias de Empresas hace referencia a la participación de las partes contratantes ya sea en las utilidades o en las pérdidas.

²⁶ ARRUBLA, Op.cit.,p. 259.

²⁷ LE PERA, Op.cit.,p. 75.

²⁸ KirKPATRICK V. SMITH, citado por Sergio Le Pera en su obra “ Joint Venture y Sociedad”, Buenos Aires, Argentina: Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1997 p. 70.

²⁹ MARZORATI, Op.cit.

De lo cual, puede decirse que no es obligatorio, ni se constituye un requisito esencial de la naturaleza del contrato el que las partes contratantes tengan que participar de las utilidades y pérdidas del negocio.

La importancia de esta apreciación y de su sustento doctrinario y legislativo a nivel internacional, radica en los actuales cuestionamientos generados en la celebración y ejecución de algunos de los Contratos de Asociación a Riesgo compartido celebrados en el país, en lo relacionado con la participación de las partes, como de las utilidades, y el interrogante de si adolecen de un requisito legal esencial.

A pesar, que sobre dichos contratos se ha logrado definir la participación de las partes sobre estos dos factores, surge la pregunta si es o no obligatoria la participación de las mismas en las utilidades y pérdidas, teniendo en cuenta el sentido literal de la norma, y el desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre el tema.

Y para ello, es necesario reiterar la naturaleza de riesgo compartido del contrato, sobre el entendido de que en la relación contractual, cada parte asume riesgos determinados

Resulta lógico que se estipule que, si una de las partes no asume ciertas obligaciones (a manera de ejemplo, el aporte y mantenimiento de equipos, entre otros), el asociado que las asume, no participe de las pérdidas que genere la actividad, por cuanto ha realizado una inversión.

Desde otra perspectiva, las partes podrán pactar, que cada una de ellas sea responsable de las pérdidas que genere su actividad dentro de la gestión conjunta de la asociación en forma independiente de su asociado

En conclusión, no es de la naturaleza del contrato el que sea obligatoria la participación proporcional de las partes en las pérdidas que resulten de la

ejecución del contrato; por el contrario la contingencia resulta ser la esencia del mismo, y en él las partes determinarán cuál es el riesgo que cada quien está dispuesto a asumir.

Lo que sí desnaturalizaría el contrato, sería el aseguramiento o garantía para una parte o para varias, tanto de la no pérdida como de la obtención del total de las utilidades estimadas, pues en este caso, se trataría de un contrato distinto a riesgo compartido.

4.8. ALEATORIO

Porque sus integrantes emprenden una empresa común, cada uno de ellos deposita su confianza en que con tales medios comunes se alcanzara el objetivo, de tal modo que deben compartir los riesgos. Tradicionalmente el Joint Venture supone la realización de una actividad que antes no tenía precedente de modo que uniendo esfuerzos busca mitigar el impacto de los riesgos, distribuyendo su carga entre todos.

La distribución de los riesgos entre los contratantes puede determinar para uno de ellos mayores costos, o el despliegue de una mayor inversión a la inicialmente prevista. Así mismo, cada una de ellas, determina cuáles serán los riesgos exclusivos que asumirán, según las obligaciones y derechos estipulados; y cuáles serán compartidos.

En él, las partes conocen y aceptan que los ingresos generados por los servicios dependerán de variables previamente determinadas, de manera que las partes asumen el riesgo de recibir la participación de acuerdo a lo que hayan pactado.³⁰

Cabe decir que se trata de un contrato regulado por el derecho privado, y por ende la imposibilidad para el ente estatal de establecer o aplicar cláusulas

³⁰ FARINA, Op.cit.

exorbitantes, o ejercer prerrogativas o privilegios que puedan romper el principio jurídico clásico sobre el cual se edifica el contrato de derecho privado, es decir el de la igualdad de las partes, que deviene en otro principio general, en el sentido de que el contrato es ley para las partes, y por ende, no puede ser desconocido por ninguna de ellas, so pena de resarcir los perjuicios causados.

El equilibrio financiero del contrato no operará dentro de los contratos aleatorios como se ha expuesto con anterioridad, en la medida en que no puede existir un restablecimiento del mismo cuando desde el principio se ha determinado la presencia tangible de riesgos y contingencias.

Sin embargo, desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, las partes podrán pactar en contrario dentro de ciertos parámetros financieros y de acuerdo con el desarrollo del convenio, que exista o no una compensación por los mayores valores en que pueda incurrir cualquiera de las partes.

Igualmente es necesario aclarar que el equilibrio financiero que puedan acordar las partes, no obedece a garantizar el cien (100%) por ciento de las utilidades, sin participación de las pérdidas. El objetivo sería el cubrir algunos de los costos derivados de situaciones imprevistas que afecten de manera extraordinaria, así tuvieran un gran impacto financiero en la ejecución del contrato.

4.9. CONSENSUAL

Por tratarse de un contrato atípico, no se ha previsto en la ley ningún tipo de formalidad para su celebración y por tanto su celebración esta revestida de la libertad de los contratantes al momento de realizar el acuerdo que contendrá las obligaciones y derechos de las partes.

4.10. DE PARTICIPACIÓN

Como se trata de unir esfuerzos según las ventajas comparativas de los integrantes, es necesario establecer de manera específica el medio o la forma como participará cada uno de ellos en el logro de el objetivo común, incluso definiendo la carga de riesgos y costos y la obtención de utilidades en términos porcentuales. No olvidemos que se trata de un contrato que tiene como característica esencial la división del trabajo para optimizar el resultado.

5. ESTIPULACIONES USUALES DEL CONTRATO

1. Su objeto está constituido por la actividad o actividades que de manera expresa se han identificado por los miembros y que pueden consistir en una obra, servicio o suministro. En otros términos, el objeto del convenio, es el de regular y establecer las condiciones, derechos y obligaciones, responsabilidades y demás estipulaciones bajo las cuales las partes desarrollarán conjuntamente y a riesgo compartido el proyecto previsto.
2. El modelo económico a seguir, en el cual se incluyen las variables financieras por las que se regirán las partes, que tendrán revisiones constantes con el fin de ir incorporando en el desarrollo del contrato, el comportamiento real de las variables previstas. De igual forma se define el margen de riesgo que asumirá cada una de las partes.
3. El contrato debe estipular de manera precisa el modelo de administración organizacional y tecnológica del proyecto, identificando las condiciones de la representación legal y el escenario de relaciones jurídicas con terceros, clientes o usuarios. En lo posible debe conformarse un órgano encargado de desarrollar aspectos operacionales, técnicos, comerciales y de procedimiento, así como mediar en caso de divergencias para encontrar soluciones viables para la presentación del servicio.
4. En función del objeto debe estipularse la determinación concreta de las actividades a cargo de cada uno de los integrantes, esto es que debe precisarse el enunciado contractual de las actividades tendientes a lograr el cumplimiento del objetivo propuesto, así mismo se establecerá la proporción en que las partes participarán de las utilidades o pérdidas del negocio.

5. Deben estipularse los medios para la realización del objeto, que son las ventajas comparativas de cada miembro y que constituyen las obligaciones de hacer y de dar de cada uno.
6. Debe estipularse el plazo contractual que fundamentalmente será igual a la obra, servicio o suministro que constituya el objeto. En este caso, la duración no está determinada por el factor tiempo, sino por la obra o las obras para la cual se constituye o por las labores que tiene que desarrollar en tal obra.
7. Denominación y razón social, requisito indispensable para la representación del grupo en su actividad comercial y para asumir el papel que en un contrato de sociedad juega la razón social que será transitoria teniendo en cuenta la naturaleza del contrato.
8. No habrá una nueva persona jurídica. Cada una de las partes cuenta con su propia organización y empleados, de ahí que dentro de las estipulaciones es necesario individualizar a cada uno de los partícipes haciendo mención de su nombre, razón social, domicilio y demás que permitan la plena identificación de los miembros.
9. Es esencial designar la persona del representante de la agrupación de modo que tenga el apoderamiento suficiente de todos y cada uno de los miembros para ejercer los derechos y contraer las obligaciones que hicieren al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro. Tal designación debe someterse a las reglas que establezcan leyes especiales que regulen la materia ³¹ o en su defecto las normas generales del mandato. Téngase en cuenta que en la legislación colombiana el representante legal de un Joint Venture debe obtener el poder directamente de cada uno de los miembros para efectos de su representación judicial pues al no gozar de personalidad

³¹ Por ejemplo Artículo 7 de la ley 80 de 1993.

jurídica para efectos judiciales los miembros de la Joint Venture conforman un litis consorcio necesario.

10. Debe estipularse el sitio o sitios dentro de los cuales se desarrollará el objeto de los Joint Ventures, así como el domicilio a los efectos legales correspondientes.
11. Para efectos de inspección, control y vigilancia y para efectos impositivos y teniendo en cuenta que el Joint Venture tiene por finalidad la obtención de un lucro, y por tanto todos los beneficios serán para las empresas participantes, es necesario estipular la proporción o método para determinar la participación de las empresas en la distribución de los resultados, o en su caso, los ingresos y gastos de la unión.

Lo anterior sin perjuicio del postulado de la autonomía de la voluntad que permite a los integrantes de esta modalidad contractual organizar sus relaciones internas conforme al modelo económico, tecnológico y administrativo que hayan adoptado para el desarrollo del contrato.

De otra parte como el Joint Venture no es una sociedad o un sujeto de derecho, en principio, salvo norma expresa en contrario, no debe tributar los impuestos que luego de repartidas las ganancias deberán sufragar individualmente los participantes.

12. Es evidente que el Joint Venture debe estipular expresamente las obligaciones comunes e individuales de cada integrante. Como no es posible determinar unas modalidades de obligaciones típicas porque ellos dependen del proyecto específico que se busca desarrollar con la agrupación se pretende intentar una categorización de operaciones propias de cada integrante incluso sobre modalidades de Joint Venture reguladas en Colombia³². Los partícipes deben efectuar una contribución, que puede

³² Ver Ley 37 de 1993 para el caso de las telecomunicaciones.

consistir en bienes, derechos o dinero, aportes de industria o de tiempo aplicado a la ejecución del proyecto, creando una comunidad de intereses, garantizando así que cada uno de los miembros actúe en beneficio común.

6. ATRIBUCIONES O DERECHOS DE LOS PARTICIPANTES

Deben estipularse como mínimo las siguientes:

1. Obligar a los demás participantes al cumplimiento de sus obligaciones. Cada uno de los asociados tiene facultad para obligar a los otros partícipes a responder en todas las cuestiones del negocio, y frente a terceros, en los aspectos que estén relacionados con el desarrollo del proyecto.³³
2. Designación y revocación del representante.
3. Requerir la distribución de los resultados³⁴.
4. Pedir la separación de los miembros.
5. Admitir o no nuevos integrantes. En consecuencia, el contrato deberá indicar las condiciones en que se admitirán nuevos miembros; podrán pactar cuáles serán los requisitos a llenar por el nuevo partícipe; y la decisión de aceptarlo o no, deberá ser unánime, salvo que se pacte lo contrario.³⁵
6. Proponer y resolver sanciones a los participantes, por incumplimiento de las obligaciones contractuales.
7. Pedir la disolución del contrato.
8. Adoptar las medidas que consideren adecuadas para la administración de la entidad, establecidas en el acto constitutivo.³⁶
9. Los integrantes continúan ejerciendo su derecho de propiedad sobre los bienes aportados.

³³ Ver el desarrollo que al respecto hace Le Pera en Op.cit., p. 95 a 99, sobre modalidades operativas de los agrupados.

³⁴ RODRÍGUEZ, Jorge Miquel. La Sociedad Conjunta (joint venture). Ed. Civitas, Madrid 1998. ps.323 y ss.

³⁵ AGUINIS, Ana. Empresas e inversiones en el MERCOSUR; Buenos Aires, Argentina: Abeledo – Perrot. Al respecto resulta ilustrativo la reglamentación que sobre el particular hace la Comunidad del MERCOSUR.

³⁶ Ibid.,p.119

10. Cuentan con el acceso a los sitios y medios con los que se desarrolla el objeto contractual.
11. Tienen derecho a intervenir en la administración, control y auditoría del Joint Venture, esto es que pueden ejercer la supervisión y conocimiento de actividades. El desarrollo y ejecución del negocio específico, debe estar bajo el control y dirección de todos los miembros de la asociación; esto es un control mutuo en el gerenciamiento del proyecto; lo que necesariamente implica unanimidad en la toma de decisiones. No obstante puede existir una delegación de funciones en alguno del los partícipes, sin que se desnaturalice el Joint Venture.³⁷
12. Derecho a recibir ingresos e intereses de mora cuando existan retrasos en los pagos.

³⁷ MARZORATI. Ver desarrollo en obra citada. p. 116 a 145.

7. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En este orden de ideas las obligaciones de las partes podrían ser las siguientes:

1. Poner a disposición de los administradores del Joint Venture, la infraestructura, red de servicios, talento humano o recursos de capital que se ha comprometido a aportar según el objetivo del contrato.³⁸
2. Cada una de las partes del Joint Venture tiene la facultad par obligar a los otros y sujetarlos a la responsabilidad frente a terceros, en cuestiones que estén estrictamente relacionadas con el objeto del contrato.³⁹
3. Cada una de las partes del Joint Venture tenga o no la facultad para administrar la operación del proyecto, tendrá derecho sobre la administración del mismo.⁴⁰
4. Proporcionar las condiciones de permanencia para el funcionamiento de la infraestructura, servicios o medios aportados.
5. Responsabilidad por patentes y derechos de propiedad industrial.⁴¹
6. Asegurar equipos de su propiedad, personal a su cargo, daños a terceros y/o sus bienes.
7. Adelantar los trámites para obtener los permisos, autorizaciones y licencias necesarias para adelantar la actividad aportada.
8. Disponer lo necesario para realizar las actualizaciones tecnológicas requeridas.
9. Responder por su propio personal y subcontratistas.

³⁸ Ver reglamentación del Consejo de la Unión Europea No. 4064 de 1989 sobre Joint Ventures. Documento sobre el alcance del artículo 13.

³⁹ GOLDSCHMIDT, Werner. La autonomía conflictual de las partes, su forma y su alcance. Buenos Aires, Argentina: Revista El Derecho p. 109-117.

⁴⁰ ARRUBLA, Ob.cit., p. 263.

⁴¹ FARINA, Ob.cit, p.738 y ss.

10. Constituir las garantías que se requieran para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del convenio.
11. Deber de no concurrencia. Si bien es cierto que los Joint Venture se deben la más estricta lealtad (deber de buena fe) en cuanto a la actividad específica, motivo de su unificación; conservan libertad para competir en todos los demás campos por los que no se han unido.⁴²

⁴² MARZORATI. Ob.cit. p.151 a 180.

8. RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

Salvo norma legal en contrario, la responsabilidad de los participantes se asimila al de los comuneros, esto es cada una de las partes será responsable de sus deberes y obligaciones, de los daños causados por ella, y frente a terceros por sus propios actos.

En materia de responsabilidad debe distinguirse entre la que surge entre los participantes, de la responsabilidad de los miembros del Joint Venture frente a los terceros, respecto de los primeros debe entenderse que la responsabilidad se ciñe al incumplimiento del contrato y por consiguiente es individual.

En relación con la segunda, se trataría de un fenómeno de responsabilidad solidaria puesto que la esencia del contrato es la de participar en las utilidades pero también en los riesgos y costos del contrato. En materia de contratación estatal la ley 80 de 1993, expresamente, en su artículo 7, consagra la solidaridad pasiva de los miembros de las uniones temporales o consorcios que contraten con el Estado, con prescindencia del porcentaje de participación de sus integrantes.⁴³

⁴³ Auto de 2002 mayo 23. Consejo de Estado. Sala Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Giraldo Gómez, María Elena: "a. El Consorcio se origina para la presentación de una propuesta, para la adjudicación, celebración y para la ejecución del Contrato por varias personas en forma conjunta, es decir que puede hablarse o del consorcio limitado a la presentación de la oferta cuando el mismo consorcio no resultó adjudicatario o cuando resultando serlo, por tal situación jurídica particular se extiende para la celebración y ejecución del contrato, por determinación legal. b. La expresión "conjunta" alude a la pluralidad de personas que lo conforman. c. La persona designada por todos los miembros del consorcio para que lo represente lo hará en la "adjudicación, celebración y ejecución de un contrato" (art. 7° ley 80 de 1993). Jurisprudencialmente partiendo del contenido de este artículo la Sala dedujo que la notificación de la adjudicación hecha al representante del consorcio se hizo a todos los consorciados; ... d. La expresión "solidariamente", contenida en el artículo 7° ibídem, referida a los miembros del consorcio, hace visible que el legislador en materia de la responsabilidad parte de que el consorcio no es una persona sino un conjunto de personas porque, precisamente, la solidaridad no se predica de la singularidad sino de la pluralidad de personas....Cuando la demanda no tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad del contratista consorciado, como el consorcio por su composición es pluralidad de personas, cada una de éstas - o que lo conforman o que lo conformaron, según el caso - debe venir representada como la ley lo dispone. Vg: demanda del acto de adjudicación por el oferente vencido, o de la nulidad del contrato, etc.; cada una de las personas consorciadas y la Autoridad que expidió el acto deben estar en juicio. . Cuando la Administración pretende la

12. CAUSALES DE TERMINACIÓN Y DISOLUCIÓN

En función de la naturaleza jurídica del contrato, las causales de terminación pueden ser las siguientes:

12.1. POR VENCIMIENTO DE PLAZO: Siendo un contrato de naturaleza transitoria, sin perjuicio de que la voluntad de las partes decida extender o prorrogar su vigencia, es evidente que si con suficiente anticipación las partes han establecido un cronograma para cumplir un objetivo específico mientras duren agrupadas, restringir determinadas liberalidades comerciales, el vencimiento del plazo es una causal de terminación o disolución que salvo disposición o acuerdo en contrario tiene efectos ipso iure.

12.2. POR MUTUO ACUERDO: de igual manera si las partes concurrieron en busca de ventajas comparativas para el logro de un objetivo preciso, ante circunstancias que ellas mismas predefinan o que surjan durante la ejecución del mismo, pueden dar lugar a la terminación del contrato por mutuo acuerdo, disponiendo la liquidación correspondiente.

Los supuestos que requieran del acuerdo de las partes, deberán ser adoptados por unanimidad, salvo norma o pacto en contrario, pues el Joint Venture es uno de esos contratos en que el aporte de cada uno de las partes se convierte en elemento esencial, consecuentemente la decisión de dar por terminado el contrato exige la imprescindible expresión de voluntad de cada uno de ellos.

12.3. POR INCUMPLIMIENTO: si la causa del contrato es la de optimizar recursos que se encuentran en poder de diferentes sujetos, tenemos como premisa el que la actividad de cada uno de ellos puede ser esencial para el cumplimiento del objeto contractual a tal punto que el