

**Acuerdos de cooperación empresarial dentro del código de comercio ecuatoriano:
El *Joint-Venture*, el consorcio mercante y la asociación en participación**

**Business cooperation agreements within the Ecuadorian trade code: Joint-
Venture, the merchant consortium and the joint venture**

Bryan Andrade Álvarez
Universidad ECOTEC
bryandrada_94@hotmail.com

Resumen: Con la entrada en vigor del Código de Comercio (2019), se incorporó al plexo normativo ecuatoriano una serie de contratos mercantiles; siendo, entre ellos, los contratos de colaboración empresarial. De acuerdo con la normativa, a esta categoría contractual están: (i) el contrato de empresa conjunta o joint-venture, (ii) el consorcio mercante, y (iii) la asociación en participación.

Palabras claves: Derechos innatos, normas jurídicas internacionales, derecho a la vida, identidad, autodeterminación

Abstract: With the entry into force of the Commercial Code (2019), a series of commercial contracts were incorporated into the Ecuadorian regulatory system, including business collaboration contracts. According to the regulations, this contractual category includes: (i) the joint venture contract, (ii) the merchant consortium, and (iii) the joint venture.

Keywords: Innate rights, international legal standards, right to life, identity, self-determination

INTRODUCCIÓN

La empresa es un elemento indispensable para el desarrollo económico de la sociedad. En ocasiones, con el fin de desarrollar sus actividades comerciales, recurre a ciertos contratos que carecen de una regulación especial en el ordenamiento, pero que son jurídicamente válidos (contratos atípicos). Es el caso de acuerdos tales como el *joint-venture*, el *leasing*, el *factoring*, el *franchising*, el *underwriting*, entre otros.

Pero dicha atipicidad no es más que el resultado de la universalización del Derecho Mercantil: importación de contratos desde ciertos sistemas jurídicos – principalmente anglosajones– con el fin de adaptarlos a la práctica comercial interna. Aquello, si bien resulta factible para el desarrollo empresarial, crea una situación de atipicidad *intra*-legislación.

Ahora bien, independientemente de la naturaleza jurídica que reciban estos contratos (atípicos o típicos), su celebración en el comercio se ha convertido en una costumbre indiscutible. Frente a ello, el Derecho ha quedado rezagado a regular marginalmente los efectos jurídicos que acarrearán los acuerdos, pero, en todo caso, sin disponer de herramientas suficientes para una regulación profunda.

Por tal razón, desde hace algún tiempo atrás, los ordenamientos jurídicos *importadores* de contratos empezaron a regular estos acuerdos atípicos. Uno de ellos fue el ecuatoriano, que a mediados del año 2019 promulgó un código en materia mercantil donde introdujo la mayoría de los *nuevos* contratos.

En el presente trabajo abordaremos únicamente los contratos de colaboración empresarial de *joint-venture*, el **consorcio mercante** y la **asociación en participación**; siendo para otro momento de estudio los demás contratos mercantiles contemplados en la nueva Ley.

Contexto legislativo

Luego de un arduo proceso legislativo en la Asamblea Nacional del Ecuador, el 09 de mayo de 2019 se aprobó el último Código de Comercio (CCo), aplicable en adelante

a las relaciones mercantiles dentro de la República¹. Más allá de los aportes doctrinarios en lo que respecta a la contratación mercantil en general, dentro de sus particularidades encontramos la incorporación de una serie de contratos que, previo a la entrada en vigor de esta norma, carecían de regulación.

Así, dentro del Libro V del CCo –que trata exclusivamente de los contratos mercantiles–, el legislador incorporó subcategorías contractuales tales como contratos de distribución (concesión mercantil, *franchising* y contrato de *know-how*), contratos de colaboración (contrato de *joint-venture*, consorcio mercantil y asociación en participación), contratos logísticos, y contratos accesorios (prendas de toda clase, fianza, *factoring* y contratos de prestación de servicios en general)

Luego de la promulgación del CCo, se realizó la primera reforma al texto legal, mediante la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, aprobada el 01 de diciembre de 2020 por la Asamblea Nacional². En dicha norma se introdujo al contrato de asociación o cuentas en participación como parte de los contratos de colaboración empresarial.

A la presente fecha, dada la novedad legislativa, no existe jurisprudencia al respecto que haya desarrollado alguna de las figuras contractuales antes mencionadas. Tampoco así la doctrina nacional. Por tal razón, tanto los nuevos contratos mercantiles, así como el resto de las figuras e instrumentos del CCo han venido regulándose solamente por disposiciones de la Ley.

La colaboración empresarial

Dogmáticamente, la colaboración abarca una noción tan amplia que podría decirse que en todos los contratos existe un deber de colaborar. La cuestión radica en que, por regla general, en ciertos contratos este deber constituye una obligación recíproca y

¹ El día 15 de marzo de 2017, la Asamblea Nacional realizó el primer debate legislativo del Proyecto de Código de Comercio. Luego, en los días 16 y 23 de octubre de 2018, realizó el segundo debate del mismo proyecto; y, finalmente, el día 12 de marzo de 2019, aprobó un texto final. Sin embargo, el día 11 de abril de 2019, el Presidente de la República objetó parcialmente el texto, por lo que la Asamblea Nacional volvió a debatir y aprobó finalmente el Código de Comercio el día 9 de mayo de 2019, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 497 del 29 de mayo de 2019.

² Publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 347 del 10 de diciembre de 2020.

correlativa de las partes contractuales, mientras que en otros constituye el *epicentro* de la relación jurídica.

Véase los contratos de cambio (*v.gr.* la compraventa): el vendedor mantiene una obligación (entregar la cosa) y el comprador otra (pagar el precio); ambos deben mantener tal comportamiento contractual que logre la *colaboración* para cumplir sus respectivas prestaciones, pero esta obligación no es una consecuencia directa del contrato. Mientras tanto, en los llamados contratos de colaboración, el colaborar es la obligación principal y compartida entre las partes frente a otra (explotar la empresa). Es decir, una consecuencia directa por haber celebrado el contrato. Al respecto, Lorenzetti señala que ‘en los contratos de cambio la finalidad inmediata es la circulación de bienes y la colaboración es un deber secundario de conducta que califica las obligaciones’. Mientras que en los contratos de colaboración –dice el mismo autor– ‘colaborar es un fin inmediato y lo mediato puede ser el intercambio de bienes’³. Para Etcheverry, toman el nombre de acuerdos de colaboración ‘los contratos agrupados en orden a su función económica: la colaboración entre empresas diversas o entre sociedades’⁴.

Estrictamente, dentro del campo de los contratos de colaboración, se ha establecido tres clasificaciones: (i) colaboración gestoria, (ii) colaboración societaria, y (iii) colaboración asociativa no societaria⁵. Dentro de la primera categoría, se ubican los contratos de delegación (*v.gr.* mandato o comisión); en la segunda, por antonomasia, el contrato de sociedad; y, en la última, los contratos asociativos y parciarios. El contrato de *joint-venture* y el consorcio mercante forman parte de esta última categoría.

La colaboración empresarial *versus* la sociedad mercantil

³ Ricardo Lorenzetti. *Tratado de los contratos*. Tomo III. Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p 242.

⁴ Raúl Aníbal Etcheverry, *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, 1ª Edición, Editorial Astrea, Bogotá, 2016, p. 99.

⁵ Lorenzetti, *ob.cit*, p. 241 y siguientes.

La brecha que divide los contratos de colaboración societaria de los contratos de colaboración asociativa no societaria es tan corta que resulta menester indicar sus rasgos diferenciales y similares.

Dentro de ambos casos existe el elemento asociativo, ya que las partes conforman una ‘comunidad de fines, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo el interés’⁶ Sin embargo, en el contrato de sociedad (colaboración societaria), donde los socios conforman una persona jurídica y patrimonio común, su integración se da de forma total. Por su parte, en el *joint-venture* (colaboración asociativa no societaria) no se producen las mismas consecuencias jurídicas, pues la asociación únicamente se limita a integrar parte del negocio de cada *venturer*; es decir, se da una integración de forma parcial.

Como consecuencia de lo anterior, dentro de la sociedad las partes pierden su individualidad (socios o accionistas), pues se constituye un nuevo sujeto de Derecho, el cual –ese sí– mantiene una independencia. Por su parte, en el *joint-venture* los partícipes sí conservan su individualidad (comerciante o empresario), ya que la empresa conjunta no crea una nueva personalidad.

En relación con los beneficios obtenidos, se presenta un tratamiento patrimonial diferente. En la sociedad, su titularidad le corresponde al sujeto de Derecho, la cual, solamente luego de la liquidación de las operaciones contables, los entregará a las partes integradas (dividendos). En cambio, en el *joint-venture* la titularidad de los beneficios le corresponde directamente a todos los *venturers*, por lo que reciben directamente las ganancias generadas (saldo o utilidad). Sobre esto último, como indica Lorenzetti, es un sistema de ‘ganancias sin filtro para las partes contractuales’⁷.

Finalmente –aunque resulte un tanto obvia la diferencia– el régimen jurídico aplicable al contrato de sociedad resulta único, mientras que el *joint-venture* tiene sus propias reglas jurídicas. Al respecto, las normas societarias no son subsidiarias al régimen de los contratos de colaboración.

⁶ Lorenzetti, *ob.cit.*, p. 245.

⁷ Lorenzetti, *ob.cit.*, p. 249.

Sin perjuicio de lo anterior, en apartados posteriores revisaremos más diferencias de ambos modelos en el contexto de la legislación ecuatoriana. Pasamos ahora a revisar el contrato de *joint-venture* y todo lo que respecta.

La empresa conjunta o *Joint-Venture*

Habíase indicado que estos contratos son el resultado de la práctica mercantil moderna. En esa línea, se afirma que el *joint-venture* es producto de la nueva *lex mercatoria*, debido a que su base consuetudinaria y profesional es utilizada en diversos sistemas jurídicos⁸.

En el comercio internacional –donde tiene mayor vigencia–, el *joint-venture* representa un gran aporte para los negocios empresariales. Este tipo alianzas empresariales no distingue corriente político-económica: bien podría decirse que su impacto en el mercado se refleja únicamente en países de corriente liberal, pero ha tenido bastante aplicación en países como Rusia, países de Europa Oriental y China⁹.

De forma preliminar, podríamos definir al *joint-venture* como un contrato mediante el cual dos o más partes deciden explotar un negocio en común, participando de las ganancias y pérdidas obtenidas. A simple vista, como se indicó, presenta características similares a las de un contrato de sociedad.

Sobre el concepto, la jurisprudencia anglosajona ha comentado que se trata de ‘una combinación especial de dos o más personas que buscan ganancias en una operación específica sin constituir un partnership o una forma de sociedad dotada de la personalidad jurídica’¹⁰. Es decir, una organización empresarial que no constituye una sociedad mercantil (*partnership*¹¹) en los términos estrictos y su objetivo es la repartición de ganancias luego de una determinada empresa.

⁸ José María Gondra, *La moderna lex mercatoria y la unificación del Derecho del Comercio Internacional*, RDM, 1973, p. 31.

⁹ Etcheverry, *ob.cit.*, pp. 145 – 146.

¹⁰ *Aiken v. United States*, 144 F2d 23 4th circuit (1944). ‘(...) a special combination of two or more persons who, in some specific venture, seek profit jointly without any actual partnership or corporate designation’.

¹¹ El artículo 1 de la *Partnership Act* define esta clase de sociedad como: ‘The relation wich subsist between persons carrying on a business with a view of profit’

Así mismo, está compuesta de actos jurídicos subyacentes. De la Rosa, quien la estudió dentro del Derecho alemán (*Gemeinschaftsunternehmen*), señala que se trata de ‘un supuesto de hecho económico cuya instrumentalización jurídica podrá tener lugar mediante la utilización de diferentes soportes jurídicos, contractuales y societarios de que disponga el ordenamiento’. Pues, la organización empresarial creada en virtud del *joint-venture* necesariamente requiere de *soportes* para explotar el negocio. La doctrina ha denominado estos como ‘contratos satélites’¹². Sobre este tipo de acuerdos repasaremos detenidamente más adelante.

En definitiva, se trata de una organización empresarial (similar a la sociedad mercantil) que busca la explotación de un negocio y, luego, la repartición de utilidades. Para el efecto requiere de contratos subyacentes.

Origen

El origen y desarrollo normativo del *joint-venture* tuvo lugar en el sistema jurídico anglosajón de los Estados Unidos a partir el siglo XIX. La sentencia que acuñó por primera vez la expresión fue la emitida dentro del caso *Ross v. Willett et al*; resuelto en el año de 1894 en la Corte Suprema de Nueva York¹³: James G. Ross junto con Wallace Willett y Hathaniel Hamlin decidieron *aventurarse* en la compra de varios cargamentos de azúcar. Al acto compareció Ross por su cuenta, habiendo estipulado, por cuerda separada, la repartición de beneficios obtenidos por la reventa de la mercancía. Desafortunadamente el negocio no resultó y se reportaron pérdidas. La Corte de Nueva York, en orden de establecer una solución a la demanda planteada por Ross en contra de sus socios, señaló que esta clase de aventura podría considerarse como una ‘*partnership* limitada, no limitada en el sentido legal de responsabilidad, si no en cuanto a su objeto y

¹² Fernando De la Rosa, *La joint venture en el comercio internacional*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 22 – 23.

¹³ *Ross v. Willett et al.* 25 N.Y.S. 785 (1894). Hay que indicar que, previamente, ya habíase emitido una sentencia que utilizó la noción ‘*joint adventure*’ para definir una relación jurídica: el caso *Hubbell v. Buhler* en 1887. Sin embargo, fue con ocasión al caso citado que se estableció el precedente jurisprudencial.

duración; y bajo nuestro derecho *partnership* y *joint venture* se rigen por las mismas normas¹⁴.

Por tal razón, desde entonces, el *joint-venture* se empezó a regir por la *Partnership Act* en lo que fuere jurídicamente aplicable; en lo que no, era considerado como un acuerdo de confianza y colaboración empresarial¹⁵.

Principales tipos de *joint-venture*

Por la doctrina especializada se ha enumerado una cantidad variable de clasificaciones o tipos de contratos de *joint-venture*. Por ello expondremos únicamente las que –a nuestro criterio– resultan más importantes. Para el efecto, nos abstendremos de explicar las tradicionales clasificaciones (tales como ‘nacional’ o ‘internacional’), por cuanto su sola denominación ya denota su implicación. Así las cosas, son: (i) de proyectos, (ii) de inversión, (iii) cooperativo, (iv) societario, y (v) contractual.

a) De proyectos. Es una empresa conjunta cuya finalidad está circunscrita a un solo objeto determinado y por un tiempo establecido.

b) De inversión. Es una empresa conjunta direccionada principalmente a realizar inversiones *build – operate – transfer (BOT)*. Los inversionistas ponen su capital y trabajo mediante un *joint-venture* con el fin de explotar un negocio específico. Una vez concluido, el resultado será entregado al ‘país de acogida’¹⁶ a cambio de una compensación. El *joint-venture* (ni sus partícipes) no es propietaria del resultado de la explotación del negocio, sino que este debe transferirse al beneficiario final (el Estado). Este tipo de acuerdos son más realizables en proyectos de construcción, desarrollo tecnológico o cualquier sector que demande grandes capitales y *know-how*¹⁷; lo cual, muchas veces, el Estado no dispone.

¹⁴ ‘(...) a *Joint adventure* is a limited partnership; not limited in a statutory sense as a liability, but as to its scope and duration; and under our law *joint adventure* and *partnerships* are governed by the same rules’

¹⁵ *Vid.* Autores como Pascal Durand Barthez & Luiz Olavo Baptista, así como Phillip Mechem, ya habían indicado que el *joint – venture* podría ser considerado como una peculiar *partnership*.

¹⁶ De la Rosa, *ob. cit.*, p. 20.

¹⁷ Para citar un ejemplo: para la instalación del sistema de electricidad del *Channel Tunnel*, las empresas *STAR Capital Partners* y *Groupe Eurotunnel* celebraron un *joint-venture* entre ellas. Finalmente, el proyecto fue entregado a los gobiernos de Francia e Inglaterra para su uso y administración.

c) **Cooperativo.** Según De la Rosa, los *joint-venture* de tipo cooperativo ‘se centran en una fase de la actividad empresarial, manteniendo la competencia en el resto de las áreas de negocio’¹⁸. Con ello, los *venturers* logran hacer más eficiente alguna fase del proceso de producción dentro de una empresa.

Las dos últimas clasificaciones (societario y contractual) responden al tipo de modalidad organizacional, mas no a la naturaleza del negocio.

d) **Societario.** El *joint-venture* de naturaleza societaria fue la forma típica con mayor desarrollo normativo en el sistema jurídico anglosajón¹⁹. También es conocida con el nombre de *equity joint-venture*, *incorporated joint-venture*, o, más comúnmente, *joint-venture corporation*. En este escenario, hay la creación de una sociedad de capitales controlada por los partícipes del contrato principal.

Existe un especial tratamiento del régimen jurídico aplicable. Según la doctrina, se divide por niveles de regulación y gobernanza: en primer nivel, se encuentran los términos y condiciones pactadas en el *joint-venture*; y, en segundo nivel, serán las disposiciones legales del Estado de domicilio de la sociedad²⁰.

Finalmente, dada la estructura corporativa de la sociedad de capitales, no existe temporalidad en la duración del *joint-venture*.

e) **Contractual.** A diferencia del *joint-venture* societario, en el *joint-venture* contractual se rigen relaciones jurídicas puramente contractuales, prescindiendo de la persona jurídica para explotar el negocio. También conocido como non *equity joint-venture unincorporated joint-venture* o *contractual joint-venture*.

La existencia y finalidad de esta empresa conjunta se agota con la ejecución completa del negocio a explotar, por lo que su tiempo de existencia sí tiene una

¹⁸ De la Rosa, *ob. cit.* p. 13.

¹⁹ Pascual Durand Barthez & Olavo Baptista, *Les associations d’entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, Paris, pp. 18 – 19.

²⁰ De la Rosa, *ob.cit.*, p. 19.

temporalidad. A nuestro criterio, es la forma contractual aceptada por nuestra legislación en el CCo.

Contratos satélites

El *joint-venture* es el contrato principal o acuerdo base de la organización empresarial, pues constituye la pieza fundamental para la interacción de los *ventures*. Es, como dicen los franceses, *le cura et l'âme de l'opération*. Sin embargo, esta organización mal podría funcionar sin la existencia de acuerdos de aplicación que faciliten la relación contractual de las partes y terceros. Estos acuerdos llevan el nombre de 'contratos de aplicación' o 'contratos satélites'.

Como indica De la Rosa, son 'aquellos contratos, contemporáneos o posteriores al acuerdo de base, que completan y definen los derechos y obligaciones de las partes en la relación *joint-ventures*'²¹. Para el efecto, podríamos considerar como tales a acuerdos que devengan con posterioridad al *joint-venture* y que, precisamente, coadyuven a la explotación del negocio. Al respecto, citaremos únicamente los más representativos para la doctrina²²: (i) contrato de suministro de materia prima o componentes, (ii) contrato de arrendamiento de local. (iii) contrato de comunicación de *know-how*, (iv) licencia de patentes de invención, (v) licencia de marcas, (vi) contratos financieros o bancarios (mutuo o préstamo) y (vii) contrato de construcción.

El Acuerdo Modelo CCI de Joint Venture Contractual se refiere a este tipo contratos como acuerdos auxiliares, y enumera cinco especies: (i) sobre bienes raíces, (ii) sobre derechos de propiedad intelectual, (iii) sobre *know-how* y (iv) sobre equipos de producción y servicios²³.

En definitiva, son contratos que se encuentran sobre la base del *joint-venture* y tiene como finalidad aplicar las normas que regirán entre los partícipes de la empresa y entre los terceros con quienes contrate esta.

²¹ De la Rosa, *ob. cit.*, p. 22

²² Vid. Manuel Medina de Lemus, *Práctica de contratación internacional*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 2002, p. 391 y siguientes; De la Rosa, *ob. cit.*

²³ UNCTAD, *Acuerdos Modelo CCI de Joint Venture*, Ginebra: CCI, 2004.

El *Joint-Venture* dentro del Código De Comercio

De la definición anotada en el artículo 585 del CCo se pueden deducir las principales características legales del contrato²⁴. Son: (i) contrato asociativo; (ii) calidad de los intervinientes; (iii); objeto determinado; (iv); sistema especial de ganancias y pérdidas.

Principales características legales

Carácter asociativo. El contrato asociativo es por esencia un contrato plurilateral (es decir, intervienen más de dos partes). Este aspecto importa diferencias notables con su contraparte, el contrato de cambio. Principalmente, por las características de las obligaciones y derechos, los cuales, en el *joint-venture*, implican un interés común en el negocio, más no obligaciones correlativas en contraposición.

En segundo orden, la asociación empresarial es temporal y específica. Esta, como se había indicado, es la principal diferencia de los acuerdos de carácter societario; donde las partes se asocian para determinados proyectos o fines y por un tiempo relativamente indeterminado. Tal como anota Etcheverry, ‘se distingue una nota de colaboración entre las partes, destinada a satisfacer un interés común, generalmente gestionando un patrimonio común.’²⁵

Calidad de los intervinientes. Nuestra legislación ha contemplado que toda clase de persona es capaz intervenir en la celebración de un *joint-venture*; es decir, tanto personas naturales como jurídicas.

Objeto determinado. La asociación de las partes se limita a un objeto determinado: la explotación de un negocio a explotar en un tiempo establecido (*v.gr.* desarrollo de una plataforma tecnológica en doce meses). Sin embargo, a diferencia de lo

²⁴ **Art. 585.-** *La Empresa Conjunta o Joint-Venture es un contrato de carácter asociativo, mediante el cual dos o más personas ya sean naturales o jurídicas convienen en explotar un negocio común por un tiempo determinado, acordando participar en las utilidades resultantes del mismo, así como responder por las obligaciones contraídas y por las pérdidas.*

²⁵ Etcheverry, *ob.cit.*, p. 96.

anterior, cierta parte de la doctrina admite la fijación de varios negocios, e, inclusive negocios determinables. Al respecto de esto último, a criterio de Lorenzetti, habría una similitud con la sociedad.

Régimen de responsabilidad. Al tratarse de una aventura, el riesgo compartido entre los *venturers* implica participar de las pérdidas y ganancias resultantes del negocio. Según nuestra legislación, por regla general existe **solidaridad** de las partes: (i) en las pérdidas generadas en el negocio (Art. 587 CCo); (ii) en las obligaciones y acreencias existentes de la empresa conjunta (Art. 588 *ibídem*); y, (iii) en la responsabilidad frente a terceros por las obligaciones insolutas por terminación del contrato (Art. 599 *ibídem*).

En relación a la responsabilidad frente a terceros por las obligaciones de la empresa, la doctrina sostiene que no podría ser solidaria. Pues, habiendo inexistencia de persona jurídica, la relación contractual implicaría una suerte de mancomunidad (una obligación con pluralidad de deudores).

Sin embargo, frente a ello resultan dos posiciones. En primer orden, si bien es cierto hay pluralidad de sujetos frente a una misma obligación, también es cierto que dicha obligación ('explotar un negocio en común') es de carácter indivisible. Bajo ese criterio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1543 del Código Civil (CC), cada uno de los deudores estaría obligado a cumplirla aún a falta de solidaridad. En segundo orden, existe el precepto del artículo 1527 *ibídem* el cual señala que la solidaridad puede ser establecida por mandato legal. En definitiva, entonces, el establecimiento de la solidaridad de los partícipes durante el *joint-venture* tiene una legitimación.

Finalmente, hay que establecer la propia excepción que plantea la misma normativa. Nótese que el CCo señala que, en caso de expresarlo en el contrato, los partícipes pueden escoger un régimen de responsabilidad distinto al solidario. Esto es aplicable tanto al contrato fundacional de la empresa (Art. 588), como al contrato que se celebre con terceros (Art. 587).

Otras particularidades

Sin perjuicio de las particularidades antes vistas, a lo largo de los demás articulados encontramos otras disposiciones que permiten entrever otras características legales del contrato.

Contrato solemne. El *joint-venture* es un contrato solemne. De acuerdo al artículo 587 del CCo, debe celebrarse por escrito y contener cláusulas concernientes a la administración empresarial, representación frente a terceros, clase de responsabilidad de las partes, plazo de duración, y objeto del negocio.

Ahora bien, estos requisitos legales podrían configurar una suerte de meras formalidades, pues un contrato con dichas características puede tener efectos jurídicos desde el momento en que las partes se ponen de acuerdo (consensual). Por lo que, en relación con el requisito de forma, su exigibilidad correspondería al ámbito de prueba de las obligaciones, tal como bien es en el Derecho Civil. Sin embargo, el mismo CCo ha señalado que este requisito constituye una solemnidad sin la cual el contrato no tendría validez jurídica. Según las normas de interpretación y prueba de los contratos mercantiles, cuando las leyes comerciales ordenen ‘como requisito de forma del contrato que este conste por escrito, ninguna otra prueba es admisible; y a falta de este requisito, el contrato se tiene como no celebrado’ (Art. 269).

Contrato de tracto sucesivo. Dado que la corriente chileno-francesa de nuestro CC estableció la clasificación de contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva, nuestro nuevo CCo ha conservado dicha tendencia²⁶. Por tal razón, ciertos contratos mercantiles han sido calificados de alguna u otra manera. Es el caso del *joint-venture* que, de acuerdo al cuerpo legal, es de tracto sucesivo (Art. 591).

Nos hemos abstenido de desarrollar los argumentos que sostienen por qué resulta inútil y arcaica esta clasificación de los contratos²⁷ –máxime considerando que nuestra legislación todavía la replica–, y simplemente expondremos las consecuencias prácticas de esta topología contractual en el marco del *joint-venture*.

De manera preliminar se indica que esta particularidad afecta únicamente al contrato de *joint-venture*, por lo que los contratos satélites se seguirán sus propias reglas y características. (v.gr. un contrato de compraventa seguirá siendo de ejecución instantánea).

²⁶ v. Art. 222 y ss del CCo.

²⁷ Al respecto, tratadistas como Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, en *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 7^a Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2015, p. 74 – 78.

Las consecuencias jurídicas –según los civilistas tradicionales²⁸ y la legislación ecuatoriana– se aprecia en aspectos únicamente teóricos. En primer orden, el efecto retroactivo de la resolución del contrato únicamente es aplicable a los contratos de ejecución instantánea, más no así a los de tracto sucesivo (donde la terminación rige *ex nunc*). En ese sentido, el artículo 224 del CCo establece que ‘se reputan cumplidas las obligaciones ejecutadas antes de la terminación del contrato de tracto sucesivo’.

En lo que respecta al *joint-venture*, si alguno de los partícipes llegare a incumplir con alguna de las obligaciones derivadas del contrato de *joint-venture*, las prestaciones que haya cumplido antes de este incidente se reputarían satisfechas, no habiendo restitución de lo pagado.

En segundo orden, el término de la prescripción de obligaciones empieza a transcurrir desde que son exigibles, lo cual, en los contratos de ejecución instantánea –de no haber plazos ni condiciones– empieza a correr desde su celebración. Por su parte, en los contratos de ejecución sucesiva, al tener obligaciones que nacen a la vida jurídica de forma paulatina, los tiempos de la prescripción son dispares. En lo que respecta al *joint-venture*, entonces, se atenderán a los plazos propios del contrato para efectos de la exigibilidad de las prestaciones, y, así mismo, el cómputo del término para una eventual prescripción.

Finalmente, una de las consecuencias más relevantes de los contratos de tracto sucesivo, se aprecia al momento de invocar la teoría de la imprevisión, aplicable únicamente a esta clase de contratos. Al caso *in examine*, si hubiere una modificación de las circunstancias existentes al momento de celebrarse el *joint-venture*, cualquiera de los partícipes podría invocar la cláusula del hecho imprevisible para exculpar un eventual incumplimiento.

A nuestro criterio, calificar al *joint-venture* como un contrato de tracto sucesivo degenera el negocio jurídico que lleva implícito, el cual tiene una naturaleza evidentemente riesgosa: la *aventura* a la cual se someten los partícipes conlleva riesgos

²⁸ Arturo Alessandri & Manuel Somarriva, *Derecho Civil Contratos*, Tomo I, Imprenta Universal, Santiago, 1992; o, Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Tomo X, Santiago, 1937, núm. 659.

que deben ser asumidos por las multipartes. Al ser de tracto sucesivo, daría cabida a que cualquiera de los intervinientes se beneficie de las cláusulas antes indicadas.

Designación de un mandatario. Sin perjuicio de que la empresa conjunta, como se ha indicado, no da nacimiento a un nuevo sujeto de derecho, los *venturers* están en la obligación de designar un apoderado o mandatario para la administración del contrato (Art. 592 CCo); pudiendo ser uno de ellos o un tercero ajeno a la empresa.

Los actos ejecutados con ocasión al mandato obligan a todos los integrantes de la empresa (Art. 593 *ibídem*), tal como ocurre en cualquier clase de poder. Pero, en caso de extralimitación de funciones por parte del mandatario, no obligaría a los mandantes (Art. 596 *ibídem*). Al respecto, añadimos que dicha disposición ya estaba clara en el Derecho Civil; tanto en los efectos de los actos del mandatario sobre el mandante (Art. 2064 CC), como en los casos de extralimitaciones de facultades (Art. 2058 *ibídem*).

El *joint-venture* en el concepto jurídico de ‘empresa’ del CCo.

La doctrina mercantil ha realizado sendos comentarios y teorías respecto del concepto jurídico de empresa²⁹. Nos abstendremos de realizar un análisis profundo de cada una de ellas, y nos centraremos únicamente en delimitar la teoría a la cual se ubicaría el *joint-venture* de acuerdo a nuestra legislación.

Según el artículo 14 del CCo, la empresa es ‘la unidad económica a través de la cual se organizan elementos personales, materiales e inmateriales para desarrollar una actividad mercantil determinada’ A reglón seguido, el artículo 15 *ibídem* señala cuáles son las partes integrantes de la empresa: (i) denominación o nombre, (ii) derechos de propiedad intelectual, (iii) activos empresariales (tales como máquinas o equipos), (iv) *know-how* empresarial, (v) cartera de clientes, (vi) obligaciones y créditos empresariales, y el (vii) establecimiento de comercio. En otras palabras: una masa de bienes, créditos y obligaciones conectados con la actividad empresarial. Por otra parte, el artículo 18 *ibídem* permite que el titular de la empresa (comerciante) pueda enajenarla en su totalidad; es decir, susceptible de transferencia *inter vivos* o por sucesión.

²⁹ Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 7ª Edición, Editorial Temis, Colombia, 1987, p. 162, o Ricardo Sandoval López, *Manual de Derecho Comercial*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 35.

Hasta aquí, por lo anteriormente visto, podría circunscribirse la ‘empresa’ a la **teoría de la universalidad**, según la cual, la empresa es un conjunto de elementos y cosas que ‘aspiran a un tratamiento jurídico unitario (uni)’³⁰. En otras palabras, una *universalidad*, la cual se mantiene a pesar del cambio de sus componentes (*v.gr.* la adquisición de una nueva cartera de clientes, la contratación de un nuevo segmento de trabajadores, o la celebración de nuevos contratos con terceros).

Sin embargo, también podría enmarcarse dentro la **teoría de patrimonio separado**, la cual sostiene que la empresa es una unidad económica que emana como patrimonio de afectación del empresario. Bajo este criterio, el titular de la empresa (comerciante) tiene dos patrimonios: el civil y el mercantil. La razón estriba en que, del análisis del artículo 15 del CCo, una de las partes integrantes de la empresa es el conjunto de derechos y obligaciones ‘derivados de las actividades empresariales’; excluyendo de toda fórmula los derechos y obligaciones del comerciante a título personal³¹. En ese sentido, el legislador intentó excluir al patrimonio civil del comerciante de la unidad económica denominada empresa.

Hay que comentar que sobre esta última teoría existen críticas: no podría aceptarse la teoría del patrimonio separado, ya que frente a terceros no existe delimitación de patrimonios. Para un acreedor insatisfecho el patrimonio de su deudor (el empresario) es una masa total (civil y mercantil) válida para ejecutar su derecho de prenda general. Véase, por ejemplo, en los casos de quiebra o insolvencia: los acreedores del fallido pueden caer sobre cualquiera de los bienes. Por otra parte, existe una disposición excepcional en el propio Código respecto del derecho de repetición que tendría el empresario en contra de su dependiente por el pago de multas que tuviere que hacer la empresa. De conformidad con el artículo 73, el empresario podrá recurrir contra ‘el dependiente por los perjuicios causados por los hechos que dieron lugar a la pena

³⁰ Ignacio Arteaga Echeverría, “En busca del concepto jurídico de empresa”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 29 No. 3, pp. 603-620 (2002), Sección Estudios.

³¹ **Art. 15.-** *Se entenderá que forman parte integrante de una empresa: (...) f) Los derechos y obligaciones derivados de las actividades emprendidas, siempre y cuando no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de la empresa y que atañan a él como individuo particular.*

pecuniaria'. Es decir, tampoco existe una diferenciación sobre el patrimonio del dependiente para esta clase de cobros forzosos³²

Finalmente, existe una razón para considerar la **teoría de la empresa como actividad**, la básicamente señala que la empresa es 'la actividad económica del empresario'³³, sin considerar a los elementos que la componen (tales como el establecimiento de comercio). Para el efecto, debemos remitirnos al artículo 20 del CCo el cual señala que 'cuando un comerciante o empresario se dedique a varias actividades mercantiles, la empresa se podrá fraccionar' dando lugar a nuevas 'áreas' o 'líneas de segmento'.

Por lo anterior, a nuestro criterio, frente al concepto jurídico de empresa que engloba nuestra legislación, el *joint-venture* podría ser configurar una empresa bajo la teoría de la universalidad, debido al conjunto de elementos y cosas que los *ventures* ponen a disposición para explotar el negocio. Para muestra, véase el régimen de responsabilidad legal previsto en el CCo (Arts. 587, 588 y 589): en el caso de surgir una obligación pagadera a favor de un tercero, los partícipes deberán responder solidariamente; es decir, sin distinción del patrimonio mercantil a título de comerciante respecto de un supuesto patrimonio mercantil del *joint-venture*.

Pasamos ahora a revisar los aspectos jurídicos y legales del contrato de consorcio de mercante; el cual, al igual que el *joint-venture* forma parte del nuevo catálogo de contratos mercantiles.

La colaboración empresarial ¿una nueva alternativa?

³² Al respecto, debemos anotar que habrá quien señale que el auxiliar de comercio (Art. 50 CCo) no es técnicamente un empresario, sino un trabajador cuyo régimen aplicable son las disposiciones del Código de Trabajo. Por lo tanto, las normas de la empresa no le abarcan a él.

³³ Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 7ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 167.

Previamente, habíase indicado las diferencias del contrato de sociedad y el contrato de *joint-venture*, en el contexto de la colaboración empresarial. Sin embargo, conviene realizar ciertas acotaciones en relación con la legislación ecuatoriana.

Las formas societarias permitidas dentro de nuestro ordenamiento se encuentran en la Ley de Compañías (LC), la cual enumera siete especies: en nombre colectivo; en comandita simple y dividida por acciones; responsabilidad limitada; anónima; economía mixta; compañía de cuentas en participación; y, Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)³⁴ (Art. 2). En lo que respecta a formas de colaboración empresarial, como se ha indicado, se encuentran en el CCo, el cual contempla únicamente dos clases: la empresa conjunta o *joint-venture* y el consorcio mercante.

Recapitulando, la sociedad de capitales constituye una integración total de las partes, mientras que el *joint-venture* solo logra una integración parcial de los partícipes. En segundo lugar, la sociedad mercantil crea una persona jurídica –con patrimonio y personalidad– distinta a los socios que la conforman, mientras que el *joint-venture* permite preservar la personalidad íntegra de los empresarios asociados sin crear un sujeto del Derecho. En tercer lugar, las ganancias obtenidas en la sociedad pasan por el filtro de la persona jurídica (dividendos), mientras que en el *joint-venture* los beneficios son repartidos directamente a las multipartes. Finalmente, en virtud de lo anterior, se comprende que en la sociedad existe un patrimonio común y único, mientras que en el *joint-venture*, para efectos de desarrollar el negocio, cada parte aporta con capital o esfuerzo propio sin transmitir su patrimonio.

En pocas palabras, al contrato de *joint-venture* le hace falta uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad mercantil, esto es, el *affectio societatis* (voluntad unívoca y expresa de asociarse con varias personas a fin de constituir una persona moral).

Ahora bien, consideramos que la instauración en la práctica comercial ecuatoriana con base en contratos empresariales podría ser una herramienta que permita la *transición*

³⁴ El legislador incorporó las SAS a la normativa societaria mediante la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, publicada el día 28 de febrero de 2020 en el Suplemento de Registro Oficial No. 151.

de un modelo clásico societario hacia un modelo empresarial contractual, máxime en negocios cuya naturaleza económica no requieran del aparato societario.

Las consideraciones, más allá de teóricas, son de índole práctico. Los beneficios de la contratación mediante un modelo de colaboración empresarial se demuestran en los costos de regulación estatal, los cuales, en un modelo societario, son más rigurosos y onerosos. Tal como señala Lorenzetti, la aplicación de disposiciones societarias a determinados negocios donde predomina la confianza ‘son incompatibles con el alto costo formal y económico de la sociedad, pretendiendo la limitación de responsabilidad frente a terceros que ellas poseen’. Por tal suerte –continúa el autor en cita– la existencia de personas jurídicas ‘hace que, por inercia, caigan sobre ellas los regímenes de contralor, como los impositivos, previsionales, etcétera, considerándolos sociedad’³⁵.

En este escenario, las normas jurídicas aplicables a las sociedades de capital serían inaplicables a los contratos de colaboración empresarial. Para el efecto, véase más claramente con las regulaciones de naturaleza fiscal y administrativa que prevé nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto a las primeras, todos los tributos previstos en la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI) no le serían aplicables. Por otro lado, en relación con el aspecto administrativo-regulador, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (SCVS) carecería de competencia supervisora y controladora sobre los actos ejecutados por la empresa conjunta, así como tampoco serían exigibles la serie de requisitos, tasas y procedimientos previstos para las sociedades mercantiles.

Paralelamente, las disposiciones legales antes mencionadas, suscitarían las normas legales previstas para cada actividad económica que se realice en el comercio. Evidentemente, sobre estas, su cumplimiento sí sería exigible por cuanto no distingue la naturaleza jurídica del ejecutor (sociedad mercantil o empresa conjunta). No hay que olvidar, así mismo, las normas previstas en el propio CCo sobre la publicidad de los actos de comercio dentro de la República en el Registro Mercantil.

¿Podría considerarse al *joint-venture* como ‘sociedad’ según la LRTI?

³⁵ Lorenzetti, *ob.cit.*, p. 240. En el sistema jurídico argentino, existían disposiciones legales que intentaban asimilar los contratos asociativos a la sociedad mercantil.

El artículo 98 de la LRTI establece todo el conjunto de figuras y presupuestos de hecho considerados como ‘sociedad’ para efectos tributarios³⁶. De su lectura, vemos que solamente contempló uno de los contratos de colaboración, este es, el consorcio mercante; pero nada estableció sobre el *joint-venture*. Si bien es cierto la doctrina especializada ha señalado fuertes posiciones tendientes a considerar al *joint-venture* como una empresa desligada de cualquier regulación aplicable a las sociedades de capital, vemos que dentro de la legislación ecuatoriana sí podría ser considerada como tal para efectos tributarios.

Hay que partir de la esencia básica del contrato: la sola denominación legal, sugiere que el *joint-venture* es una ‘empresa’. Además, atendiendo estrictamente a lo estipulado en el artículo 14 del CCo, esto es, que la empresa es una ‘unidad económica’ a través de la cual se organizan una serie de elementos comerciales, podría encuadrarse en el presupuesto de ‘entidad que, aunque carente de personalidad jurídica, constituya una unidad económica’ prevista en el mentado artículo 98 de la LRTI.

Sin embargo, existirían posiciones para desechar la teoría que admite el tratamiento tributario del *joint-venture* como sociedad. En primer orden, el contrato no constituye una unidad económica y el hecho de que la normativa haya denominado al *joint-venture* como ‘empresa’ (conjunta), no responde al criterio mercantil de empresa del artículo 14 del CCo y siguientes, sino que se trata de una mera y vaga nomenclatura del legislador al momento de redactar la Ley. En segundo lugar, considérese que los *ventures* conservan su independencia económica y jurídica. A tal punto que –como se explicó anteriormente– las ganancias del negocio pasan de forma directa al patrimonio de los partícipes, más no al del *joint-venture* (pues este no tiene patrimonio común).

Finalmente, hay que considerar un hecho meramente fáctico en lo concerniente a la redacción legislativa: el Título VIII del Libro V desarrolla dos acuerdos de colaboración empresarial: el *joint-venture* y el consorcio mercante. Bajo esa premisa,

³⁶ **Art. 98.- Definición de sociedad.-** Para efectos de esta Ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, salvo los constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los beneficiarios sean dichas instituciones; el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas; el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros.

entiéndase que estos acuerdos pertenecen a una misma subcategoría contractual. Ahora bien, de la revisión de las normas jurídicas aplicables al consorcio mercante, vemos que legislación señala que este contrato ‘tiene el trato de sociedad de conformidad con la Ley de Régimen Tributario Interno’ (Art. 605 CCo). Sin embargo, nada así aparece escrito en las disposiciones sobre el *joint-venture*, esto es, normas que hagan expresa mención a una consideración de esa naturaleza. Es decir, el legislador, al momento de redactar las normas de los contratos de colaboración, solamente hizo expresa constancia de que el consorcio mercante mantendrá una calificación tributaria como sociedad, más no así el *joint-venture*; pues, en caso de que esa hubiere sido su intención, la habría manifestado de igual forma.

Ahora bien, suponiendo que el *joint-venture* sea considerado una sociedad para los fines de la LRTI, como tal estaría obligada al cumplimiento de obligaciones tributarias. En esa línea, podrían suscitarse otras preguntas en lo tocante a cuestiones de índole penal: en caso de falsificación dolosa y fraudulenta de información ante la administración tributaria, ¿podría haber lugar a responsabilidad penal? De ser así, ¿serían responsable penalmente los *venturers* a título personal o el *joint-venture*?

Supuestos como los antes expuestos podrían dar lugar a escenarios interesantes para analizar en el contexto de la legislación ecuatoriana. De lo cual, muy seguramente, la jurisprudencia tendría un importante protagonismo en caso de que sucedan. Sin embargo, en el marco del presente trabajo no sobran líneas para desarrollar estos asuntos, por lo que quedará para otra ocasión.

El régimen de responsabilidad limitada *versus* el régimen de responsabilidad solidaria

Aún frente a todas las innovaciones que plantea el legislador con la introducción del *joint-venture* en el ordenamiento jurídico, conviene hacer un cotejamiento de estructuras: el régimen de responsabilidad que plantean la mayoría de las sociedades mercantiles frente al régimen de responsabilidad solidaria que proponen el *joint-venture* y el consorcio mercante.

Habíase indicado que en el *joint-venture* los partícipes son responsables solidariamente de las obligaciones de la empresa en tres supuestos: (i) en las pérdidas

generadas durante el negocio (Art. 587 CCo); (ii) en las obligaciones y acreencias de la empresa conjunta (Art. 588 *ibídem*); y, (iii) en la responsabilidad frente a terceros por las obligaciones insolutas por terminación del contrato (Art. 599 *ibídem*). Mientras tanto, en la mayoría de las sociedades mercantiles existe un régimen distinto: los socios únicamente responden hasta el valor del aporte consignado en el capital de la compañía, sin lugar a ninguna clase de responsabilidad solidaria.

En ese sentido, tomando en consideración el régimen de responsabilidad aplicable a cada figura contractual, ¿resulta más beneficioso para un empresario participar en un *joint-venture* en lugar de una compañía mercantil³⁷?

Tanto la compañía de responsabilidad limitada como la sociedad anónima, por mandato legal, presentan un régimen de responsabilidad más beneficioso para cualquier empresario local o extranjero, pues el socio (o accionista) es responsable únicamente hasta el monto de las aportaciones consignadas en la sociedad³⁸. Por ende, en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones frente a terceros, el socio responderá hasta valor de sus participaciones o acciones en el capital de la compañía. En cambio, dado que en el *joint-venture* la responsabilidad es *in solidum*, los *ventures* deberán responder con todo su patrimonio en el caso de incumplimiento de la empresa frente a terceros.

Por lo anterior, se puede concluir que las compañías mercantiles presentan todavía un mayor refuerzo patrimonial para sus integrantes, mientras que la empresa conjunta no significaría un beneficio económico para los partícipes.

No obstante, lo anterior, recuérdese la excepción planteada en la propia normativa sobre la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad no solidario en caso de que los *venturers* así lo dispongan en el contrato. En ese sentido, para demostrar una superioridad frente a la sociedad en este aspecto estructural, los partícipes deberán hacer de esta excepción su regla general en todos los contratos.

³⁷ Para el análisis, hemos prescindido de compañías como la accidental, de nombre colectivo y comandita, por cuanto presentan un régimen de responsabilidad solidaria al igual que el *joint-venture*. En su lugar, se han considerado las de responsabilidad limitada y la anónima, mismas que son las de mayor desarrollo en la práctica mercantil ecuatoriana.

³⁸ En el caso de las compañías de responsabilidad limitada, véase el último inciso del artículo 115 de la LC. Para las compañías anónimas, véase el artículo 143 *ibídem*.

El consorcio mercante

Una correcta definición de consorcio la encontramos en la jurisprudencia colombiana. La Corte Constitucional ese país ha determinado que el consorcio mercante ‘es una figura 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’³⁹

De acuerdo con la doctrina especializada, al igual que el *joint-venture*, el consorcio es una unión empresarial que no constituye una persona jurídica, *ergo* sujeto de Derecho distinto al de sus socios. En esa línea, las explicaciones y comentarios dados al respecto del modelo de colaboración empresarial *versus* el modelo societario son perfectamente aplicables al presente caso, por lo que nos abstenemos de ser redundantes sobre este tema⁴⁰. Sin embargo, tal como veremos a continuación, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe la particularidad de dotar de personalidad jurídica a cierta clase de consorcios.

Origen

Si el contrato de *joint-venture* tiene un origen anglosajón, el contrato de consorcio mercante tiene raíces latino-occidentales⁴¹. En esa línea, hay autores que manifiestan que esta agrupación empresarial, similar a la empresa conjunta, tuvo su antecedente en Argentina: una asociación de taxistas porteños, en vista de las dificultades de la prestación del servicio de transporte de manera individual (sin cooperativa o asociación), decidieron *unirse* en empresa y constituir una organización con línea de viajes e importe único del flete. Sin embargo, cada uno era propietario de los beneficios que reportaba.

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-144/94 de 22 de septiembre de 1994. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como la 13 de septiembre de 2006.

⁴⁰ Apartado 3 del presente trabajo.

⁴¹ Criterio compartido por tratadistas tales como Waldiri Bulgarelli, Fabio Konder, José da Silva Pacheco o Aníbal Sierralta.

En ese sentido, ‘el mecanismo de ingreso al consorcio tenía como estímulo el que cada partícipe que ingresaba conservaba la propiedad de su vehículo, lo administraba y mantenía su individualidad’⁴².

El consorcio dentro de la legislación ecuatoriana antes del CCo

A diferencia del *joint-venture*, el consorcio mercante sí había sido regulado previamente por la legislación ecuatoriana, por lo que su atipicidad fue relativa dentro del ordenamiento. Sin embargo, esta regulación se basaba en normas poco claras, confusas y dispersas, ocasionando que establecer una conceptualización jurídica a este contrato resultare complicado. Sobre este fenómeno, la doctrina nacional indicó que ‘al no existir una definición legal que zanje cualquier divergencia, todos quienes han tenido que aplicar en la práctica este concepto, lo han interpretado a su manera’⁴³.

Visto aquello, debemos indicar que previo a la entrada en vigor del CCo, el consorcio tenía tres tipos de regulaciones: (i) tributaria o fiscal, (ii) político-administrativa, y (iii) contractual-público. La primera según las normas de la LRTI, la segunda en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), y la tercera de acuerdo a las normas aplicables a la contratación pública de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP). Veamos a continuación cada una de ellas.

En cuanto a la primera, como bien se explicó en el apartado del *joint-venture* y su calificación jurídica de empresa, el artículo 98 de la LRTI define al ‘consorcio de empresas’ como una sociedad para fines tributarios. En ese sentido, le son exigibles todas las obligaciones de naturaleza fiscal aplicables a las empresas del Ecuador.

En cuanto a la segunda (regulación político-administrativa), el artículo 285 del COOTAD ya definía previamente al consorcio; pero lo hacía desde una concepción organizacional estatal⁴⁴. En esa línea, según esta Ley, el ‘mancomunamiento de dos o más

⁴² Camilo Quiñones, “Consorcio y unión temporal: rasgos distintivos”, Revista Iustitia, Bogotá, 2008, p. 4 -5.

⁴³ Rodrigo Jijón, *Régimen legal de los consorcios en Ecuador*, Tesis de Grado Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1982, p. 4

⁴⁴ Por constitución (Art. 242 CRE), el Ecuador está organizado por distintos niveles de gobiernos: regiones, provincias, cantones y parroquias rurales.

gobiernos autónomos descentralizados de un mismo nivel de gobierno que no fueren contiguos, o entre gobiernos autónomos descentralizados de distintos niveles de gobierno' son considerados consorcios. Esta clase de acuerdos tiene como finalidad la gestión compartida de competencias legales que a cada nivel de gobierno (*v.gr.* una Municipalidad) le corresponde; en ese sentido, en lugar de gestionarlo de manera independiente, el gobierno decide mancomunarse con otro⁴⁵. Una particularidad por destacar es que, a diferencia del consorcio privado, este tiene personalidad jurídica por disposición legal (Art. 286 *ibídem*)

Finalmente, en cuanto a la regulación de carácter contractual público, el consorcio que trata la LOSNCP se refiere a la asociación que pueden realizar determinadas empresas (oferentes) para participar en los procedimientos de contratación pública que se refieren en esta Ley. Es decir, una mera calificación grupal sin ninguna trascendencia en el plano jurídico organizacional de una empresa.

El consorcio mercante en el código de comercio

El consorcio dentro del Ecuador, previo a la entrada en vigor del CCo, tenía tratamientos diferentes y dispersos. Ninguno, como se aprecia, conceptualizaba la esencia principal del contrato de consorcio para los fines mercantiles, sino simplemente presupuestos de hecho para fines excepcionales (*v.gr.* pago de tributos al Estado). En ese sentido, el CCo expone al consorcio mercante como un contrato de colaboración empresarial. En cuanto a las principales características legales del contrato, podemos encontrarlas en la definición anotada en el artículo 601 del CCo: (i) calidad de los intervinientes y (iii) objeto contractual.

Calidad de los intervinientes. La norma se refiere como 'personas naturales o jurídicas, o empresas'. Podría decirse que el legislador ecuatoriano hizo una redundancia

⁴⁵ Tal es el caso del Convenio de Mancomunamiento de Gobiernos Autónomos Descentralizados Provinciales y Municipales de las Provincias de Carchi, Esmeraldas, Imbabura, Sucumbíos, Orellana, Napo y Norte de Pichincha, firmado el 23 de diciembre de 2010, con el fin de constituir un consorcio que represente a dichas provincias en distintos escenarios de la vida pública y privada nacional. Resolución s/n publicada en el Registro Oficial E.E. 220 del 22 de diciembre de 2011

al momento de añadir la calidad de ‘empresa’ como sujeto de Derecho dentro de un consorcio. Sin embargo, cobra sentido al revisar las disposiciones del mismo CCo.

Tal como nos referimos anteriormente, la figura mercantil ‘empresa’ se encuentra definida en la norma como una ‘unidad económica’; concepto que no solo se circunscribe a la clásica división de personas como naturales o jurídicas, sino que se refiere a cualquier unidad de negocio que se dedique al comercio. En ese sentido, podría abarcar cualquier figura o contrato mercantil (v.gr. una empresa conjunta o la empresa unipersonal).

Objeto contractual. El objeto del contrato es la participación de un ‘determinado concurso, proyecto o contrato o en varios a la vez’. Al respecto, más adelante nos referimos sobre esta característica y su implicación en la diferencia con el contrato de *joint-venture*.

Otras particularidades

Además de las vertidas en el concepto legal, en el mismo Capítulo se encuentran otras particularidades del contrato.

Régimen de responsabilidad. Al igual que el contrato de *joint-venture*, las obligaciones contraídas por el consorcio mercante generan responsabilidad civil solidaria entre los consorciados (Art. 603).

Contrato solemne. De acuerdo con las disposiciones del CCo, el contrato deberá ser celebrado mediante escritura pública, y, en sus estipulaciones, deberá constar la que trate sobre la responsabilidad solidaria de los consorciados (Art. 604).

Ausencia de personalidad jurídica. Como se indicó, a diferencia del consorcio público, el de carácter privado no constituye una persona jurídica. Pero sí tiene el trato de sociedad para los efectos del LRTI (Art. 605).

Designación de administrador. Surge una duda relevante, pues el legislador ecuatoriano señala que los consorciados *podrán* designar un administrador de este, dando interpretación a que es una obligación facultativa de las partes, más no imperativa. A nuestro criterio, sí es una obligación imperativa dadas las características del contrato y la

asociación: la ejecución de actividades comerciales donde intervendrán terceros, por lo que para ellos será necesaria la individualización del representante de los consorciados.

8.1. ¿En qué se diferencia el consorcio mercante del *joint-venture*?

A simple vista, ambos contratos presentan similitudes inequívocas: contratos de asociación, carencia de personalidad jurídica, régimen de responsabilidad solidaria de sus integrantes y otros aspectos contractuales. Sin embargo, existen rasgos que denotan diferencias sustanciales.

En primer orden, la causa contractual: los motivos que dan vida jurídica al *joint-venture* pueden ser variados (pues la noción ‘explotar un negocio’ es bastante amplia): desde la ejecución de un proyecto inmobiliario hasta el desarrollo farmacéutico de una medicina. Sin embargo, en el contrato de consorcio mercante, el móvil principal es la participación de manera unívoca en un concurso, proyecto o contrato; el cual, por consecuencia, tendrá la explotación de una actividad económica.

En segundo lugar, el tratamiento tributario. Habíase indicado que el *joint-venture*, según nuestra teoría, no constituye una sociedad para efectos fiscales. Sin embargo, el consorcio mercante, por disposición expresa de la LRTI, sí es una sociedad.

Finalmente, existe la particularidad de la denominación o nombre comercial. Respecto del *joint-venture*, no existe disposición legal expresa que manifieste la obligación de llevar una denominación empresarial; sin embargo, en el consorcio mercante, la normativa exige que los consorciados participen bajo una denominación o nombre comercial.

Frente a los argumentos que manifiestan que la denominación social se circunscribe únicamente al terreno societario mercantil –por lo que resultaría incompatible con la figura jurídica del consorcio mercante–, las normas en materia de propiedad intelectual han determinado que el ‘nombre comercial’ corresponde a un criterio distinto, pues significa cualquier signo distintivo que permita la identificación comercial de una persona o establecimiento mercantil. Así, en nuestra legislación, el

Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación ha definido dicho concepto⁴⁶.

La asociación o cuentas de participación

Este tipo de sociedades mantenía una regulación en la Ley de Compañías. Sin embargo, a través de la promulgación de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías⁴⁷, se incorporó al grupo de contratos de colaboración empresarial previstos en el Código de Comercio (2019).

De acuerdo con el artículo 607.1, ‘la asociación en participación es aquella en la que un comerciante da a una o más personas participación en las utilidades o pérdidas de una o más operaciones o de todo su comercio’.

⁴⁶ **Art. 415.- Definición.** - *Se entenderá por nombre comercial cualquier signo que sea apto para identificar a una persona o establecimiento mercantil en el ejercicio de su actividad económica y distinguirla de las demás que desarrollan actividades idénticas o similares. (...) Los nombres comerciales son independientes de las denominaciones o razones sociales de las personas jurídicas, pudiendo ambas coexistir.*

⁴⁷ Publicada en Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 347, de 10 de diciembre de 2020

Referencias Bibliográficas

Arturo Alessandri & Manuel Somarriva, *Derecho Civil Contratos*, Tomo I, Imprenta Universal, Santiago, 1992

Camilo Quiñones, “Consortio y unión temporal: rasgos distintivos”, Revista Iustitia, Bogotá, 2008.

Fernando De la Rosa, *La joint venture en el comercio internacional*, Editorial Comares, Granada, 1999.

Gondra, J.M. *La moderna lex mercatoria y la unificación del Derecho del Comercio Internacional*, RDM, 1973

Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, en *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, 7ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2015

Ignacio Arteaga Echeverría, “En busca del concepto jurídico de empresa”, Revista Chilena de Dercho, Vol 29 No. 3, (2002), Sección Estudios.

Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 7ª Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987

Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Tomo X, Santiago, 1937, núm. 659

Manuel Medina de Lemus, *Práctica de contratación internacional*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 2002

Mechem, F., *The law of joint adventures*, Minn.L. Rev 644 (1930-1931)

Pascual Durand Barthez & Olavo Baptista, *Les associations d'entreprises (joint ventures) dans le commerce international*, Paris.

Raúl Aníbal Etcheverry, *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*, 1ª Edición, Editorial Astrea, Bogotá, 2016

Ricardo Lorenzetti. *Tratado de los contratos*. Tomo III. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007.

Ricardo Sandoval López, *Manual de Derecho Comercial*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1992

Rodrigo Jijón, *Régimen legal de los consorcios en Ecuador*, Tesis de Grado Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1982

LEGISLACIÓN

Código de Comercio derogado

Código de Comercio actual

Ley de Compañías

Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación

Partnership Act

Ley de Régimen Tributario Interno

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía