

Los contratos atípicos en Colombia*

Joint venture

Adalberto Castañeda**, Sidney Taylor Henríquez***, Rafael Julio García Subiroz****, Víctor Arturo Polo Sanmiguel*****

Resumen

Este ensayo analiza el contrato de joint venture, a través de un enfoque jurídico y de un tratamiento tanto contable como fiscal.

Antes de entrar al análisis de fondo se hace una breve revisión de la teoría general de los contratos atípicos y se establecen sus diferencias técnicas con los innominados para tener una mejor conceptualización del contrato objeto de estudio.

Palabras claves: Joint venture.

Abstract

This essay includes the analysis of the joint venture contract, through a juridical analysis, and an accountable and fiscal treatment.

Before entering the essence of the analysis, an introductory journey into the general theory of the atypical contracts is given were technical differences with the innominate contracts are established in order to obtain a better conceptualization of the contract object of study.

Keys words: Joint venture.

Fecha de recepción: 16 de junio de 1998

* Trabajo elaborado como requisito para optar el título de Especialistas en Tributación, de la Universidad Autónoma del Caribe de Barranquilla.

** Contador Público, EAFT de Medellín, Vicerrector Administrativo Universidad de La Guajira, catedrático universitario.

*** Contador Público, Universidad del Atlántico, Revisor Fiscal Independiente, profesor de la misma universidad.

**** Abogado, Universidad del Atlántico, Ex Jefe División Jurídica Regional de la DIAN, catedrático universitario.

***** Abogado, Ex Contralor del Departamento del Atlántico, catedrático Universidad del Norte, Universidad Autónoma, abogado Consultor en Derecho privado y litigante.

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. Metodología

Este ensayo está dividido en dos grandes secciones que denominamos:

I. Introducción general a los contratos atípicos, en la que hacemos una orientación a nuestros lectores con un breve glosario de términos que se emplean en los respectivos contratos. Esta primera sección nos permite hacer un recorrido por el

camino de los contratos mercantiles nominados, los innominados, el concepto de «atípico» y otros aspectos generales de suma importancia.

La segunda sección: *II. De los contratos en particular*, nos permite analizar en detalle los aspectos particulares de los cuatro contratos estudiados (en esta entrega únicamente del *joint venture*), los cuales los dividimos en tres subsecciones: *Análisis jurídico, tratamiento contable y tratamiento fiscal*.

1.2. Brevísima introducción a la temática de los contratos atípicos

En la vida económica de los días que discurren, se patentiza la creciente intensidad de las actividades empresariales, el tráfico incesante de bienes, así como la oferta y demanda en el mercado de los más variados servicios, ámbitos en los que constantemente nacen, se entrecruzan y extinguen obligaciones. Estas dominan el universo de la contratación. Ciertamente, la voluntad privada configura a cada instante negocios jurídicos mercantiles que crean, regulan, modifican, transforman o dan por concluidas relaciones de contenido patrimonial. Tales negocios se manifiestan en múltiples modalidades, cada una con características que las singularizan. Y la gran mayoría son figuras contractuales atípicas, es decir, no contempladas en marcos legales.¹

Si miramos el entorno y la época

anterior a la aventura que llevó a Cristóbal Colón, hace más de quinientos años, a navegar hacia las Indias Occidentales en busca de nuevas tierras y para confirmar si la Tierra era plana o redonda, vemos que la *empresa* no era tarea de fácil organización. Requirió de una logística que demandó mucho dinero de la época, y obviamente sus fondos eran pírricos, por lo cual tuvo que recurrir al ingenio mercantil que caracterizaba a sus ancestros genoveses.

Colón tomó las naves en *arrendamiento*, y como la *aventura* tenía grandes riesgos, debió prometer que pagaría las que resultaran averiadas. Es decir, asumió una especie de fianza personal, garantizando que devolvería los bienes objeto del contrato de *arrendamiento* cuando éste terminara. Consiguió que la reina Isabel II entregara sus prendas y algunas joyas de la Corona para financiar la *empresa*, ya que en esa época no había *compañías de financiamiento comercial*. El descubridor debió recurrir al prestigio de los reyes de Castilla y de León para obtener fiabilidad en la obtención de recursos, y recibió la *franquicia* de los monarcas para que utilizara el respaldo del nombre de la Corona.

Colón embarcó a todos en la *Aventura* y prometió al Imperio de España

¹ NARVÁEZ G., José Ignacio. *Obligaciones y Contratos Mercantiles*. Bogotá, Temis, 1990, p. 1.

que compartiría con ellos el resultado del *riesgo*, lo cual lo llevó a lanzar su famosa sentencia de iniciación en tierras americanas:

Tomo posesión de estos dominios en nombre de la Corona de España y de los Reyes Isabel y Fernando .

Podemos afirmar en un «*parafraseo*» oportuno, después de estudiar los contratos que ahora presentamos, que Cristóbal Colon recibió la *franquicia* de la Corona española, logró el *arrendamiento financiero* de sus naves, vendió anticipadamente y de contado lo que tenía por recaudar en los tesoros de América y entusiasmó a todos para que juntos vivieran una gran *aventura*.

¿Colón en su aventura fue usuario precursor de todos los contratos atípicos estudiados? Lo dejamos a la imaginación de nuestros lectores.

1.3. Glosario de definiciones genéricas

- **Atípico:** Es el contrato que está regulado con sustantividad en la legislación positiva y no incluye cláusulas que lo deformen o combinen con otros también susceptibles de independencia en concepto y régimen.²

² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico elemental*. Buenos Aires, Heleasta S.R.L., 1979, p. 74.

- **Nominado:** Es el contrato que tiene una designación especial hecha por la ley.³
- **Innominado:** Es el contrato que no tiene una designación especial hecha por la ley.
- **Consensual:** Es el contrato que produce efectos propios desde cuando las partes hubiesen recíprocamente manifestado su consentimiento.⁴
- **Real:** Es aquel que para producir sus efectos propios queda concluido desde cuando una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa sobre la que versa el contrato.⁵
- **Sinalagmáticos o bilaterales:** Son aquellos en que los dos contratantes se obligan recíprocamente, uno hacia el otro.⁶
- **Oneroso conmutativo:** Es el contrato el cual las prestaciones que se deben las partes pueden ser apreciadas por cada una de ellas inmediatamente.⁷
- **Oneroso aleatorio:** Cuando la prestación debida por una de las partes depende de un acontecimiento incierto que hace im-

³ *Ibid.*, p. 70.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ *Loc. cit.*

⁶ *Loc. cit.*

⁷ *Loc. cit.*

sible esta evaluación hasta su realización.⁸

- **Principales:** Aquellos que subsisten por sí solos.⁹
- **Accesorios:** Pueden existir unidos al principal del que dependen.¹⁰
- **De tracto sucesivo:** Es aquel que contiene prestaciones periódicas.¹¹
- **Unilateral:** Aquel en el que una de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta quede obligada.¹²
- **De adhesión:** Es aquel en el que se impone al consumidor o usuario a tomar o dejar el contrato sin que pueda discutir sus motivos.
- **Intuite personae:** Dícese del contrato celebrado en consideración de la persona de uno de los contratantes.

1.4. Teoría general de los contratos atípicos y su diferencia con los innominados

La clasificación de contratos en NOMINADOS e INNOMINADOS tiene sus orígenes en el derecho romano, y algunos autores han querido asimi-

lar en el derecho contemporáneo el contrato *nominado* a contrato *típico* y el contrato *innominado* a contrato *atípico*.

El doctrinante Jaime Alberto Arrubla Paucar¹³ manifiesta no estar de acuerdo con esta equiparación de categorías contractuales ni en el pasado ni en el derecho moderno.

En el derecho romano, la definición de los contratos *nominados* o *innominados* era muy diferente a lo que se conoce clásicamente como contrato típico o atípico, ya que las funciones económico-sociales reconocidas como idóneas para brindar la tutela jurídica de la autonomía privada se encontraban taxativamente determinadas por el ordenamiento jurídico de tal manera, que se disponía de tipos fijos o de causas que los contratantes, en ejercicio de su autonomía, no podían desbordar. Según este sistema rígido, las acciones en el derecho romano solamente le eran concedidas a quien ejercitara las mismas reconocidas por el derecho civil o *pretorio*, y el tipo de negocio se encontraba concretado por la posibilidad de las partes de dar origen a una *actio civil* o *pretoria*, conocidos como contratos nominados que tienen una directa eficacia obligatoria otorgada por la ley.

⁸ Loc. cit.

⁹ Loc. cit.

¹⁰ Loc. cit.

¹¹ Loc. cit.

¹² Loc. cit.

¹³ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*, Tomo II. 2ª ed. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1992, p. 39.

1.5. Fundamento de los contratos atípicos

Los «contratos atípicos» son aquellos que carentes de una *causa obligandi* específica, se forman posteriormente en la evolución del sistema. A semejanza de la *causa real nominada*, requieren de la presencia de una *causa civilis genérica* para su eficacia obligatoria, y no tienen una *actio* propia sino la general o *praescriptis verbis*.

Se observa claramente en el derecho romano que las ideas de *nomen* y *causa* son las que determinan la eficacia obligatoria del contrato.

1.6. Evolución del régimen jurídico en los contratos atípicos

La Escuela del derecho natural otorga un significado propio a la diferencia entre los contratos *nominados e innominados*, más que todo gramatical, señalando que dicha clasificación sólo importa para establecer si el contrato tiene un nombre reconocido o no en la ley, para efectos de establecer las obligaciones que corresponden a los contratantes.

La legislación, en muchas ocasiones, aunque no trae una regulación especial para una figura contractual, por considerarse decadente en la costumbre y en el derecho comparado, sí alude a ella en algunas normas especiales. Así tendríamos que no hay correspondencia entre lo atípico y lo innominado; lo atípico legislativamente puede estar nominado.

En la legislación colombiana existen contratos que son atípicos en el sentido de que sus contenidos no han sido disciplinados o estructurados expresamente por el legislador, sin embargo están nominados en normas que se refieren a ellos, como sucede con el *Leasing* y el *Factoring*.

En sentencia de Casación de 31 de mayo de 1938¹⁴, citada por Arrubla Paucar, la Honorable Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre los contratos atípicos así:

Las relaciones convencionales que no encajan dentro de ninguno de los tipos reglamentados de contratos, se aplican por analogía del tipo contractual afín al punto de vista jurídico pertinente, o por los principios generales del derecho de las obligaciones o de los contratos, y, a título complementario, por el arbitrio judicial. Bien entendido que esos criterios no han de violentar la voluntad libremente configurada de las partes dentro de los amplios límites a ella trazados por el legislador.

1.7. Clasificación de los contratos atípicos

Por ser atípicos, no es fácil encontrar que exista una legislación que los pueda clasificar de manera total, pero los doctrinantes han intentado agruparlos según los elementos que

¹⁴ *Gaceta Judicial*, XLVII, p. 570, citado en *ibid.*

los distinguen, siempre que existan en ellos rasgos comunes. Así, por ejemplo, el profesor Jaime Alberto Arrubla Paucar¹⁵, remitiéndonos a Federico De Castro¹⁶, nos presenta la siguiente clasificación:

- **Contratos típicos con prestaciones extrañas:** Tienen elementos propios del tipo legal y elementos anómalos en sentido jurídico.
- **Contratos externamente conexos:** Se encuentran elaborados en un mismo documento, pero con relaciones jurídicas diversas.
- **Contratos conexos en su finalidad económica:** Comportan la obligación de vender exclusivamente una determinada marca.
- **Contratos de tipo doble o híbridos:** Las prestaciones corresponden a dos clases de negocios, ejemplo: vigilancia por vivienda.
- **Contratos mixtos:** Cuando se producen a la vez los propósitos propios de dos tipos de contratos.
- **Contratos atípicos puros:** El contenido de estos contratos es completamente extraño a los tipos regulados por el ordenamiento jurídico.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ DE CASTRO, Federico, *et al. El negocio jurídico*. Madrid, Civitas, 1985. Citado por ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *op.cit.*, p. 43.

Por su parte, el Código de Comercio Temis¹⁷ nos presenta la siguiente clasificación:

- **De cobertura de riesgo**
 - SWAP
 - FORWARD
 - OPCIÓN
- **Sobre valores negociables**
 - UNDERWRITING
 - REPORTO
- **De financiamiento**
 - FACTORING
 - LEASING
- **De colaboración empresarial**
 - FRANCHISING
 - MERCHANDISING
 - JOINT VENTURES
 - PUTTING OUT SYSTEM
 - JUSTIN IN TIME

1.8. La causa en los contratos atípicos

En todos los negocios jurídicos hay que establecer cuál es el resultado esperado por las partes, el interés particular que desean regular. Este planteamiento de la causa-motivo encuentra pleno respaldo en la legislación colombiana, ya que define claramente la causa relacionándola con el motivo del acto o contrato y su licitud.

¹⁷ GUERRA CAYCEDO, Natalia *et al. Código de Comercio de bolsillo*. Bogotá, Temis, 1996.

Contrario a los contratos típicos, en los que la causa recibe un reconocimiento directo por la ley, en los contratos atípicos, el reconocimiento depende de la autonomía privada de las personas para obtener consecuencias en derecho, con las limitantes que el ordenamiento jurídico establece para ello.

La causa existe tanto en las obligaciones como en los contratos en materia civil, y según Guillermo Cabanellas de Torres,¹⁸ «Causa es el fin esencial o más próximo que los contratantes se proponen al contratar», lo cual es perfectamente aplicable al derecho mercantil, en razón de la remisión que estas normas hacen a aquéllas, según el artículo segundo¹⁹ de dicho ordenamiento legal.

Para ilustrar lo anterior debemos remitirnos a los artículos 104 del Código de Comercio²⁰, que regula la exigencia de la licitud de la causa en los contratos de sociedades, y al 639, que trata de la causa en los títulos valores.

2. CONTRATO JOINT VENTURE (Juntos en la aventura)

2.1. Aspectos históricos²¹

En los albores de la expansión del

Imperio Británico, cuando buscaba ampliar sus fronteras mediante la modalidad de la colonización, un grupo de aventureros se lanzó a la conquista de nuevos dominios y decidieron asociarse con el fin de hacerse a la mar detrás de su aventura.

Los que participaban en la travesía decidieron hacer un aporte, con la finalidad de repartirse alguna utilidad, si es que ésta se llegaba a producirse, toda vez que ninguno de los partícipes tenía la certeza del éxito de su gestión. Jugaron juntos al azar, pusieron sus capitales, arriesgaron hasta sus propias vidas en busca de algo que al comenzar lo no sabían cómo podía terminar.

De allí surgió el nombre de *Joint Adventure*, y es lo que hoy se conoce como *joint venture*, motivo de este trabajo analítico.

En el desarrollo del concepto aparece en el derecho norteamericano la expresión *Partnership* o conjunto de relaciones existentes entre dos o más personas que aportan sus esfuerzos en un negocio común, sobre la base de una repartición de resultados futuros e inciertos.

Más tarde surgieron los denominados *Partnership Special*, en los que el objeto o finalidad se reduce a una sola actividad u operación comercial.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 48.

¹⁹ LEAL PÉREZ, Hildebrando. *Código de Comercio*. 5ª ed. Colección códigos Brevis. Medellín, Leyer, 1996.

²⁰ *Ibid.*

²¹ CABALLERO SIERRA, Gaspar. *Los consorcios públicos y privados*. Bogotá, Temis, 1985.

A éstos propiamente se les denomina *joint venture*.

Si analizamos varios de los más connotados acontecimientos que se han convertido en hitos en lo que respecta a la ejecución de grandes logros de la humanidad, veremos que subyacen en cada uno de ellos aspectos de aventura y de asunción colectiva de riesgos en busca de resultados exitosos.

En la introducción de este trabajo ya tocamos lo relacionado con la forma como, por ejemplo, se desarrollaron las etapas previas a la *aventura* de Colón. En la época moderna, otro hito que requirió de esfuerzos comunes fue la conquista del espacio y la llegada del hombre a la Luna.

En una época como la que vivimos, de economía global y mercados abiertos, existe la imperiosa necesidad de abordar los grandes negocios mediante figuras que faciliten las financiaciones colectivas, a riesgo de compartir las utilidades o las pérdidas. Un ejemplo actual de esfuerzo colectivo entre naciones lo constituye la instalación de estaciones espaciales, cuyos costos son sufragados por varias naciones poderosas económicamente.

Varias son las modalidades que en distintas culturas reciben diversos nombres, todos los cuales comportan formas asociativas: *comunidad, sociedad, consorcio, unión temporal, asociación, agrupación empresarial, empresas*

asociativas, empresas comunitarias, condominio, conglomerado, copropiedad, holding, trust, mancomunidad, pool, sindicato, cooperativa. En todas ellas subyace un componente de riesgo y de aventura, pues ninguno de sus miembros puede asegurar cuál será el resultado de la empresa común. Para la regulación de este hecho social surge el derecho como regulador de las relaciones comunes.

El desarrollo del *joint venture* se produce después de la Segunda Guerra Mundial como forma de reactivar la economía, golpeada por esos días, y su importancia se patentiza en proyectos que requieren rápida ejecución, pero que por su envergadura superan la capacidad de una sola empresa.

Los megaproyectos de los años ochenta en distintos sectores de la industria, de las obras públicas y de la economía han requerido de esfuerzos conjuntos. La explotación amistosamente conjunta de recursos naturales entre países ha dado lugar al fortalecimiento de estos contratos. De otra parte, irónicamente, la falta de recursos también ha sido factor de su desarrollo, porque se unen varios aportantes de capitales moderados para la ejecución de negocios con inversiones de alto monto.

Recientemente, el *joint venture* ha prosperado en sectores de los servicios públicos básicos como la telefonía, el sector de agua potable, las vías de comunicación, la exploración

y la explotación petrolera y el transporte, como freno a lo que fue una creciente ola de concesiones que en un momento dado dejaban un sabor amargo al concedente, pues quien ganaba era el concesionario. Actualmente, los países en vía de desarrollo, propietarios de los recursos naturales, de los espectros electromagnéticos, de la materia prima para la ejecución de obras, han preferido asociarse y *correr junto a su asociado la aventura* de su ejecución, concededores de la existencia de *clientela potencial cautiva* para mejorarle la prestación de los servicios básicos.

2.2. Tipos de *joint venture* a manera de clasificación²²

Como quiera que esta figura contractual ha tenido su mayor y mejor desarrollo en los Estados Unidos, la legislación de ese país establece las siguientes acepciones:

2.2.1. *Joint venture en sentido amplio*

Acuerdo por el que dos o más empresas se asocian para realizar un determinado proyecto, independientemente de la forma jurídica que asuman.

2.2.2. *Partnership Special*

Asociación para un único proyecto. Esta modalidad surge de la jurisprudencia norteamericana.

2.2.3. *Incorporated joint venture*

Resulta de la creación de una sociedad *ad hoc* que viene a ser una subsidiaria de las partes.

2.2.4. *Non incorporated joint venture*

Es una forma contractual en la cual no se constituye una sociedad entre los empresarios. Esta modalidad se subdivide en:

2.2.4.1. *Joint venture stricto sensu*

Es el típico contrato, propiamente dicho.

2.2.4.2. *Joint venture contractual*

El que celebran las empresas con el propósito de compartir los riesgos sin formar un ente con personalidad propia, distinto al de los contratantes.

2.2.5. *Joint venture international*

En su conformación participan consorcios de distintas nacionalidades.

2.2.6. *Consortio*²³

Cuando dos o más personas en forma

²²ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *op. cit.*

²³HENAOHIDRÓN, Javier. *Estatuto General de Contratación de la Administración pública*. Santafé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1993.

conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato afectarán a todos los miembros que lo conforman. Esta es una figura reglada en Colombia en el Derecho público de la contratación administrativa o estatal.

2.2.7. Unión temporal²⁴

Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación

en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Al igual que el anterior, es un contrato que aparece hoy en Colombia en el Derecho público de la contratación administrativa o estatal.

2.2.8. Identificación legal del contrato

- Es un contrato atípico e inno- minado en nuestra legislación nacional de comercio.
- Tiene naturaleza jurídica propia con lineamientos claros en el derecho comercial comparado.
- No forma por sí mismo una sociedad, ni asociación, porque no hay búsqueda de una utilidad, sino un esfuerzo conjunto para obtener producción.²⁵

Las normas a las cuales se sujeta esta actividad en Colombia son principalmente:

<p>Congreso de la República: Por el cual se expide el Régimen de Contratación Estatal. <i>Artículo 7.</i> <i>Consortios para contratar con el sector público</i></p>	<p>Ley 80 de 1993</p>
<p>Congreso de la República: Por el cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular. <i>Celebración de contratos de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones. Artículos 9 -13.</i></p>	<p>Ley 37 de 1993</p>

²⁵ LEPERA, Sergio, et al. *Cuestiones de derecho comercial moderno*. Buenos Aires, Astrea, 1974, p. 211. Citado por ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *op. cit.*

²⁴ Ibidem.

Código de Comercio: <i>Artículo 825. Responsabilidad solidaria entre deudores.</i>	Decreto 410 de 1993
Estatuto de Contratación Estatal. <i>Artículo 52. Responsabilidad de los miembros del consorcio.</i>	Ley 80 de 1993

En Colombia se ha dado importancia a esta figura de los consorcios desde cuando apareció en el decreto-Ley 222 de 1983 (hoy derogado), por el cual se dictó el Estatuto General de Contratación de la Nación y sus establecimientos públicos y se utilizó en forma un poco tímida para la presentación conjunta de propuestas, pero ha tenido más acogida a raíz de la expedición de la Ley 80 de 1993, mediante la cual se estableció el Estatuto General de Contratación Estatal, aplicable en las entidades territoriales a más de la Nación, de la cual surgió la figura de los **consorcios** y las **uniones temporales**.

Cuando se dictaron las normas relacionadas con la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la ley 37 de 1993 autorizó la celebración de este tipo de contratos de asociación en el sector de las telecomunicaciones.

Desde el punto de vista tributario, la Ley 223 determinó que los consorcios responden en forma independiente, y no como sucedía anteriormente, que el responsable de los tributos era el consorcio como tal y era asimilado a una especie de sociedad de hecho.

2.3. Descripción de la operación

2.3.1. *Etapa precontractual*

- A) Los interesados en presentar una propuesta conjunta en una licitación o en desarrollar la explotación de un determinado negocio u objeto hacen estudios mutuos de sus respectivas capacidades operativas.
- B) Hacen un estudio de factibilidad económica y técnica del futuro negocio.
- C) Acuerdan el monto y límite de las obligaciones y derechos que tendrán en el contrato y en la ejecución del objeto.
- D) Preparan la presentación de la propuesta o *dossier* del negocio.

2.3.2. *Etapa contractual interna*

Agotada la etapa anterior, firman el acuerdo de consorcio, que debe contener:

- A) Los límites de responsabilidad.
- B) La representación legal y los órganos de gobierno del mismo.

- C) La forma técnica como se cumplirán las operaciones.
- D) La forma como se repartirán los beneficios.
- E) El monto de participación de las partes en los costos y gastos que serán proporcionales a los beneficios.

2.3.3. *Etapas contractual externa*

Cuando se trata de la ejecución conjunta de un contrato frente a un tercero, surge esta tercera etapa y se procede así:

- A) Discuten el contrato con el tercero.
- B) Suscriben el contrato.
- C) Legalizan y otorgan las pólizas de garantía.
- D) Si se trata de contrato con la administración pública, proceden a su publicación en el Diario Oficial, según lo ordenan la Ley 80 de 1993, el decreto 679 de 1994 y el decreto 1.477 de 1995.

2.4. *Función económica*

Trasladándonos al campo de la administración pública, se cumple la finalidad de democratizar la participación conjunta de oferentes en la contratación estatal.

Varios proponentes, cuyos pun-

tajes y experiencias técnicas en el Registro público de contratistas que lleva la Cámara de Comercio—creado por el artículo 22 de la Ley 80 y reglamentado por el decreto 856 de 1994—no alcanzan individualmente el mínimo exigido por los pliegos de condiciones, pueden unirse para presentar una oferta conjunta. En este caso, la experiencia, la capacidad técnica y operativa frente al contrato y la oferta se consideran como una sola, lo cual los coloca en capacidad competitiva de igualdad con los grandes empresarios.

Desde el punto de vista de las operaciones internas, la sana coalición de contratistas baja los costos y maximiza la utilización de los recursos humanos, técnicos y operativos.

2.4.1. *Ventajas del joint venture*

- Permite a los consorciados tener una aptitud y capacidad técnica que frente a terceros se presenta como nueva.
- Los riesgos y cargos financieros del proyecto son menos onerosos.
- Permite realizar proyectos que, por su complejidad, no podría realizar una sola persona o empresa.
- En el *joint venture internacional*, al participante extranjero se le facilita el acceso al mercado, con las consecuencias previsibles.

- El consorciado nacional se beneficia de la capacidad tecnológica y financiera de la empresa extranjera.

2.5. Características jurídicas

2.5.1. *Características jurídicas generales*²⁶

- Innominado
- Principal
- Bilateral
- Oneroso
- Consensual
- Conmutativo
- De colaboración
- De tracto sucesivo
- Financiero
- Personal o *Intuitte personae*

2.5.2. *Características jurídicas propias o especiales y elementos de la naturaleza*

- Rompe el modelo societario tradicional de colaboración.
- Se acuerda por documento privado.
- Se permite la colaboración de capitales de origen nacional y extranjero.
- Es un contrato de plazo determinado, pues el consorcio dura mientras dure el desarrollo del

proyecto y sus obligaciones accesorias consecuenciales.

2.6. Las partes que intervienen

Participan los consorciados, quienes no adquieren por sí solos una denominación especial jurídica según la posición que ocupen, pues no hay contratante dominante.

2.7. El precio

El valor del contrato u obra que se explotará o desarrollará de manera conjunta será, para todos los efectos, el valor del contrato.

2.8. El plazo

El plazo del contrato será el mismo de duración de la obra o proyecto. Si se trata de trabajos para terceros, se extenderá hasta el momento de liquidación total de las obligaciones adquiridas por el consorcio.

Hay que destacar aquí que la Ley 80 de 1993 en su artículo 52 asigna responsabilidades civiles y penales a los contratistas estatales, e incluye en ellos a los consorcios y uniones temporales, por sus acciones y omisiones en la actuación contractual. Los consorcios y uniones temporales responderán, en este caso, por las acciones y omisiones de sus integrantes.

Por lo anterior, debemos considerar que el plazo de las obligaciones conjuntas derivadas del contrato se

²⁶ Ver Glosario de términos.

agotan con el vencimiento del plazo de las garantías debidas a lo ejecutado.

2.9. Domicilio contractual

Será el lugar de cumplimiento del objeto contratado.

2.10. Derechos y obligaciones de las partes

Son comunes a todos los colaboradores o partícipes del contrato:

1. Recíprocos derechos y obligaciones pactados en el contrato.
2. Zaldívar y Lepera, citados por Arrubla Paucar²⁷, sostienen que existe un recíproco derecho de representación entre los miembros del contrato.
3. Obligación de entregar las contribuciones y aportes.
4. Derecho a ejercer control e inspección de la empresa conjunta.
5. Deber de ejercer lo pactado de buena fe.²⁸ Caballero Sierra sostiene que es tan importante la buena fe que son responsables hasta la culpa levísima²⁹, que consiste en

²⁷ ZALDÍVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, REGAZZI, Miguel, *et al.*, citados por ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *op. cit.*

²⁸ *Op cit.*

²⁹ ORTEGA TORRES, Jorge. *Código Civil*. Santafé de Bogotá, Temis, 1996.

culpa recta o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

6. Deber de no concurrencia, lo cual equivale a una especie de pacto mutuo de no competencia.

2.11. Formas de terminación

2.11.1. Ordinaria

1. Terminación del plazo acordado si no es renovado.
2. Por el tiempo que requiere el proyecto específico que va a desarrollarse.
3. Por muerte o disolución de la persona jurídica de los contratantes.
4. Por sentencia judicial declarativa.
5. Anticipada de mutuo acuerdo.

2.11.2. Anticipada unilateral

1. Incumplimiento (artículo 870 del Código de Comercio) CONDICIÓN RESOLUTORIA TÁCITA.
2. Encontrarse cualquiera de los contratantes en trámite concursal.

2.12. Aspectos procesales

2.12.1. *Domicilio procesal*

Los contratantes, como particulares, no pueden hacer acuerdos sobre domicilio procesal ni para la elección del juez al cual someterán sus diferencias contractuales, pues existe expresa prohibición del artículo 23, numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, que señala que cualquier pacto en contrario se tiene por no escrito.

2.12.2. *Juez competente*

En caso de conflicto, las partes acudirán al Juez Civil del Circuito del domicilio del demandado, el del lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales, a elección del demandante, según el numeral 5 del artículo 23 del Crc .

Hay que recordar que el decreto 2.273 de 1989 creó la Jurisdicción de Circuito Especializada, a la cual le asignó competencia en materias mercantiles, jurisdicción que no ha entrado a operar.

Mediante el decreto 2.273 de 1989 se creó la Jurisdicción de Circuito Especializada, y se le asignó a los jueces civiles de circuito especializados competencia en materias mercantiles.

Según el artículo tercero, numeral 7, serán estos jueces los competentes para su tramitación contenciosa en

forma privativa, cualquiera que sea su cuantía, la cual hoy es asumida por los jueces civiles de circuito, que podemos denominar ordinarios.

El Decreto 2.651 de 1991, como legislación transitoria, dispuso que además de la competencia establecida en el numeral 7 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, será competente, a prevención, el juez del domicilio del representante legal de la sociedad. Este artículo 46 de la Norma transitoria fue adoptado como legislación incorporada de manera permanente al Código por el 162 de la Ley 446 de 1998.

2.12.3. *Procedimiento aplicable*

De acuerdo con el artículo 396 del Código de Procedimiento Civil³⁰, se ventilará y decidirá en Proceso Ordinario todo asunto contencioso que no esté sometido a un trámite especial.

Como es posible que uno de los conflictos que puede llegar a presentarse gira en torno a la administración de la empresa, puede derivarse un Juicio Abreviado de rendición de cuentas, reglado por los artículos 408 y 418 del Código de Procedimiento Civil.

2.12.4. *Determinación de la cuantía del proceso*

Se acude a la regla de delimitación

³⁰ *Ibid.*

de la competencia por el factor cuantía del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, para lo cual se estimará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, y para estos efectos debemos entender que las pretensiones serán las que resulten de acciones indemnizatorias y/o del valor del contrato.

2.13. Relación con otros contratos y figuras jurídicas en las normas de los ordenamientos

mercantil y civil colombianos

- Concesión
- Agencia mercantil
- Contrato de Cuentas en participación
- Contrato de Sociedad
- Unión Temporal
- Sociedades de Economía Mixta
- Entidades descentralizadas
- Sociedad de hecho

3. CONTABILIDAD DEL CONTRATO

3.1. Contrato de joint venture

3.1.1. Tratamiento contable

CONSORCIO

Código	Denominación	Debe	Haber
110505	CAJA	\$XXXXXX	
280510	ANTICIPO RECIBIDO DE LOS CONSORCIADOS DEL CONTRATO		\$XXXXXX
			\$XXXXXX

OPERACIÓN DEL CONTRATO

Código	Denominación	Debe	Haber
613010	COSTOS DE CONSTRUCCIÓN	\$XXXXXX	
510000	GTOS DE ADMÓN.	\$XXXXXX	
110505	CAJA		\$XXXXXX

TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Código	Denominación	Debe	Haber
280510	ANTICIPO RECIBIDO DE LOS CONSORCIADOS	\$XXXXXX	
613010	COSTOS DE LA OBRA CONSORCIADOS		\$XXXXXX
510000	GTOS DE ADMÓN. CONSORCIADOS		\$XXXXXX

LIBRO DE LOS CONSORCIADOS

CONTABILIZACIÓN DEL CONTRATO

Código	Denominación	Debe	Haber
839595	CTA. DEUDORA DE CONTROL	\$XXXXXX	
939515	CTA. ACREEDORA DE CONTROL		\$XXXXXX

COMIENZO DEL CONTRATO

Código	Denominación	Debe	Haber
110505	CAJA	\$XXXXXX	
280510	ANT. RECIBIDO DE CONTRATO		\$XXXXXX

TRASLADO DE FONDOS AL CONSORCIO

Código	Denominación	Debe	Haber
133515	DEPÓSITO PARA EL CONSORCIO	\$XXXXXX	
110505	CAJA		\$XXXXXX

TERMINACIÓN DEL CONTRATO

REGISTRO DE INGRESOS

Código	Denominación	Debe	Haber
135005	R.F. SOBRE CONTRATOS	\$XXXXXX	
280510	ANT. RECIBIDO CONTRATOS	\$XXXXXX	
240801	IVA POR PAGAR		\$XXXXXX
413010	INGRESOS SOBRE CONTRATO		\$XXXXXX

REGISTRO DE COSTOS Y GASTOS

Código	Denominación	Debe	Haber
613010	COSTO DE CONSTRUCCIÓN	\$XXXXX	
510000	GTOS DE ADMÓN.	\$XXXX	
133515	DEPÓSITO PARA CONSORCIO		\$XXXXX

4. TRATAMIENTO FISCAL DEL CONTRATO

4.1. Los contratantes

4.1.1. *¿Forma contrato una persona jurídica para efectos tributarios?*

El *contrato* no forma persona jurídica independiente de los contratantes. Tampoco se considera asimilado a persona jurídica independiente por el solo hecho de la celebración del contrato de consorcio. El artículo 18 del Estatuto Tributario, reemplazado por el artículo 61 de la Ley 223 de 1993, de Racionalización Tributaria, dispuso que los consorcios y las uniones temporales no son contribuyentes del Impuesto sobre la Renta, y derogó, de paso, lo que establecía el artículo séptimo, parágrafo segundo de la Ley 80 de 1993, que los consideraba, para efectos impositivos, como sociedad de hecho.

4.1.2. Obligaciones y deberes fiscales de los contratantes

4.1.2.1 *¿Son responsables de Industria y Comercio?*

Según el artículo 195 del decreto

1.333 de 1986, el Impuesto de Industria y Comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que se ejerzan o realicen en la respectiva jurisdicción municipal, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados con establecimiento de comercio o sin ellos.

Las cámaras de comercio consideran que el ejercicio liberal de las profesiones de arquitectura e ingeniería no comporta el ejercicio del comercio, y por tanto no inscriben a tales profesionales en el Registro Mercantil. Y siendo así, no estarían obligados a pagar el gravamen de Industria y Comercio y el complementario de avisos y tableros.

A lo que sí están obligados, cuando desean contratar con entidades públicas, es a estar inscritos en el Registro Único de Proponentes que lleva la Cámara de Comercio, de acuerdo con lo que establece el artículo 22 de la Ley 80 de 1993, reglamentado por el decreto 856 de 1994.

4.1.3. El impuesto

4.1.3.1. *¿Se genera algún otro impuesto al celebrar el contrato?*

El contrato en sí mismo genera Impuesto de Timbre Nacional siempre que supere el valor ajustado anualmente por los decretos anuales de actualización de tarifas dictado por el Gobierno Nacional y la Dian.

4.1.3.2. *¿Cuál es la tarifa aplicable en sus impuestos?*

- *Renta*: Tarifa general del 35 %
- *Iva*: Tarifa general del 16 %
- *Remesas*: 12 %
- *Ganancias ocasionales*: Tarifa general o tarifa especial, según su origen.