

MODALIDADES DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL CONSAGRADAS EN LA LEY 80 DE 1993. REGULACIÓN DE FORMAS DE “JOINT VENTURE”

*María Cecilia M’Causland
Manuel Avila*

INTRODUCCIÓN

EL ESTATUTO DE LA contratación estatal, expedido en 1993, extiende la capacidad para contratar, otorgada por lo general en forma exclusiva a las personas naturales o jurídicas consideradas legalmente capaces de acuerdo con las normas vigentes, a formas de asociación o colaboración empresarial denominadas consorcios y uniones temporales. Menciona así mismo las sociedades de objeto único y la promesa de sociedad, como figuras que pueden utilizarse para efectos de presentar una propuesta.

El reconocimiento de estas formas de colaboración empresarial por parte de la Ley 80 de 1993 aparece como un desarrollo del derecho de asociación consagrado por la Constitución Política, en el marco del Estado social de derecho que caracteriza nuestro régimen jurídico. En efecto, si bien dentro de la concepción tradicional del Código Civil la capacidad se deduce con fundamento en un criterio orgánico, esto es, las personas son naturales o jurídicas, en el artículo 38 constitucional prima un criterio funcional. El fin (desarrollo de las actividades económicas en la sociedad) cobra mayor importancia que el medio utilizado para la consecución de aquél, lo que debe entenderse en concordancia con los principios que informan el régimen económico a nivel constitucional, a saber, la libre iniciativa privada, la libre competencia económica y el desarrollo empresarial.

Es evidente que la previsión legal de formas nuevas de colaboración empresarial surge de la necesidad de contemplar alternativas que faciliten la participación de capitales diferentes, inclusive de distinta nacionalidad, en el desarrollo de contratos que, por su magnitud, complejidad, costo y nivel de riesgo, entre otras circunstancias, no interesan a una sola persona natural o jurídica. Las facilidades tienen que ver, en el caso de los consorcios y las uniones temporales, con la posibilidad de asociarse sin constituir, por ese solo hecho, una nueva persona jurídica, diferente de los asociados. Es este uno de los elementos que permite estudiar estas figuras dentro de las llamadas *joint ventures*, cuyo auge ha sido en verdad sorprendente en los últimos años en el mundo entero.

En tal sentido, la regulación que de estas formas asociativas se produzca debe interpretarse de conformidad con los principios de eficiencia y economía previstos constitucionalmente, ya que la actividad contractual del Estado hace parte de la función pública, regida por los mencionados principios.

Igualmente, la participación de capitales internacionales que favorece estas modalidades de colaboración empresarial adquiere mayor importancia, pues, de conformidad con el artículo 226 de la Constitución Política, es función estatal la promoción de la internacionalización de las relaciones económicas, «sobre bases de equidad, reciprocidad y convivencia nacional».

Las sociedades de objeto único constituyen, en cambio, personas jurídicas típicas, cuya particularidad está dada por el hecho de ser creadas con el propósito exclusivo de presentar una propuesta y celebrar y ejecutar un contrato estatal. La promesa de sociedad, por su parte, implica la realización de un convenio de intención, preparatorio de un negocio jurídico de sociedad, cuya celebración se somete a una condición suspensiva que consiste en la expedición de la respectiva resolución de adjudicación.

Los consorcios, uniones temporales y sociedades de objeto único son, en tal sentido, mecanismos reconocidos por el sistema jurídico, con el objeto de que los particulares contraten con el Estado, en el desarrollo de actividades económicas por parte de los mismos.

Nos interesa en este trabajo el estudio de tales figuras y en especial de las dos primeras como formas de *joint ventures*, estudio que abordaremos a partir del análisis de su origen y sus principales características en el derecho comparado, así como de su regulación en el derecho colombiano, a fin de obtener algunas conclusiones sobre su naturaleza jurídica y sus formas de operar, en particular sobre la responsabilidad que asumen frente a terceros. Dado que en el proceso de contratación estatal están involucrados el interés general y la consecución de los fines sociales del Estado, a pesar de tratarse de figuras atípicas, la responsabilidad de las uniones temporales y de los consorcios debe establecerse en forma nítida cuando los mismos participen en dicho proceso.

I. ORIGEN DE LAS JOINT VENTURES

LA MAYORÍA DE LOS autores¹ coincide en que la *joint venture* es una institución no legislada del derecho norteamericano, desarrollada por la jurisprudencia de ese país, con origen en el derecho anglosajón. Se suele afirmar que los jueces norteamericanos acogieron la figura de la *joint venture*, ante la necesidad de responder a los nuevos adelantos del mundo del comercio y de los negocios, con base en los principios fundamentales del *common law*.

El hecho de que estas figuras económicas surgieran y fueran reconocidas en principio por el sistema jurídico del *common law* (consuetudinario) y no por el sistema jurídico continental europeo, en cuya base se encuentra el derecho romano (legislado), se debe precisamente a la primacía de los criterios funcionales, presentes en el primer sistema mencionado, sobre los criterios orgánicos, presentes en el segundo. La regulación de las figuras a las que nos referimos dentro del segundo sistema no es originaria, esencial al mismo sistema, sino obtenida mediante absorción.

¹ Ver, entre otros, GASPARD CABALLERO SIERRA. *Los consorcios públicos y privados*. Bogotá, Edit. Temis, 1985, p. 66; SERGIO LE PERA. *Joint venture y sociedad. Acuerdos de coparticipación empresarial*, Buenos Aires,

Edit. Astrea, 1984, pp. 64 a 69; ENRIQUE ZALDIVAR, RAFAEL MANOVEL y GUILLERMO RAGAZZI. *Contratos de colaboración empresarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, pp. 19 ss.

Aunque el caso más famoso es el de *Ross vs. Willet*, fallado en 1894, desde 1808 se registra en la jurisprudencia el uso de la expresión *joint adventure*. No se reconocía anteriormente una relación de coempresarios distinta de la *partnership* (que se asemeja a la sociedad colectiva del derecho colombiano), respecto de la cual se exigía la prueba de la existencia de los elementos necesarios para su conformación. En la *joint venture* las partes combinan capital, conocimientos, habilidades y servicios, para llevar a cabo una empresa comercial, sin que surja a la vida jurídica una *partnership*.

No obstante lo anterior, algunos piensan que en otros países existen también importantes antecedentes de esta figura. En Bélgica, por ejemplo, la *joint venture* se reconoce legalmente desde 1873, bajo la denominación –en cierta forma incorrecta– de asociación, y tiene casi todas las características de la *joint venture*: no es una persona jurídica, no tiene patrimonio propio, no está sujeta a ninguna formalidad de existencia o a requisitos de publicidad, las partes establecen libremente las reglas que la rigen, su objeto social está restringido a una o más operaciones específicas, no funciona bajo un nombre comercial y sus miembros son solidariamente responsables frente a terceros.

Por otra parte, aunque en el derecho inglés nunca se ha reconocido *joint adventure* como una relación independiente, con frecuencia se ha hecho relación a ella como una *partnership* particularizada o especial. Es importante agregar que el derecho romano conoció la distinción entre asociaciones para la realización de un solo negocio en lugar de una serie de negocios; se trata de las llamadas sociedades particulares (*unius rei*), donde los socios ponen en común la propiedad o el uso de una o varias cosas determinadas para explotarlas y repartir los beneficios, restringiéndose a una sola operación².

El término es escocés, pero Escocia tomó la figura del derecho civil francés. Esta, sin embargo, tendría sus orígenes en la *comenda* árabe, de donde surgió, a su vez, la asociación en participación, que tiene como característica que unos socios son conocidos y los otros ocultos. Esta es la figura que subsiste entre nosotros bajo las formas de cuentas en participación y sociedad en comandita.

«De este hecho parece haberse derivado la necesidad sentida por los jueces norteamericanos de adoptar el término *joint venture*, ya que todos los términos que se empleaban en Estados Unidos para distinguir la *partnership* organizada para una sola operación o la *partnership* especial daban lugar a confusión: el término especial se usaba para distinguir al socio de responsabilidad limitada, y la *partnership* particular era sinónima en Inglaterra de la *partnership* especial. Así pues, en Norteamérica, se mantuvo la sociedad en participación, pero adaptándola a los principios del *common law*, de tal manera que en la nueva figura no cabía el énfasis en el carácter oculto de alguno(s) de los asociados»³.

En síntesis, los Estados Unidos «asimilaron la experiencia francesa, tomaron prestado el nombre de Escocia, y domesticaron su propia forma de organización comercial, que denominaron *joint adventure* y *joint ventures*»⁴.

² JUAN CARO NIETO. “Las llamadas *joint ventures* como fórmula legal de la colaboración entre el capital nacional y el capital extranjero”, en *Revista de Derecho Mercantil*, N° 6, Colegio de Abogados Comercialistas, Edit. Temis, 1985, pp. 8 y 9.

³ *Ibid.*, pp. 10 a 14.

⁴ JOSEPH TAUBMAN. *The Joint Venture and Tax Classification*, Nueva York, Federal Legal Publications, 1956, citado por CARO NIETO, *Op. cit.*, p. 14.

II. CARACTERÍSTICAS DE LA JOINT VENTURE

CON FUNDAMENTO EN LA jurisprudencia norteamericana sobre esta materia, podemos decir que las siguientes son las características esenciales de la *joint venture*⁵:

- Es fruto de un contrato, expreso o tácito, aunque no se requiere que exista un acuerdo formal. No se constituye, sin embargo, una nueva persona jurídica, ya que no existe *affectio societatis* sino *animus cooperandi*.

- Cada uno de los partícipes hace un aporte, que puede consistir en dinero, bienes, esfuerzos, conocimientos, habilidades o cualquier otro activo, sin que tengan que ser aportes iguales o de la misma naturaleza.

- Los partícipes intervienen conjuntamente en el manejo o desarrollo de la empresa, o por lo menos debe haber derecho de control mutuo, aunque a veces se reconoce que alguno puede ser encargado del control de la unión.

- Debe haber ánimo de lucro.

- Todos los partícipes tienen derecho a percibir su cuota en las utilidades y debe haber acuerdo, así sea implícito, sobre la forma de compartir las pérdidas.

- El objeto se suele limitar al desarrollo de una "aventura comercial" individual. Esta es la característica sobre la que la jurisprudencia ha hecho mayor énfasis; sin embargo, no se ha llegado a un acuerdo sobre el significado de la expresión "individual", ya que se usa a veces para describir un proyecto determinado y otras para designar una limitación en cuanto a la duración o el objetivo.

- Cuando los partícipes son sociedades, sólo comprometen en la *joint venture* una parte de sus activos, ya que los demás están dedicados a otras empresas.

III. DEFINICIÓN

A PARTIR DE LAS CARACTERÍSTICAS que acabamos de señalar, se han intentado varias definiciones de *joint venture*. Según Rowley⁶, se trata de una asociación de dos o más personas para realizar una única empresa comercial con el fin de obtener una utilidad. Se destacan dos elementos esenciales del negocio. Otro elemento, el carácter *ad hoc* del proyecto, es destacado en las decisiones judiciales.

Pero es en Williston donde encontramos la definición más completa: «Un *joint venture* es una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (*ad hoc*), para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar ni crear una corporación o el *status* de una *partnership* en sentido legal, el cual acuerdo también establece una comunidad de intereses y un mutuo derecho de representación dentro del ámbito del proyecto, sobre el cual cada *venturer* ejercerá algún grado de control»⁷.

Se debe anotar que hoy en día, en el campo de los negocios internacionales, el término *joint venture* se usa para designar la asociación de dos o más empresas de distintos países, que combinan sus capitales o su técnica para el desarrollo de un proyecto.

⁵ Ver CARO NIETO, *Op. cit.*, pp. 14 a 17; CABALLERO SIERRA, *Op. cit.*, pp. 67 a 69; LE PERA, *Op. cit.*, pp. 74 a 79; ZALDÍVAR y otros, *Op. cit.*, pp. 23 a 28.

⁶ ROWLEY. *Modern Law of Partnership*,

1916, p. 1339, citado por LE PERA, *Op. cit.*, p. 69.

⁷ WILLISTON. *A Treatise on the Law of Contracts*. 3ª ed., 1959, pp. 555 y 556, citado por LE PERA, *Op. cit.*, pp. 70 y 71.

IV. LAS *JOINT VENTURES* Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

NO OBSTANTE QUE este punto ha sido objeto de estudio en el derecho comparado y en especial por la jurisprudencia norteamericana para establecer los linderos entre la *joint venture* y la *partnership*, nos interesa referirnos a las principales similitudes y diferencias que existen entre aquella figura y algunas formas societarias típicas del derecho colombiano. Son tres las categorías que resultan cercanas a la *joint venture*: la sociedad colectiva, las cuentas en participación y la sociedad de hecho. La comparación es presentada con mucha claridad por Juan Caro Nieto; a continuación se presentan sus conclusiones más importantes⁸:

La sociedad colectiva, como la *joint venture*, es en esencia *intuitu personarum*; en ambas, todos los partícipes tienen derecho a la administración, aunque pueden delegarla, tienen derecho a inspeccionar los libros y papeles de la empresa en cualquier momento y cada uno responde de los actos y hechos de los otros, si se ejecutan dentro del giro de los negocios comunes. Pero hay grandes diferencias: en nuestro país, la sociedad colectiva es una persona jurídica distinta de los socios, por lo que tiene razón social, domicilio y nacionalidad propios; nada de esto ocurre con la *joint venture*. Los socios de una sociedad colectiva responden solidaria e ilimitadamente de las operaciones sociales, pero sólo cuando se demuestre que la sociedad ha sido requerida en vano para el pago, mientras que en la *joint venture* los acreedores tienen acción directa contra los partícipes, ya que no existe una tercera persona jurídica interpuesta.

Por último, la sociedad colectiva no tiene el carácter *ad hoc* de la *joint venture*. Por el contrario, es la sociedad de personas por excelencia, de tal manera que los socios dedican todos sus esfuerzos, su trabajo y su tiempo a ella, al punto que es causal de disolución la muerte o incapacidad sobrevenida de alguno de ellos. Por esta misma razón, salvo que se autorice en forma expresa por los consocios, ninguno puede explotar el mismo negocio de que se ocupa la compañía, ni formar parte en sociedades que exploten el mismo objeto social. En cambio, es de la esencia de la *joint venture* que sus partícipes desarrollen simultáneamente otras actividades, iguales o no a las de ésta.

Más llamativa es la posibilidad de identificar la *joint venture* con las cuentas en participación. Tienen en común el carácter *ad hoc*, la ausencia de solemnidades prescritas para su constitución, el establecimiento del objeto, la forma, el interés y demás condiciones por los mismos partícipes, así como la no configuración de una nueva persona jurídica, por lo que carecen de nombre, patrimonio social y domicilio. Sin embargo, existe una diferencia sustancial: las cuentas en participación son sociedades ocultas, donde el socio activo es el único que tiene derecho de administración, actuando en su solo nombre y bajo su crédito personal, por lo que es reputado único dueño del negocio ante terceros; el socio inactivo, por su parte, mientras permanezca oculto, no responde de las operaciones sociales sino hasta el monto de su aporte. En la *joint venture* a ninguno de los partícipes le interesa permanecer oculto.

La alternativa de la sociedad de hecho resultaría entonces de la imposibilidad para encuadrar la *joint venture* en alguna de las formas típicas de sociedad previstas por la normatividad vigente. La sociedad de hecho, como la *joint venture*, no es persona jurídica, y en ambas es claro que las estipulaciones acordadas por los

⁸ CARO NIETO, *Op. cit.*, pp. 31 a 35.

asociados producen efectos entre ellos. Pero nos encontramos con un gran inconveniente al hacer esta asimilación, que consiste en la facultad que tienen los socios de una sociedad de hecho de solicitar, en cualquier tiempo, que se liquide la sociedad. En efecto, en la *joint venture*, la equidad exige que cada partícipe tenga la responsabilidad de concluirla, es decir, de cumplir el objeto que se ha propuesto, por lo cual no está permitido el retiro unilateral de uno de los asociados en perjuicio de los demás contratantes, a menos que éstos expresen su consentimiento.

Sobre lo dicho hasta acá, que permite acercarnos a la naturaleza jurídica de la *joint venture*, es importante mencionar que la Superintendencia de Sociedades ha expresado en varios oficios que los consorcios, como formas de *joint venture*, no están sujetos a la vigilancia de esa entidad, ya que tal inspección sólo puede ejercerse en relación con las sociedades mercantiles que expresamente se encuentren señaladas en la ley⁹.

En tales oficios se observa el énfasis hecho en el criterio orgánico, pues para determinar la competencia de la Superintendencia de Sociedades no se acude a la actividad comercial (funcionamiento del sistema económico), sino a las características de los sujetos que desarrollan la mencionada actividad.

Queda claro, entonces, que no es posible asimilar la *joint venture* a ninguna de las formas societarias típicas del derecho colombiano. Se plantea, así, el interrogante sobre su naturaleza jurídica, de cuya definición se derivan, en general, las consideraciones y conclusiones que puedan obtenerse sobre las reglas aplicables en relación con su existencia, su administración, su operación y la responsabilidad de los partícipes.

V. LAS JOINT VENTURES EN EL DERECHO COLOMBIANO. ANTECEDENTES

EN COLOMBIA ESTA figura no tiene consagración legal expresa ni ha sido estudiada lo suficiente por la doctrina; mucho menos por la jurisprudencia. Sin embargo, cuando el anterior estatuto de la contratación administrativa (Dcto. 222/83) hizo referencia a la figura del consorcio de derecho privado se consideró que se estaba regulando una forma de *joint venture*. En efecto, se buscaba la cooperación entre varias personas para ejecutar obras o prestar servicios, conservando cada una su identidad, sin que operaran como una sociedad de hecho o una cuenta en participación, por las razones que acabamos de analizar.

Sin embargo, la ausencia de regulación normativa trajo muchos inconvenientes; así, por ejemplo, aunque se consagraba la responsabilidad solidaria de los consorciados en cuanto a la celebración y ejecución del contrato administrativo, no se preveía una solución para el caso de incumplimiento parcial de uno de ellos, en relación con la continuación de la labor contratada. Esta circunstancia generó la reacción de distintos órganos de la administración pública, que optaron por imponer obligaciones contractuales sumamente gravosas a las empresas participantes en el consorcio, a fin de prevenir riesgos que podían surgir de la insuficiente regulación legal.

⁹ Ver Superintendencia de Sociedades: EX-01680 de febrero 23 de 1988, SL 00768 oficios OA/24348 de diciembre 10 de 1980, de enero 20 de 1988.

Puede decirse que el campo en que primero apareció la *joint venture* en Colombia fue el de la explotación de recursos naturales, para luego extenderse a sectores como el de la construcción de obras públicas. El Decreto 150 de 1976 se refería a los consorcios en su capítulo II, y su decreto reglamentario 106 de 1977 regulaba la forma en que tales consorcios podían intervenir en la construcción, montaje e instalación, mejoras, adición, conservación y restauración de obras públicas.

De cualquier manera, casi todas las características que hemos visto y que, en general, se han identificado por la jurisprudencia norteamericana aparecen en la definición de sociedad que trae el Código Civil desde 1873: «La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación» (ver art. 2079). Es evidente que las *joint venture* quedan por fuera de esta forma de asociación, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo de la norma citada: «La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados». Sin embargo, es importante anotar, como lo advierte Caro Nieto, que frente al primer inciso faltaría sólo la mención expresa a dos características de la figura: la limitación de su objeto a un negocio individual y el derecho de mutuo control y manejo de la empresa. La primera no es incompatible con el concepto de sociedad y la segunda sólo es propia de ciertos tipos societarios¹⁰.

Para volver al consorcio y aunque, como lo hemos dicho, no existe en Colombia un desarrollo legal de la figura, ha sido considerado como una modalidad de colaboración empresarial de la que no surge una nueva persona jurídica, sin que por ello se impida o se prohíba su conformación.

El Decreto 222 de 1983 establecía en sus artículos 3º y 4º lo siguiente:

Artículo 3º: «*De los casos en que varias personas pueden proponer conjuntamente.*- Cuando se considere que de la ejecución conjunta de un contrato se derivan beneficios para la entidad contratante, ésta podrá autorizar que dos o más personas puedan presentar conjuntamente la misma propuesta, generándose así el consorcio».

Artículo 4º: «*De la presentación conjunta de propuestas.*- La autorización para presentar propuestas en los términos del artículo anterior deberá ser otorgada por el representante legal de la entidad con anterioridad a la apertura de la licitación o concurso de méritos o la celebración del contrato, según el caso.

«En el pliego de condiciones o en la invitación deberá figurar expresamente la posibilidad de proponer conjuntamente y no podrá ser motivo de adendo».

El artículo 5º establecía que las personas que en esta forma fueran adjudicatarias del contrato responderían solidariamente por su celebración y ejecución, sin que pudieran cederlo, salvo autorización previa de la entidad contratante; en ningún caso la cesión podría ocurrir entre los integrantes del consorcio (ver art. 60).

De acuerdo con este estatuto, la adjudicación y la celebración del contrato correspondían a las personas que conformaban el consorcio.

En materia tributaria, con anterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993 los consorcios fueron considerados contribuyentes, al asimilarlos unas veces a las

¹⁰ CARO NIETO, *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

sociedades de hecho y otras a las sociedades limitadas (Ley 75/86). Una norma de 1990, ya derogada, los hacía contribuyentes, pero luego, por vía de reglamento, se consideró que no tenían tal carácter¹¹.

VI. CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. LEY 80 DE 1993

EL ESTATUTO DE LA contratación administrativa vigente introdujo algunas modificaciones importantes en relación con la regulación de los consorcios e incluyó la figura de las uniones temporales. En efecto, los artículos 6º y 7º de la Ley 80 de 1993 establecen lo siguiente:

Artículo 6º: «*De la capacidad para contratar.* - Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

«Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y un año más».

Artículo 7º: «*De los consorcios y uniones temporales.* - Para los efectos de esta ley se entiende por:

«1. Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de 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.

«2. Unión Temporal: cuando dos o más personas en forma conjunta presenten 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.

«Parágrafo 1º. Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o de unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos de extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

«Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

«Parágrafo 2º. Para efectos impositivos, a los consorcios y uniones temporales se les aplicará el régimen previsto en el Estatuto Tributario para las sociedades pero, en ningún caso, estarán sujetos a doble tributación.

«Parágrafo 3º. En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirá por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios».

¹¹ EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ. "Sujetos privados del contrato", en *Comentarios al Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1994, p. 98.

Como se puede observar, consorcios y uniones temporales son figuras que se asemejan a la *joint venture*, como formas de asociación no tipificadas en la legislación privada¹². Estas figuras, sin embargo, no se definen por la Ley 80 de 1993 en su contenido esencial, sino que se hace una presentación descriptiva de ellas, al señalar tan solo los elementos que las conforman¹³. Su tipicidad, podría decirse, es entonces relativa. Por otra parte, se trata de asociaciones de dos o más personas para realizar un proyecto común; cumplido éste, termina la vinculación. Aparece aquí claramente el carácter *ad hoc* de la unión, destacado desde el principio por la jurisprudencia anglosajona, al establecer los elementos distintivos de la *joint venture*.

En relación con el consorcio, aunque hay algunas similitudes con el régimen anterior, también son muchas e importantes las modificaciones introducidas por el estatuto mencionado. No cambian las condiciones de la cesión, se mantiene el principio de la solidaridad pasiva y, en general, la finalidad del consorcio sigue siendo la misma. Sin embargo, encontramos que la citada ley dispone que los miembros del consorcio deben designar una persona para todos los efectos del contrato, lo que supone que tendría la facultad de cobrar en representación del mismo los créditos en su favor¹⁴. Por otra parte, se suprime el requisito de contar con la autorización de la administración, previa a la apertura de la licitación, para presentarse en consorcio, así como la necesidad de prever de manera expresa tal posibilidad en el pliego de condiciones.

Es claro que los consorcios suponen el ejercicio del derecho de asociación para efectos de la contratación administrativa; cualquier restricción que se trate de imponer a ese derecho adolecería de ilegalidad. En ese sentido, de acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado, deben entenderse los artículos 24, numeral 5, de la Ley 80 de 1993, y 3º del Decreto Reglamentario 679 de 1994, que hacen referencia al establecimiento de los requisitos objetivos que deban cumplirse para la participación de consorcios o uniones temporales en licitaciones y concursos, con lo cual se excluye implícitamente la exigencia de circunstancias subjetivas para los eventuales proponentes¹⁵.

Pero tal vez la reforma más importante introducida por la Ley 80 de 1993 la constituye el hecho de que la adjudicación y la celebración del contrato corresponden en forma directa al consorcio, ya que se le otorga capacidad para tal efecto. Se constituye de esta manera el consorcio en una verdadera forma de *joint venture*. De acuerdo con el Decreto 222 de 1983, la adjudicación se hacía en favor de las personas que conformaban el consorcio y el contrato se celebraba con ellas.

En relación con las uniones temporales, parece claro, de acuerdo con la norma, que corresponden al mismo concepto de consorcio, que opera cuando se presenta en forma conjunta una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución

¹² GASPAS CABALLERO SIERRA, en GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ R. *Nuevos contratos estatales*, 1994, pp. 300 y 301.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-414, septiembre 22 de 1994, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁴ Obviamente, esta circunstancia no implica la existencia de un régimen de solidaridad activa. Sobre este punto: JAIME

ARRUBLA PAUCAR. *Contratos Mercantiles*, T. II, 2ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, 1992, p. 292; RODRIGO ESCOBAR GIL. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, 1ª ed., Legis, 1999, p. 138.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta, mayo 3 de 1995, M. P.: Roberto Suárez Franco, Rad. 684.

de un contrato. También opera la solidaridad, al menos en lo que se refiere al cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado. A las diferencias que en este punto se presentan entre las dos figuras nos referiremos más adelante.

Respecto de las inhabilidades o incompatibilidades, el artículo 9º de la Ley 80 de 1993, que se ocupa de aquéllas que sobrevienen en el contratista, prevé que si ello llegare a ocurrir con uno de los miembros de un consorcio o una unión temporal, éste cederá su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante, y en ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o la unión temporal. Esta última previsión resulta lógica si se tiene en cuenta que las entidades estatales deben proteger sus intereses debidamente, lo que tal vez no se logrará si no se asegura la participación de un nuevo miembro en el consorcio o la unión temporal, en condiciones que permitan compensar la pérdida del respaldo ofrecido por el miembro afectado con la inhabilidad o incompatibilidad.

En cuanto al régimen tributario, en principio, tanto a los consorcios como a las uniones temporales se les aplica el Estatuto Tributario, bajo el principio de la proscripción de la doble tributación. Sobre este punto, es importante mencionar que ante la Corte Constitucional fue demandada la declaratoria de inexecutable del parágrafo 2º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993, por considerarse esta disposición violatoria de los artículos 158 (unidad de materia), 169 (correspondencia entre el título de las leyes y su contenido) y 338 (legalidad de los tributos) de la Constitución Política. La Corte declaró exequible la norma acusada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

«Del examen de los términos en que aparece concebida la disposición acusada, puede concluirse que los hechos y las bases gravables de la obligación tributaria para los consorcios y las uniones temporales quedaron perfectamente delimitados y precisados en la ley al remitirse su responsabilidad tributaria al de la sociedad, que como se ha establecido, está unificado para todos los fines impositivos y no da pie, por lo mismo, a posibles imprecisiones en el manejo y determinación de las obligaciones en materia de impuestos de los referidos consorcios y uniones temporales».

«Es conveniente aclarar que el contenido normativo del parágrafo segundo del artículo 7º de la Ley 80 de 1993 no es de extensión general, porque forma parte del estatuto contentivo del régimen de contratación estatal, *de manera que su aplicación sólo compromete las rentas y otros hechos sujetos a impuestos de los consorcios y uniones temporales, con ocasión de las relaciones jurídicas relativas a dicha contratación*»¹⁶.

Así las cosas, en principio, la asimilación del régimen tributario de las uniones temporales y consorcio al de las sociedades parecería suponer que los miembros de aquellos, individualmente considerados, solo tributarían en relación con la renta que obtuvieran por fuera de su actividad como integrantes del consorcio y unión temporal.

De esa forma, las rentas obtenidas en desarrollo de la actividad de la asociación serían gravadas al consorcio o unión temporal respectivo.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-414/94, septiembre 22 de 1994, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.

Sin embargo, con posterioridad, el artículo 61 de la Ley 223 de diciembre 20 de 1995 introdujo modificaciones al Decreto 624 de 1989, por el cual se expidió el Estatuto Tributario. Citamos el inciso primero del artículo modificado, relativo a las figuras jurídicas que nos ocupan:

«Artículo 61: *Renta de los Consorcios y Uniones Temporales.*- El artículo 18 del Estatuto Tributario quedará así:

«Artículo 18: *Renta de los Consorcios y Uniones Temporales.*- Los Consorcios y las Uniones Temporales no son contribuyentes del impuesto sobre la renta. Los miembros del Consorcio o la Unión Temporal, deberán llevar en su contabilidad y declarar de manera independiente, los ingresos, costos y deducciones que les correspondan, de acuerdo con su participación en los ingresos, costos y deducciones del Consorcio o Unión Temporal».

Adicionalmente, el artículo 29 del Decreto 380 de 1996 dispuso lo siguiente en relación con el IVA:

«Artículo 29: *Responsables del IVA en el caso de los Consorcios y las Uniones Temporales.*- Los Consorcios y las Uniones Temporales no son responsables del impuesto a las ventas. Los miembros del Consorcio o de la Unión Temporal son responsables del impuesto sobre las ventas respecto de las operaciones gravadas que realicen.

Parágrafo. Únicamente podrán tratarse como impuestos descontables en la declaración del IVA, los que tengan relación directa con la actividad gravada del responsable».

Visto lo anterior, puede concluirse que el desarrollo legislativo y reglamentario del parágrafo segundo del artículo 7º de la Ley 80 de 1993 ha implicado su derogatoria, al menos parcial. En efecto, la prohibición de la doble tributación ha traído como consecuencia obvia que se exima a los consorcios y uniones temporales del pago del impuesto sobre la renta y del impuesto a las ventas, sin perjuicio de la responsabilidad tributaria independiente de cada uno de sus miembros.

Por lo demás, atendiendo lo dispuesto en las normas que se acaban de citar, la DIAN manifestó, por medio de su Oficina de Normativa y Doctrina, en concepto 43056 de junio 10 de 1998, que los activos y pasivos derivados del contrato consorcial deben ser asumidos por cada uno de sus miembros, atendiendo las condiciones estipuladas para su participación en el acuerdo de constitución del consorcio. Es decir, no existe obligación de declarar activos y pasivos del consorcio como sujeto independiente de sus integrantes.

En cuanto a la obligación de expedir factura para efectos tributarios, sin embargo, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 615 del Estatuto Tributario, que incluye como destinatarios de la misma a los consorcios y uniones temporales. Como lo aclara la misma norma, tal obligación no surge de la calidad de contribuyente o no contribuyente de la respectiva persona o entidad; en efecto, la norma simplemente tiene por objeto establecer un mecanismo eficaz de control y recaudo del impuesto sobre las ventas¹⁷.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta.

Sentencia de julio 10 de 1998. Exp. 11001. C. P.: Julio Enrique Correa Restrepo.

VII. RESPONSABILIDAD

SI BIEN LOS MIEMBROS de los consorcios y uniones temporales responden solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, la ley establece un tratamiento diferente para las dos figuras en relación con las sanciones que pudieren imponerse en caso de incumplimiento. Para los miembros de los consorcios opera así mismo la solidaridad, mientras que para las uniones temporales las sanciones se impondrán de acuerdo con la participación de cada uno de los miembros en la ejecución del contrato. Resulta entonces necesario establecer cuál es la diferencia entre las dos figuras. En la exposición de motivos del correspondiente proyecto de ley tal diferencia se explica en la siguiente forma:

«En cuanto a la unión temporal [...] puede decirse que se trata de una figura que reúne todas las características genéricas del consorcio, siendo su diferencia específica la posibilidad de que quienes la integran determinen cuál ha de ser el alcance y contenido de la participación de cada uno en la ejecución del objeto contratado, de manera que, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por el cumplimiento de la propuesta y del contrato, los efectos de los actos recaigan exclusivamente sobre la persona que incurrió en la falla o en el incumplimiento de que se trate. De esta manera se busca facilitar la participación conjunta de oferentes nacionales y extranjeros o de personas con capacidades económicas diferentes»¹⁸.

Estos argumentos no parecen suficientes para explicar la existencia de elementos que permitan diferenciar las uniones temporales de los consorcios. Ni en la norma ni en la exposición de motivos se encuentran tales distinciones, a no ser que se concluya que se trata de dos figuras diferentes, a partir de un razonamiento planteado en vía contraria. En efecto, no son la noción, el concepto, ni la naturaleza jurídica de la forma asociativa, los factores que determinan la manera particular de aplicar las sanciones respectivas, que más bien resultan de la decisión de quienes presentan una propuesta conjunta expresada al cumplir su deber de indicar si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, de señalar los términos y la extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución.

Por otra parte, si tenemos en cuenta el concepto y las características esenciales de las obligaciones solidarias, es claro que la responsabilidad que se asume al contraerlas supone que el cumplimiento del objeto total se puede exigir a uno de los deudores, a varios, o a todos ellos. Así las cosas, frente a un eventual incumplimiento, todos responden por él y deben subsanarlo y remediarlo lo más pronto posible; si no lo hacen, a todos se podrá imponer las sanciones contractuales previstas, pues el incumplimiento se predica de todos.

Este último argumento sirve de fundamento al doctor Edgar López González para expresar que «... no se ve con claridad la estipulación respecto de la responsabilidad solidaria de los miembros de la unión temporal y, al mismo tiempo, el derecho y el deber de la administración de sancionar sólo al incumplido. En nuestro sentir, o hay responsabilidad solidaria o no la hay»¹⁹.

Frente a la necesidad de declarar la caducidad del contrato, agrega este autor:

¹⁸ *Gaceta del Congreso*, N° 75, septiembre 23 de 1992, p. 20.

¹⁹ GONZÁLEZ LÓPEZ, *Op. cit.*, p. 101.

«... surgiría el interrogante de si, en este caso, podría haber terminación parcial del contrato, o contratación parcial con un tercero ajeno a la unión.

«La respuesta negativa parece obvia; le corresponde al otro miembro o miembros asumir las obligaciones del incumplido, cuestión que debe ser indiferente a la administración, por cuanto existe un solo representante de la unión temporal para todos los efectos.

«Y, en caso de persistir el incumplimiento, la inhabilidad correspondiente a la ejecutoria del acto que imponga la caducidad, no debería afectar a uno solo de ellos, sino a la unión temporal y a todos los que la conforman, dada su responsabilidad solidaria»²⁰.

Para Escobar Gil, sin embargo, esta regulación particular de las uniones temporales no ofrece dudas ni dificultades. Por el contrario, la ausencia de solidaridad para efectos de la imposición de sanciones por incumplimiento permite remover algunos obstáculos que podrían disuadir a los contratistas de participar mancomunadamente en la ejecución de un proyecto²¹.

En nuestra opinión, resulta contradictorio otorgar a la unión temporal capacidad jurídica para celebrar el contrato y señalar que se puede sancionar a uno solo de sus miembros en caso de incumplimiento, especialmente cuando se trata de la imposición de multas y la aplicación de la cláusula penal. De acuerdo con la lógica de la norma, las sumas correspondientes podrían ser divididas, lo que resulta contrario a los principios de la solidaridad.

La falta de claridad del texto legal podría dar lugar a la siguiente interpretación, que, aunque resulta a su vez discutible, constituye una alternativa para justificar la distinción establecida entre las dos figuras jurídicas:

1. En relación con las consecuencias económicas del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta, operaría de plano la solidaridad, tanto en el caso de los consorcios como de las uniones temporales, es decir que por incumplimiento de tales obligaciones responderían en ambos casos todos y cada uno de los miembros.

2. En cuanto a las sanciones no económicas —las que consisten por ejemplo en inhabilidades contractuales—, en el caso del consorcio, de haber incumplimiento, el miembro cumplido, para no ser objeto de tales sanciones, se vería obligado a acometer todas las actividades tendientes a continuar con la ejecución total del contrato.

Por el contrario, en lo que se refiere a la unión temporal, el miembro cumplido, para no ser sancionado, debería cumplir las obligaciones derivadas del contrato en la parte que le corresponda, de acuerdo con la indicación que se haga en la oferta.

En ambos casos, por tratarse de sanciones no económicas, se trata de asegurar la aplicación de un criterio subjetivo de responsabilidad, pues si estas sanciones se impusieran directamente al miembro cumplido, se estaría acogiendo un criterio de responsabilidad objetiva, que en este campo no tiene sustento constitucional.

Ahora bien, dadas las dificultades que ofrece la interpretación de la norma, se considera conveniente su modificación, a fin de facilitar la operación de las nuevas figuras en el ámbito de la contratación estatal y promover la utilización, de manera generalizada, de estos instrumentos de colaboración entre capitales

²⁰ *Ibid.*, p. 102.

²¹ ESCOBAR GIL, *Op. cit.*, p. 136.

diversos, para el logro de los objetivos propuestos y en beneficio de los intereses estatales.

VIII. SOCIEDADES DE ÚNICO OBJETO Y PROMESA DE SOCIEDAD

AUNQUE ESTAS FIGURAS constituyen alternativas novedosas que pueden utilizarse por los particulares en materia de contratación administrativa, su interés es secundario en el contexto de este ensayo, ya que no son formas atípicas de asociación entre empresas, sino figuras reguladas en forma específica por la legislación vigente.

La sociedad de objeto único, prevista en el párrafo 3º del artículo 7º de la Ley 80 de 1993 transcrito, puede asumir cualquiera de las modalidades establecidas en la ley, constituyendo su único objeto social la presentación de una propuesta y la celebración y ejecución de un contrato estatal. La norma dispone que le son aplicables, en cuanto a su responsabilidad y sus efectos, las disposiciones contenidas en la misma ley para los consorcios. Esto último implica la consagración de un régimen *sui generis* que podría ofrecer algunas dificultades en la práctica.

En efecto, la aplicación del régimen de responsabilidad previsto para los consorcios puede dar lugar a la modificación de las normas civiles y mercantiles que regulan los diferentes tipos societarios, en la medida en que la Ley 80 de 1993 supone la existencia de una responsabilidad solidaria entre los miembros del consorcio y, por lo tanto, entre los socios de la sociedad de objeto único, como si se tratara de una sociedad de hecho. Además, la persona jurídica conformada para la presentación de la propuesta y la celebración y ejecución del contrato responderá también por el total, junto con las personas naturales o jurídicas que la conforman. Sin duda, en estos términos, la sociedad de objeto único se presenta como una alternativa poco tentadora para los posibles proponentes.

En todo caso, el azar que supone la participación en una licitación o un concurso públicos explica que esta figura no haya sido muy utilizada, ya que si la sociedad no resulta adjudicataria del contrato su objeto desaparece. Además, como lo advierte Escobar Gil, la dificultad que tiene una persona jurídica recién constituida para acreditar experiencia, capacidad técnica y solvencia económica y financiera, limita sus posibilidades de competitividad en cualquier proceso licitatorio²².

La promesa de sociedad, por último, está regulada en el artículo 32, párrafo 2º, inciso quinto, de la misma Ley 80 de 1993, en la siguiente forma:

«Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados a este párrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal».

Así, a la propuesta se anexa un documento de intención, que consiste en una promesa de contrato de sociedad, que deberá contener todas las cláusulas de dicho contrato (art. 110 C. de Co.) e indicar la correspondiente condición

²² *Ibid.*, pp. 140 y 141.

suspensiva: la adjudicación del contrato. Antes de la constitución de la sociedad, los proponentes responden solidaria e ilimitadamente frente a terceros (art. 19 C. de Co.).

Esta figura resulta más llamativa que la anterior, ya que no supone el cumplimiento de las formalidades y requisitos propios de la constitución de una sociedad para la presentación de la oferta. Su utilización da lugar, además, al desarrollo de procedimientos muy particulares. En efecto, como lo dijimos, la propuesta es presentada por un grupo de personas que aún no se ha unido para constituir una nueva persona jurídica. El contrato de sociedad prometido sólo se perfeccionará ocurrida la condición suspensiva prevista en el negocio preparatorio, cual es la adjudicación del contrato, de tal manera que éste se celebra con la sociedad que se constituye, pero dicha adjudicación se realiza en favor de los proponentes individuales que han presentado la propuesta conjunta.

