

Ref.: Informe de Disertación
Andrea Katherine Becerra Falconí

Quito DM, 30 de Enero de 2019

Señor Doctor
Efren Guerrero
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Presente.-

Señor Decano:

En relación al encargo de dirigir la disertación de la señorita ANDREA KATHERINE BECERRA FALCONÍ titulada *“LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN EMPRESARIAL CONTEMPORÁNEOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO”*, me permito indicar a Usted lo siguiente:

- 1) El trabajo ha sido dividido en 3 capítulos. El primer capítulo analiza el actual modelo económico reconocido en la Constitución del Ecuador, como base del desarrollo de las libertades económicas que permiten la celebración de los contratos asociativos. Dentro de las libertades se aborda principalmente, a la libertad de empresa, de contratación y de asociación empresarial. También se aborda el nivel de libertad económica que existe en nuestro país.
- 2) El segundo capítulo establece la naturaleza jurídica y el objeto de los contratos asociativos con el fin de determinar sus elementos esenciales para que no sean confundidos con otras formas societarias; por lo cual, se estudia los siguientes puntos: personalidad jurídica, órgano de gobierno, administración, responsabilidad frente a terceros, los aportes, la titularidad de los bienes que forman parte del fondo común operativo; y, por último, se analiza la vigilancia y control que desempeñan entidades del Estado a las asociaciones empresariales como las formalidades a las que están sujetas en ciertos casos por disposición legal.
- 3) El tercer capítulo revisa las distintas clases de contratos asociativos con sus principales características, estos son, el contrato de joint venture, consorcio empresarial, sociedad de hecho y asociación o cuentas en participación; para así establecer las diferencias sustanciales, entre ellos. También, se analiza las limitaciones que tienen los miembros al momento de la celebración del contrato, las ventajas que presentan estos contratos y la manera más adecuada para su aprovechamiento en el Ecuador. Por último, se establecen a las conclusiones que se han llegado con la culminación del presente trabajo de disertación.
- 4) Las conclusiones corresponden a lo analizado en el cuerpo de la tesis.
- 5) En lo formal, las citas son consistentes y permiten ser verificadas.





- 6) Cualitativamente, la disertación reúne el estándar de calidad requerido para un trabajo de titulación de pregrado, por lo que se le atribuye una nota de 10/10.
- 7) Certifico que la estudiante ha completado al menos 200 (doscientas) horas de trabajo en el desarrollo de la disertación según lo establece el artículo 21 del Reglamento de Régimen Académico.
- 8) Según la herramienta anti plagio URKUND se constata que el trabajo de titulación se encuentra dentro de los límites permitidos de similitud.

Por estos motivos, considero que la disertación ha sido terminada bajo las normas exigidas por la Universidad y puede proseguirse el trámite pertinente para su defensa.

Por su gentil atención a la presente le anticipo mis agradecimientos.

Atentamente,

Ab. Gonzalo Lascano Báez
Director de Disertación
Docente

30 ENE 2019



Quito, 18 de enero de 2019

Señor Doctor
Efrén Guerrero Salgado
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.
Ciudad.-

Estimado señor Decano:

Respecto de la disertación intitulada "LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN EMPRESARIAL CONTEMPORÁNEOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO", cuya autora es la señorita Andrea Katherine Becerra Falconí, expreso:

Con agradable sorpresa sigo recibiendo nuevos trabajos con una amplia visión del derecho, más allá de nuestras fronteras.

Los contratos de asociación empresarial están revolucionando el mundo de los negocios, por su versatilidad, puesto que ante todo se fundamentan en la autonomía de la voluntad, ya que son atípicos y por ende, no se encuentran regulados.

Por esta y muchas otras razones es que el claustro jurídico espera con ansias conocer el nuevo Código de Comercio, que se espera revolucione el espectro mercantil después de cerca de sesenta años de vigencia del actual.

En los países en que esta clase de contratos han dinamizado la economía, los factores fundamentales para lograrlo, han sido la buena fe, la ética, el cumplimiento, en fin la verticalidad con la que han procedido las partes, conjugadas con métodos de solución de conflictos ágiles, que han incluido arbitrajes serios, por parte de árbitros confiables, cuyas resoluciones han satisfecho las expectativas de las partes.

En lo personal, no he tenido muy buenas experiencias con la asociación o cuentas en participación, aunque no asociaciones empresariales como las propuestas, por la falta de seriedad de las partes, pero confío que los ecuatorianos vayamos modificando nuestra manera de proceder en aras a propulsar el desarrollo del país, en base a la iniciativa privada.

Por lo expuesto, califico la disertación con la nota de 9 sobre 10.

Muy atentamente,


Dr. Roque Albuja Izurieta.

18 FEB 2019

ANTONIO QUEVEDO (1900 - 1987)
ALEJANDRO PONCE Y CARBO (1918 - 1988)
JUAN M. QUEVEDO (1931 - 2018)
ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ
ALFREDO GALLEGOS BANDERAS
SANTIAGO GUARDERAS IZQUIERDO
ERNESTO GUARDERAS IZQUIERDO
LUIS PONCE PALACIOS
MONSERRAT BARRENO BRAVO
MARÍA DANIELA ROMÁN AGUINAGA
CRISTINA PONCE VILLACÍS
SANTIAGO PONCE ROSE
GALO TERÁN VARELA
RAFAEL PASTOR VÉLEZ

QUEVEDO & PONCE

ESTUDIO JURIDICO
FUNDADO EN 1941

OFICINA PRINCIPAL
TORRE 1492 AV. 12 DE OCTUBRE Y LINCOLN 16TO. PISO
APARTADO: 17-01-600
TELÉFONOS: 593 2 2986-570
FAX: 593 2 2986 580

QUITO - ECUADOR

Web: www.quevedoponce.com
Correo E.: quepon@quevedo-ponce.com

GUAYAQUIL: CALLE NUMA POMPILIO LUONA
PUERTO SANTA ANA, CIUDAD DEL RIO
EDIFICIO THE POINTE, PISO 3TO. OF. 503
TELÉFONO: 593 4 4632 290
CELULAR: 0999 348 676
CORREO E.: quepongya@quevedo-ponce.com
CUENCA: AV. FLORINCA AVILA
Y ALFONSO CORDERO
EDIF. CÁMARA DE INDUSTRIAS PISO 3 OF. 303
TELÉFONO: 593 7 4218 100
CORREO E.: santiago.poncea@quevedo-ponce.com
CUMBAYA: BERNABÉ LOMATO S23-49
MIRAVALLI, CUMBAYA
TELÉFONOS: 593 2 2897 567
CORREO E.: poncev.alejandra@quevedo-ponce.net
TULCÁN: SUITE N° 48 015
Y 9 DE OCTUBRE PISO 1
TELÉFONO: 593 6 2984 220
CORREO E.: galo.terana@quevedo-ponce.com

Quito, 25 de febrero de 2019

Doctor
Freddy Proaño
Secretario de la Facultad de Jurisprudencia
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
Presente

Estimado doctor Proaño:

En mi calidad de profesor lector de la disertación previa a la obtención del título de abogacía, intitulada: **"LOS CONTRATOS DE ASOCIACIÓN EMPRESARIAL CONTEMPORÁNEOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO"**, elaborada por la señorita **ANDREA KATHERINE BECERRA FALCONÍ**, luego de la lectura y revisión de la misma, me permito informar lo siguiente:

El tema se encuentra abordado en forma ordenada, con análisis normativo adecuado y con abundantes citas doctrinarias y suficientes citas jurisprudenciales. El problema jurídico investigado resulta ser de interés jurídico actual e involucra el análisis y estudio de los principales contratos de asociación empresarial que se dan en nuestro país.

El trabajo realizado demuestra un buen esfuerzo de la alumna para recopilar información sobre los contratos analizados. El tema se encuentra desarrollado en tres capítulos, los dos primeros abordan el entorno jurídico de los contratos de asociación en nuestro país y las características de los mismos, y el último analiza cada uno de los contratos y sus particularidades. No obstante, quedan ciertas dudas que serán debatidas con la alumna en su defensa.

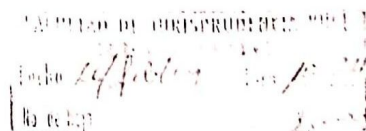
Existen errores sintácticos y ortográficos, defectos que no desvirtúan el análisis de fondo del tema desarrollado.

En virtud de lo expuesto, emito mi informe favorable sobre esta tesina y la apruebo con la calificación de nueve sobre diez puntos (9/10).

Muy atentamente,


Dr. Ernesto Guarderas Izquierdo

EGI/aj



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

**“Los contratos de asociación empresarial contemporáneos en el sistema jurídico
ecuatoriano”**

BECERRA FALCONÍ ANDREA KATHERINE

DIRECTOR: DR. GONZALO LASCANO BÁEZ

QUITO, 2019

A mi familia.

Sobre todo a mis padres Marco y Consuelo; a mis hermanos Dayana y Alejandro por ser mi fortaleza y apoyo incondicional.

A mi tío Rolando por ser mi ejemplo.

RESUMEN

Los constantes cambios productivos y tecnológicos han provocado que las empresas busquen alternativas para potenciar su actividad económica a través de la reducción de costes de producción que los coloque en una situación de ventaja frente a otros competidores, sin que ello implique la constitución de una nueva sociedad ni la pérdida de su autonomía económica e independencia jurídica dentro del mercado. En respuesta a este fenómeno surgen los contratos de asociación empresarial como una herramienta útil para el desarrollo de distintas actividades económicas, a partir de la unión de recursos o conocimientos de varias empresas que tienen un objetivo común. Es por ello, que la presente disertación busca determinar cuál es la situación jurídica actual de los contratos de asociación empresarial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde el análisis del modelo económico y derechos económicos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, con la finalidad de justificar su existencia y el medio en que se desarrollan; del mismo modo, en base a las libertades económicas de empresa, de contratación y de asociación se pretende identificar la naturaleza jurídica, el objeto, las clases y las características principales de los contratos asociativos, que lo distinguen de las figuras jurídicas mercantiles tradicionales, principalmente de las sociedades y la fusión de empresas que provoca que se pierda su esencia. Además, en el presente trabajo se establecen las ventajas y limitaciones de constituir cooperaciones empresariales en el Ecuador.

ABSTRACT

The constant changes in production and technology have caused companies to seek alternatives to boost their economic activity through the reduction of production costs that place them in a position of advantage over other competitors, without this implying the constitution of a new company nor the loss of its economic autonomy and legal independence within the market. In response to this phenomenon, the business association contracts emerge as a useful tool for the development of different economic activities, based on the union of resources or knowledge of several companies that have a common objective. Therefore, this dissertation seeks to determine the current legal status of business association contracts in the Ecuadorian legal system, based on the analysis of the economic model and the economic rights recognized in the Constitution of the Republic of Ecuador of 2008, with the purpose of justifying their existence and the environment in which they are developed. In the same way, founded on the economic freedoms: business, contractual and association freedom seeks to identify the legal nature, the object, the classes and the main characteristics of the associative contracts, which distinguish it from traditional commercial legal entities, mainly of the societies and the company merger that cause that its essence is lost. Furthermore, this paper establishes the advantages and limitations of constituting business cooperation in Ecuador.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCION..... VII

CAPÍTULO I. Entorno jurídico de los contratos de asociación empresarial contemporáneos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano..... 1

- 1.1. Definición. Contratos de asociación empresarial..... 1
- 1.2. Desarrollo de los contratos de asociación empresarial dentro del actual modelo económico ecuatoriano..... 3
- 1.3. Derechos constitucionales económicos que justificación la celebración de los contratos de asociación empresarial..... 7
 - 1.3.1. Libertad de empresa..... 9
 - 1.3.2. Libertad de contratación empresarial..... 15
 - 1.3.3. Libertad de asociación empresarial..... 20
- 1.4. Libertad económica en el Ecuador..... 22

CAPÍTULO II. Revisión de los principales contratos de asociación empresarial y sus particularidades..... 31

- 2.1. Naturaleza jurídica de los contratos de asociación empresarial..... 31
- 2.2. Objeto de los contratos de asociación empresarial..... 38
- 2.3. Generalidades de los contratos de asociación empresarial..... 40
 - 2.3.1. Autonomía de las partes e inexistencia de personalidad jurídica..... 43
 - 2.3.2. Administración y operación..... 47
 - 2.3.3. Reglas de gobierno y toma de decisiones..... 49
 - 2.3.4. Responsabilidad frente a terceros..... 53
 - 2.3.5. Fondo común operativo..... 58
 - 2.3.5.1. Titularidad de los bienes aportados..... 59
 - 2.3.5.2. Bienes aportados..... 60
 - 2.3.6. Liquidación de los contratos de asociación empresarial..... 63
 - 2.3.7. Vigilancia y control entes reguladores..... 65
 - 2.3.7.1. Superintendencia de Compañías Valores y Seguros..... 65
 - 2.3.7.2. Sistema Nacional de Contratación Pública..... 67
 - 2.3.7.3. Régimen Tributario..... 69

CAPITULO III. Aplicabilidad específica de los contratos de asociación empresarial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	72
3.1. Joint Venture.....	72
3.2. Asociación o cuentas en participación.....	77
3.3. Consorcio.....	81
3.4. Sociedad de hecho.....	84
3.5. Diferencias sustanciales de los contratos de asociación empresarial.....	86
3.6. Limitaciones del contrato de asociación empresarial.....	89
3.6.1. Conductas restrictivas a la competencia.....	90
3.6.2. Transparencia en la negociación.....	94
3.7. Optimización y aprovechamiento de la aplicabilidad de los contratos de asociación empresarial.....	94
3.7.1. Reducción de costos.....	95
3.7.2. Adquisición de conocimientos y aprendizajes.....	96
3.7.3. Mejora de la competitividad.....	97
3.7.4. Potenciamiento de las economías.....	98
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	100
Bibliografía.....	105

INTRODUCCION

La presente disertación analiza la situación jurídica de los contratos de asociación empresarial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, desde el modelo económico y derechos constitucionales reconocidas actualmente en la Constitución de la República del Ecuador 2008, hasta las disposiciones legales que regulan las asociaciones sin personalidad jurídica¹; con la finalidad de establecer las opciones que tienen las empresas al constituir una cooperación empresarial distinta a las sociedades mercantiles típicas. Además, se busca resaltar su importancia al ser una herramienta útil en las relaciones jurídico-comerciales que promueven el desarrollo económico en el país.

Hoy en día, con el creciente desarrollo de técnicas productivas y tecnológicas las empresas se ven en la necesidad de buscar diversas formas para mantenerse dentro de un mercado cada vez más competitivo; es así como, los nuevos fenómenos económicos demandan la posibilidad de formar asociaciones sin tener que recurrir a las sociedades típicas ni perder su autonomía en el mercado. Como respuesta a esto, surgen los denominados contratos de colaboración que pueden manifestarse de distintas maneras, una de ellas como explica Etcheverry (2005) es la forma asociativa que son aquellos contratos por los cuales dos o más empresas deciden unir esfuerzos con un objetivo común, en un plazo determinado sin constituir una nueva sociedad con personalidad jurídica y patrimonio propio distinto a la de sus miembros; lo cual permite a las empresas miembro conservar su independencia jurídica y autonomía económica; y, les da la posibilidad de poder seguir desempeñando sus actividades habituales en el mercado e incluso competir en el mercado entre ellas, siempre y cuando, no realicen la actividad por la cual se asociaron en concordancia al principio de no concurrencia.

Los contratos de asociación empresarial presentan características que los convierten en una herramienta muy útil para el desempeño de actividades, en su mayoría, de gran magnitud que resultan difíciles de llevar a cabo por una sola empresa; porque al unir recursos, conocimientos técnicos e industriales sobre una materia determinada, talento humano y tecnología; permite a los miembros reducir costos del proceso productivo del

¹ Tales como, el reconocimiento de estas figuras jurídicas en el régimen tributario ecuatoriano; en materia de contratación pública y el control y vigilancia que ejerce la Superintendencia de Compañías sobre las asociaciones o consorcio.

proyecto y obtener ciertas ventajas como mejorar su competitividad frente a otras empresas, adquirir conocimientos y alcanzar una economía de escala.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a pesar de la utilidad de esta figura jurídica no se ha desarrollado con exactitud normativa que establezca su correcta aplicación lo cual puede generar confusiones con otras figuras jurídicas, tales como las fusiones de empresas o con las sociedades mercantiles dotadas de personalidad jurídica, lo que provoca que se distorsione totalmente la esencia de los contratos asociativos; por lo cual, la presente disertación busca responder este problema jurídico, a través de establecer cuál es la situación jurídica actual de los contratos de asociación empresarial en el Ecuador.

Uno de las principales libertades de las personas es dirigir una empresa sin una excesiva ni indebida interferencia del Estado, en este sentido otro de los problemas que se presenta es la excesiva regulación que en la mayoría de casos actúa como limitantes al libre desarrollo de actividades económicas, como se explica en Index of Economic Freedom (2019), varias de esas regulaciones obstaculizan la productividad y la inversión de las empresas en el mercado como aquellas que instauran largos procesos burocráticos que retrasan e impiden la realización de un proyecto o negocio. Por ello, entre menor sea la carga regulatoria la aplicación de la normativa será uniforme y transparente, lo que facilita la planificación empresarial.

Por esto, el objetivo principal es estudiar la situación jurídica actual de los contratos asociativos en nuestro ordenamiento jurídico; y en específico, analizar el entorno jurídico en el que se desempeñan, para así identificar sus elementos esenciales de acuerdo con su naturaleza jurídica; y, por último, se busca determinar sus clases y su aplicabilidad. Es por esto que, la presente disertación se compone por tres capítulos que tratan los distintos aspectos de los contratos asociativos.

El primer capítulo analiza el actual modelo económico reconocido en la Constitución del Ecuador, como base del desarrollo de las libertades económicas que permiten la celebración de los contratos asociativos. Dentro de las libertades se aborda principalmente, a la libertad de empresa, de contratación y de asociación empresarial. Como bien menciona la Corte Constitucional del Ecuador estas libertades son fundamentales para el debido desarrollo de la actividad económica, pues se garantiza el acceso a un mercado justo y el ejercicio de actividades económica. Como también, se

aborda el nivel de libertad económica que existe en nuestro país, según el estudio de los índices internacionales como The Heritage Foundation y Fraser Institute.

El segundo capítulo establece la naturaleza jurídica y el objeto de los contratos asociativos con el fin de determinar sus elementos esenciales para que no sean confundidos con otras formas societarias; por lo cual, se estudia los siguientes puntos: personalidad jurídica, órgano de gobierno, administración, responsabilidad frente a terceros, los aportes, la titularidad de los bienes que forman parte del fondo común operativo; y, por último, se analiza la vigilancia y control que desempeñan entidades del Estado a las asociaciones empresariales como las formalidades a las que están sujetas en ciertos casos por disposición legal.

El tercer capítulo revisa las distintas clases de contratos asociativos con sus principales características, estos son, el contrato de joint venture, consorcio empresarial, sociedad de hecho y asociación o cuentas en participación; para así establecer las diferencias sustanciales, entre ellos. También, se analiza las limitaciones que tienen los miembros al momento de la celebración del contrato, las ventajas que presentan estos contratos y la manera más adecuada para su aprovechamiento en el Ecuador. Por último, se establecen a las conclusiones que se han llegado con la culminación del presente trabajo de disertación.

CAPITULO I. Entorno jurídico de los contratos de asociación empresarial contemporáneos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano

1.1. Definición de los contratos de asociación empresarial

Al hablar de relaciones contractuales comerciales o empresariales, se hace referencia al carácter evolutivo del derecho mercantil que no se muestra únicamente en la creación de nuevas formas contractuales, sino en la restauración de los contratos conocidos para su incorporación a las distintas necesidades. Es preciso señalar que el surgimiento de este sistema evolutivo proviene de las libertades económicas presentes en cada país, pues de ellos nacen ideas nuevas para que el manejo de los recursos sea más productivo, por lo que la economía de los países en desarrollo debe adaptarse a las nuevas estructuras contractuales para cubrir con las nuevas exigencias del mercado (Díaz, 2017).

Actualmente, como menciona Oviedo (2010), los usos y costumbres de la *lex mercatoria*² continúan generando cambios en el derecho mercantil, creando alternativas para solucionar los conflictos que se presenten al momento de establecer que ley es aplicable a un contrato o negocio en particular que por su naturaleza no este regulado en el ordenamiento jurídico de un Estado. El uso de un orden jurídico distinto al establecido en el derecho de cada Estado al que se hace referencia, según Rojas (2013) “busca la transformación sistematizada de la ciencia jurídica a la par del avance en los negocios y relaciones internacionales, estimulando el avance del comercio internacional” (p.35). En consecuencia se da mayor importancia a la autonomía de la voluntad de las partes al momento de la celebración de un contrato en el ámbito comercial.

Los contratos viven constantemente un proceso de modernización y adaptación a las nuevas realidades socioeconómicas, no solo la globalización incide en la conformación de un sistema contractual que cubra con todas las exigencias actuales, sino también la

² La *lex mercatoria* se concibe como el conjunto de reglas consuetudinarias que provienen de diferentes fuentes y especialmente de las actividades que se realizan en el comercio. En un principio la *lex mercatoria* según Rojas (2013), fue conocida como el derecho de los mercaderes en tanto se regulaban las relaciones entre ellos, es decir sus derechos y obligaciones.

necesidad de responder a las distintas realidades de la actividad económica. (Oviedo, 2010). Por lo que, se ha impulsado la celebración de contratos que promuevan distintas actividades comerciales, con la finalidad de satisfacer las exigencias de los empresarios y mejorar su competitividad; además, si bien estas figuras contractuales no son reguladas por el ordenamiento jurídico no se prohíbe su realización, siempre y cuando, no contravengan la ley, el orden público y las buenas costumbres (Gómez, 2010).

Ahora bien, a partir de la segunda mitad del siglo XX³, como menciona Peña (2014), la economía que hasta la época se veía reflejada en actividades informales, transitorias buscan nuevas alternativas para generar mayores ingresos con reducción de costos, a través de la unión de asociaciones empresariales temporales que realicen las mismas o diferentes actividades económicas para facilitar la realización de un proyecto o negocio, sin la necesidad de recurrir a la constitución de una sociedad nueva que limite o disminuya la autonomía de las empresas. En consecuencia, surgen las figuras contractuales de colaboración empresarial con el objetivo de ejecutar una actividad en común que implique la unión de esfuerzos entre varias empresas, entre ellas: “la realización de exportaciones conjuntas, las participación en licitaciones nacionales e internacionales, la reducción de costos, la distribución del riesgo de operaciones y la adquisición de nuevos beneficios técnicos y de mercado” (Peña, 2012, 139).

Los contratos de asociación empresarial surgen ante las nuevas realidades mercantiles, apertura de mercados, el constante desarrollo de tecnología que facilitan las transacciones de bienes y servicios, y la agilidad del transporte de mercadería por los distintos medios que hoy en día se conocen. Se han señalado varios elementos del contrato de asociación empresarial, como analiza Oviedo (2010), son el consenso entre las partes, independencia de vínculos, obligaciones diversas, identificación precisa del fin y objeto del contrato, tiempo de ejecución. Además, surgen como una alternativa para la ejecución de un proyecto en común, a través de la búsqueda de compartir el riesgo en el desarrollo de la actividad económica, asumiendo conjuntamente tanto las utilidades como pérdidas, sin la necesidad de constituir una nueva persona jurídica.

³ A partir de la segunda mitad del XX, finalizada la segunda guerra mundial, principalmente surgen cambios políticos-económicos impuestos por el sistema capitalista con el predominio del mercado en lo económico, la libertad de comercio y la mínima intervención estatal

A modo de conclusión, los contratos de asociación empresarial pueden definirse como aquellos contratos atípicos en el que dos o más empresas unen esfuerzos de manera temporal para la realización de un objetivo común, sin que ello conlleve la creación de una persona jurídica distinta a las partes, quienes conservan total independencia y autonomía jurídica como económica; además, la celebración de los contratos asociativos mejora la competitividad de las empresas asociadas en el mercado frente a otros competidores que realicen la misma actividad, ya que en la mayoría de los casos los proyectos o negocios que se desarrollan a través de estos contratos requieren de una gran capacidad de recursos o conocimientos que para una sola empresa resultaría difícil de llevar a cabo.

1.2.Desarrollo de los contratos de asociación empresarial dentro del actual modelo económico ecuatoriano

Para comprender el entorno jurídico de los contratos de asociación empresarial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es necesario conocer cuál es el modelo económico actual del país, su desarrollo, importancia y limitaciones dentro del mercado, ya que al ser contratos meramente mercantiles su aplicación dependerá del manejo de la normativa como de las libertades destinadas a regular la actividad económica.

Actualmente, para Díaz (2017), las sociedades se encuentran en una constante evolución gracias a los avances tecnológicos y nuevos procesos económicos que generan la creación de nuevas relaciones jurídicas, entre ellas contractuales, que faciliten el comercio entre los actores económicos para así poder satisfacer las necesidades de los particulares como de la sociedad en general. Por ende, un factor indispensable en el desarrollo de la sociedad es la economía, la cual está relacionada con la actividad individual y social de las personas, fundamentalmente, encargada de alcanzar un fin determinado como el de maximizar la producción de riqueza a fin de promover el bienestar general (Farina, 1999).

En las legislaciones se enfatiza en el reconocimiento y protección de los derechos económicos, los cuales generan un Estado activo que regula, fomenta y asume procesos económicos, esencialmente, orientados al cumplimiento de objetivos sociales y políticos constitucionalmente predefinidos (Grijalva, 2013). En consecuencia, se han originado las

denominadas constituciones económicas “como subsistemas del propio sistema constitucional que establece y consagra las normas fundamentales a las que debe acomodarse la ordenación de la actividad económica” (Correa, 2009, 82). Es decir, se genera una relación interdependiente entre economía y derecho.

El concepto de Constitución económica es mucho más notoria en nuestra época, por lo cual se ha llegado a estimar que es una necesidad, una garantía o un requerimiento si se quiere técnico de las constituciones, en tanto el orden económico exige una definición cierta de quién tiene el poder de configuración de la actividad económica, dentro de qué límites puede configurarse y de qué forma se configura (Correa, 2009, 86).

La Constitución ecuatoriana forma parte de las denominadas constituciones económicas, pues en ella se establece el régimen, sectores, libertades y límites que configuran la actividad económica; la Constitución ecuatoriana define al régimen económico como el sistema de instituciones que organizan los procesos de producción, distribución, circulación y consumo, manteniendo el equilibrio con la generación de las condiciones materiales para el sustento de todos, en armonía con las comunidades y la naturaleza, garantizando el efectivo goce de los derechos económicos reconocidos en ella; con el propósito de promover una relación dinámica entre el Estado, la sociedad y el mercado (CRE, 2008). En este sentido, como analiza Jara (2013), el actual modelo económico busca construir una economía con un mercado mucho más incluyente, subordinándose al bienestar común.

En nuestro país, el sistema económico se rige bajo los principios de solidaridad y planificación social que buscan contribuir a la construcción del Buen Vivir y la debida efectivización de los derechos, a través del Plan Nacional para el Buen Vivir 2017-2021⁴ que impulsa la productividad y competitividad para el crecimiento económico sustentable de manera redistributiva y solidaria que fomente el bienestar social, como afirma Grijalva (2013), “El sistema de Planificación y el Plan Nacional de Desarrollo establecen los objetivos de la política económica que son a la vez los medios para el fin último que es el establecimiento de un sistema económico social y solidario” (p. 90). En tal sentido, el sistema económico está integrado por las formas de organización pública, privada, mixta,

⁴ Objetivo 5: Impulsar la productividad y competitividad para el crecimiento económico sustentable de manera redistributiva y solidaria

popular y solidaria,⁵ que incluye a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios (CRE, 2008). Estos principios se basan en el denominado “Socialismo del siglo XXI” que tiene cierta predominancia en los países de Latinoamérica, para Fraser Institute (2018), la concepción de economía desde esta perspectiva resulta en gran medida como un limitante de las libertades económicas.

La economía social y solidaria no es una economía centralmente planificada o estatista, pues reconoce y apoya las formas de organización económica comunitaria gestadas en la sociedad, incluyendo la autogestión de los trabajadores; a pesar de que preserva la propiedad privada, garantiza la libertad de empresa y en general al sector privado de la economía, mantiene el mercado fuertemente regulado, (Grijalva, 2013, p.91).

El cambio al sistema económico social y solidario⁶ enfatiza en la participación de la economía popular reconociendo al sector financiero popular y solidario, a las micro, pequeñas y medianas unidades productivas un tratamiento preferencial por parte del Estado; además, se promueve la redistribución equitativa de los recursos y riquezas a través de políticas fiscales con la recaudación de tributos y subsidios; por lo que, las actividades económicas realizadas por los actores del mercado deben subordinarse a los principios constitucionales para garantizar la satisfacción de las distintas necesidades y la distribución de los beneficios adquiridos a la sociedad (CRE, 2008). En contraposición a los principios del sistema económico ecuatoriano, The Heritage Foundation (2019) y Fraser Institute (2018), critican la excesiva regulación del Estado y colocan a este punto como un limitante a la libertad económica, pues el nivel de desempeño de las empresas depende en gran medida de las libertades que se les otorgue para que su actividad tenga o no éxito en el mercado.

A pesar de que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se reconocen las libertades económicas, existe un choque entre su debida aplicación y el modelo económico que se rige bajo el principio social y solidario, pues resulta contradictorio con los objetivos propios de la economía que busca la acumulación de capital a partir de decisiones no

⁵ Constitución del Ecuador de 2008, art. 283 inciso segundo.

⁶ Constitución de 2008, art. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: 2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.

sociales sino individuales con un enfoque en la maximización de valores (Latouche, 2003). Además, en la Constitución de 2008 a diferencia de anteriores constituciones⁷, el sector privado en el mercado pierde centralidad en el sistema económico y pasa a ser complementario; mientras que el Estado pasa a cumplir un papel primordial en la actuación económica, ya que se encarga de “la planificación para orientar la actividad productiva de sector público y privado, el fortalecimiento del papel empresarial del Estado; y, la posibilidad de intervenir directamente en transacciones privadas cuando así lo considere necesario” (Jara, 2013, 206).

El sistema económico en su conjunto es definido como de economía social y mixta, ello implica que la participación en la producción debe llevarse a cabo no solo mediante el sector público o las formas cooperativas de organización productiva, sino además con la concurrencia de los sectores privados de la economía (Grijalva, 2013, p.87).

El modelo económico ecuatoriano está orientado a la búsqueda de alternativas para construir un sistema que se adapte a las necesidades de la sociedad a través de la participación social y solidaria de todos los agentes económicos, como explica Jara (2013), esto produce una fuerte presencia del Estado como órgano regulador de las actividades económicas del mercado para lograr los objetivos sociales; como consecuencia la actividad económica que realizan las empresas tienen varias limitaciones, ya que entre mayor control estatal menor será el nivel de libertad para que se pueda emprender en una actividad económica que fomente la inversión en el país.

En conclusión, el actual modelo económico ecuatoriano se basa en el principio social y solidario que tiene como finalidad crear una economía más incluyente, en la cual el Estado tiene la obligación promover políticas económicas orientadas a la consecución de estos principios. Sin embargo, el debido desempeño de las libertades económicas se contraponen a una excesiva regulación y control del Estado, sobre todo al momento de emprender una actividad económica ya que la indebida intervención estatal reduce las posibilidades de inversión en cuanto se instauran procesos que retrasan e impiden un efectivo desarrollo de cualquier actividad. La regulación estatal debe estar direccionada al control y vigilancia de actos societarios de toma de decisiones que afecten a la competencia como

⁷ Las anteriores constituciones a las de 2008 se basaban en el fortalecimiento del mercado como institución central de la economía y la reducción y restricción del Estado regulador y orientador del mercado y sector privado de forma que uno y otro cumplan con sus objetivos sociales (Grijalva, 2013, 84).

la fijación de precios, pues su aplicación uniforme y transparente no produce un entorno empresarial impredecible.

1.3. Derechos constitucionales económicos que justifican la celebración de los contratos de asociación empresarial

Una vez analizado el modelo económico ecuatoriano, es necesario precisar cuáles son los derechos económicos reconocidos en la Constitución de la República de 2008, que tienen relación con las libertades económicas que permiten la celebración de los contratos de asociación empresarial; entre ellos se encuentran los derechos de libertad de empresa, de asociación y de contratación; derechos que permiten el surgimiento de nuevas relaciones económicas entre empresarios. La Corte Constitucional ecuatoriana, sostiene:

Es así como, tanto la libertad de contratación y de empresa son el reflejo de la libre competencia establecida por la existencia de varias empresas que pueden dedicarse a una misma actividad, para lo cual se les garantiza la no discriminación a través de la igualdad formal y material, es decir, se las equipara en un mismo rango ante la ley, con derechos y obligaciones semejantes entre sí para con el Estado (CC-EP-171-14-SEP-CC, 2014).

En Ecuador se reconocen los derechos económicos, sociales y culturales como integrales e independientes, estos derechos buscan garantizar necesidades y libertades básicas con el fin de proteger a los ciudadanos; estableciendo límites y obligaciones a la actuación del Estado para la construcción de justicia económica, el bienestar social, la participación e igualdad (PIDESC, 1976). Asimismo, se debe considerar que, “los derechos económicos dan posiciones jurídicas diferentes en cuanto a cierta propensión derivada del objeto específico que protegen y de la implicación individual o social que se desprende de su ejercicio en cada caso” (Correa, 2009, p.75).

Los derechos económicos son de naturaleza socioeconómica diferenciándose de los derechos humanos que están vinculados con la dignidad humana y justicia social. Asimismo, los derechos humanos son inherentes a todas las personas y el Estado debe garantizar su protección y cumplimiento mientras que, en los derechos económicos el Estado actúa como garante para el desarrollo de los mismos. Por ende:

En términos generales, los Derechos económicos, sociales y culturales garantizan los derechos a la propiedad de los recursos, a la igualdad de disfrute de los DESC, a la salud, a la educación, al derecho al trabajo digno, y al goce de la cultura y del progreso científico. Y, a diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los DESC obligan a los Estados a realizar las inversiones y gastos necesarios para su provisión; así como, cuando corresponda, a establecer los instrumentos jurídicos apropiados para su implementación. De este modo, los DESC consagran el papel del Estado como provisor de bienes y servicios a los ciudadanos (Gonzalez, Espinosa y Acuña-Pazmiño, 2016, 28).

Las libertades económicas consagradas en la Constitución se relacionan con otros tipos de derechos que cumplen un papel fundamental en las relaciones jurídicas comerciales, tales como: el derecho de propiedad y derecho al trabajo; que introducen un gradualismo significativo en la garantía de los derechos individuales con respecto de los derechos económicos. En conclusión, es importante el tratamiento de los distintos derechos de naturaleza económica, pues brindan una mayor seguridad jurídica a las actividades o relaciones del sector económico que pueden generarse dentro de la sociedad, además garantiza un efectivo desarrollo económico con una mayor regulación; e incluso, facilita tener una directa o indirecta relación con el proceso económico.

El deber principal del Estado es garantizar que las libertades reconocidas por la Constitución no se eliminen ni se reduzcan por ningún medio, pues como indica el referido autor, el ejercicio de las libertades es garantizado específicamente por el principio de legalidad, en tal suerte, la única fuente jurídica que puede establecer límites a dicho ejercicio es la ley. El ámbito puntual en el que se concibe y protege como derechos de libertad, esta ordenado como parte de un conjunto de derechos, instituciones que integran precisamente la idea de la economía en la constitución.

No se trata entonces de un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores de la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales (Correa, 2009, pp. 91-92).

Los derechos de libertad consagrados en la Constitución se manifiestan de distintas maneras, para Correa (2009), en cuanto a su función se relaciona tanto con la esfera pública como privada del sujeto, en relación con la primera se desarrolla en el entorno social es decir, en armonía con la sociedad; y la segunda esfera, busca satisfacer las diferentes necesidades individuales de las personas; en cuanto a su objeto, se materializan

en la realización de actos jurídicos; y, finalmente, en cuanto a su eficacia jurídica, requiere la intervención de un tercero para su óptimo desarrollo.

En consecuencia, los derechos económicos consagrados en la Constitución ecuatoriana son de suma importancia en la creación de los contratos asociativos, pues son el respaldo de las empresas para formar agrupaciones con un fin común entre ellas; además, garantizan las libertades que gozan las empresas para constituir asociaciones según las condiciones actuales del comercio en cada país, lo cual incentiva a los miembros de las cooperaciones empresariales a desarrollar proyectos de gran escala que aumentan su productividad y generan mayor competitividad en el mercado.

1.3.1. Libertad de empresa

Con el fin de determinar el entorno jurídico de los contratos de asociación empresarial es preciso tratar sobre las libertades que intervienen en su desarrollo, ya que a través de ellas se podrán establecer las facultades que gozan los actores económicos para emprender en actividades económicas. En efecto, uno de los principales derechos es la libertad de empresa que permite iniciar y desarrollar actividades económicas cualquiera que sea la forma o el modo jurídico que se adopte para ello (Aragón, 1996). En Ecuador, este derecho se encuentra en el numeral 15 artículo 66 de la Constitución, el mismo que, reconoce el derecho a desarrollar libremente cualquier actividad de carácter económico ya sea de forma individual o colectiva.

La Constitución ecuatoriana reconoce la libertad de desarrollar cualquier actividad económica para fomentar la producción, inversión e intercambio de bienes y servicios con la finalidad de la obtención de un beneficio; por lo que, es considerado como uno de los derechos rectores de la actividad comercial y económica del país. Al ser un derecho de libertad garantiza a sus titulares actuar y tomar decisiones de acuerdo a sus propios intereses, además de la intervención mínima del Estado; como explica Correa (2009) “la libertad de empresa garantiza a los particulares un poder frente al Estado, que le impone la obligación de establecer las condiciones organizativas que aseguren el efectivo ejercicio del derecho” (p. 567). El carácter fundamental de la libertad es obligar al Estado a garantizar el ejercicio de la actividad económica de la manera menos reglamentada

posible, pues lo que se quiere es maximizar la libertad de los particulares para fomentar la producción, la inversión y la generación de recursos. (Paz-Ares, 2002).

La libertad de empresa respalda la elaboración de los contratos de asociación empresarial, debido a que las empresas pueden asociarse e iniciar actividades que generen beneficios económicos al momento de invertir su capital para el desarrollo de los objetivos establecidos en el contrato; a tal respecto la Corte Constitucional colombiana sostiene que el derecho a la libertad de empresa se configura bajo dos aspectos relacionados con la actuación económica: el inicial que es la capacidad de emprender una actividad; y, el instrumental se da a través de una organización económica típica (Corte Constitucional colombiana, C-524/95, D-920).

A pesar de que las libertades económicas son reconocidas en el ordenamiento jurídico su ejercicio es limitado, pues en el numeral 15 artículo 66 de la Constitución se determina que la aplicación del derecho de libertad de empresa se regirá a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental en conformidad con el régimen económico del país; Correa (2009), explica que este derecho a pesar de gozar de libertad de decisión y de contar con coordinación espontánea en la actividad que desempeña la empresa a través de los mecanismos del mercado; debe alinearse a las medidas económicas nacionales, es decir esta libertad tiene dos puntos de vista el subjetivo y el objetivo o institucional, la Corte Constitucional ecuatoriana identifica tanto la dimensión objetiva y subjetiva como uno de los aspectos más importantes para entender la naturaleza jurídica de esta libertad.

La dimensión objetiva de la libertad de empresa se entiende como el elemento que forma parte del ordenamiento político y económico del país, el cual se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico, principalmente, en la Constitución (Correa, 2009). Por lo que, este derecho es considerado como una pieza fundamental en el sistema económico, el cual no solo se centra en satisfacer el interés de los particulares sino también el interés general de la sociedad; se destaca de esta dimensión:

En primer lugar el acceso a la actividad (economía de mercado); en segundo lugar el ejercicio de las actividades económicas (libertad de gestión empresarial, con sujeción a la ley) y por último la irrupción o aparición del sector público en el mercado, desarrollando actividades empresariales (para los casos previstos en la Constitución) (005-12-SIN-CC-0017-10-IN).

La dimensión objetiva genera garantías a los ciudadanos para el desarrollo de la libertad de empresa, como menciona, Fernández (2015) la Constitución no convierte a los ciudadanos en empresarios libres, pero si les da el derecho a serlo, lo que garantiza es la convivencia entre el pleno goce del ejercicio del derecho de libertad y la intervención mínima del Estado que permita el desenvolvimiento independiente de los actores económicos, es decir si bien el carácter objetivo acepta la intervención estatal no significa que se aumente la posibilidad de regulación del derecho, sino más bien es un límite para el Estado, debido a que lo que se busca, principalmente es a la debida protección y garantía de la eficacia de la libertad en la actividad económica (Correa, 2009).

Por otro lado, la dimensión subjetiva reconoce poderes y facultades al titular para el ejercicio autónomo del derecho; la Corte Constitucional ecuatoriana explica que “se reconoce al empresario una libertad de decisión para crear empresas que puedan actuar en el mercado; establecer los propios objetivos de la empresa, dirigir y planificar su actividad en atención a los recursos y a las condiciones del propio mercado” (005-12-SIN-CC-0017-10-IN). Otorga al titular del derecho la libertad de actuar y decidir con quién, cómo, cuándo y por qué realizar una actividad económica exigiendo a la administración que se respeten sus decisiones, siempre y cuando, se sujeten a lo establecido por la ley. De tal manera, la libertad de decisión cumple un papel fundamental en el ejercicio del derecho, ya que concede independencia al titular para la creación de empresas o asociaciones entre sí, permite establecer objetivos propios enfocados a las condiciones del mercado y manejar, de acuerdo a ellos, la gestión de la empresa y de su personal (Martínez, 1997). Por tanto, la dimensión subjetiva otorga al individuo la libertad de ser parte del mercado y desarrollar actividades dentro de él.

Tanto la dimensión subjetiva y objetiva de la libertad de empresa se complementan, en tanto, la primera otorga facultades y poderes al titular de derecho para desarrollar su actividad de manera autónoma; la segunda reconoce y regula la libertad de empresa en el ordenamiento jurídico garantizando el efectivo goce del derecho. Por ende, la formación de los contratos de asociación empresarial está garantizado por las dos dimensiones de esta libertad, ya que las empresas pueden tomar decisiones, asociarse y plantear sus objetivos de acorde con sus necesidades y la actividad económica que quieran desempeñar. A partir de las dimensiones, como explica Pérez (2003), se pueden establecer las principales características y elementos del derecho de libertad de empresa:

1. La libertad de creación de empresas y de acceso al mercado, que supone la fundación de empresas con el acceso libre al mercado, expresado a través de la libertad de producción e inversión;
2. La libertad de organización del empresario frente a la libertad de elección en la formación de la empresa, en cuanto, a su constitución interna, nombre e identidad, la libertad de asociación; y,
3. La libertad de dirección de empresa que se configura como la libertad de ejercicio en el mercado, a través de la libertad de decisión (Pérez, 2003).

La libertad de empresa contiene varios derechos que facilitan y ayudan a su efectivo desempeño en las relaciones jurídico-económicas, como manifiesta Martínez (1997): 1) libertad en la creación de empresas; 2) derecho a la propiedad; 3) libertad en la dirección de la empresa, que comprende, entre otras cosas, el establecimiento de objetivos, la planificación y dirección de su actividad económica, como el establecimiento de la política laboral que se maneja acorde a sus objetivos; 4) derecho a la defensa de sus propios intereses en el ejercicio al derecho de libertad de asociación; y, 5) el derecho al beneficio. A tal respecto:

El reconocimiento de los particulares de una libertad de decisión no solo para crear empresas sino también para establecer los principales objetivos de la empresa, dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Siempre y cuando la actividad empresarial se ejerza en condiciones de igualdad pero también, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general (Correa, 2009, 376).

El derecho de libertad de empresa garantiza a los actores económicos la posibilidad de ingresar y permanecer en el mercado, la facultad de organizar y dirigir el negocio de acuerdo con los objetivos planteados, la libertad de asociación entre empresas; como también, al reconocer la libertad de emprender una actividad económica como el libre acceso al mercado, se garantiza al titular del derecho la posibilidad de finalizar con dicha actividad dentro del mercado cuando así se convenga, guardando relación con lo establecido por la ley; igualmente, el reconocimiento de estas libertades, otorga a las personas el derecho de decidir no ser parte del mercado (Correa, 2009).

Los derechos que integran la libertad de empresa son de gran relevancia en el ejercicio de la actividad económica, según The Heritage Foundation (2019), debe abarcar todas las libertades y derechos de producción, distribución o consumo de bienes y servicios, ya que la mejor forma de garantizar dicha libertad es proporcionar un derecho absoluto de propiedad; libertades de circulación de trabajo y capital; y una absoluta ausencia de coacción o restricción de la libertad de empresa más allá de las medidas necesarias estatales para la protección de la libertad misma y del interés general. En otras palabras, las personas dentro de una sociedad económicamente libre, deben gozar de autonomía para trabajar, producir, consumir e invertir de la forma que ellos escojan, siempre y cuando, sus actos se adecuen a la legislación.

El análisis de los elementos y características de la libertad de empresa permiten conocer cuáles son las facultades que gozan los titulares del derecho para desarrollar una actividad económica de acuerdo a sus intereses como también finalizar su actuación cuando así se crea necesario, lo cual, permite que las empresas celebren contratos de asociación empresarial que permita el desarrollo de un proyecto, a través de la asociación entre empresas sin la necesidad de constituir una nueva sociedad que conlleve la pérdida de autonomía jurídica y económica. Sin embargo, el ejercicio de la libertad de empresa no es un derecho absoluto debido a que tiene límites los cuales, como menciona Vera (2010), deben ser únicamente establecidos cuando: 1) Se base en una finalidad legítima, es decir, la propia norma constitucional establece los límites para el desarrollo del derecho; 2) Por protección a los demás derechos constitucionalmente reconocidos; y, 3) Limite la protección a otros bienes jurídicos protegidos. Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana sostiene:

Un derecho fundamental que el Estado ecuatoriano brinda a las personas es la libertad de ejercer cualquier actividad lícita dentro de los límites y regulaciones que el propio ordenamiento jurídico impone; de ahí que el límite para ejercer dicha libertad se encuentra dentro de la propia Constitución cuando establece en el artículo 83 numeral primero que: "Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente". (005-12-SIN-CC-0017-10-IN).

La libertad de empresa debe actuar en relación a los principios constitucionales de solidaridad y responsabilidad social y ambiental, sin embargo el problema de someter a la libertad de empresa bajo estos parámetros implica que la intervención estatal tenga un

rol principal y no subsidiario dentro del mercado con el fin de proteger el interés general coartando el libre desarrollo de la actividad económica.

Dentro de los límites que establece el sistema económico ecuatoriano se incluyen los objetivos de la política económica, como son: “asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional, incentivar la producción nacional, impulsar un consumo social y ambientalmente responsable” (CRE, 2008, art. 284); como también la protección a los demás derechos constitucionales⁸ reconocidos, especialmente, por: el derecho de competencia, el derecho de libertad de contratación y de asociación, los derechos de los trabajadores y el derecho a la propiedad privada. En consecuencia, las políticas económicas y los demás derechos constitucionales constituyen formas de actuar en el mercado, lo cual reduce la libertad de decisión e inversión de las empresas, un claro ejemplo de las limitaciones a la libertad de empresa que se instauraron con el actual modelo económico ecuatoriano es la afectación a una de sus principales características que es la maximización del valor de la empresa, pues coarta a los individuos a dirigir la empresa de acuerdo a sus necesidades con la indebida intervención del Estado. Como explica Mascareñas (2011), las empresas tienen la oportunidad de maximizar sus valores, es decir alcanzar niveles de ganancia mayores a los esperados según los planteamientos internos y de la libertad que tengan para tomar decisiones y mejorar su competitividad en el mercado.

En Ecuador, si bien el derecho de libertad de empresa es reconocido por la propia Constitución, no se puede hablar de una total independencia en su desarrollo, pues el sistema y las políticas económicas instauradas restringen la actividad del sector privado y favorecen la actuación del Estado como principal actor económico; por ejemplo, en el caso de los sectores estratégicos⁹ se reserva el derecho exclusivo de la actuación estatal a

⁸ La Constitución ecuatoriana en el numeral 6 art. 11, reconoce que: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

⁹ El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de

través de la creación de empresas públicas; y, por excepción, el mismo Estado puede delegar a la iniciativa privada el ejercicio de estas actividades. Por lo que, al tener el Estado un papel principal en el mercado limita las libertades de inversión, de organización, de contratación y de decisión de las empresas, pues se coarta su autonomía en la actuación económica.

Para la celebración de los contratos de asociación empresarial es indispensable la presencia de la libertad de empresa, ya que a través de ella se garantiza el desarrollo libre y autónomo de las empresas dentro del mercado; es decir, que el titular del derecho goce de la libertad de emprender, dirigir y organizar cualquier actividad económica que desempeña de acuerdo a sus intereses; como una mínima intervención estatal. Puesto que, su desarrollo dependerá de cómo se manejen las libertades económicas y la seguridad jurídica que se brinde a las empresas para que emprendan con actividades económicas dentro del país.

1.3.2. Libertad de contratación empresarial

Hablar sobre el derecho de libertad de contratación conlleva distintas concepciones, ya que puede ser considerada como una libertad individual en la que exista preeminencia del control estatal, o como un consenso de la sociedad en la que haya un excesivo liberalismo. En otras palabras, el ejercicio del derecho de libertad de contratación dependerá de las condiciones sociales, políticas y económicas que se adopten, principalmente, del sistema económico que se maneje en cada país (Craswell, 1995).

El derecho de libertad de contratación se entiende como la autonomía que tienen las personas para contratar o no; y, para determinar libre, voluntaria e independientemente el contenido del contrato (Lorenzetti, 2003). Es la facultad que gozan los titulares del derecho para elegir la forma y condiciones contractuales que mejor se adapten a sus intereses, como explica la Corte Constitucional ecuatoriana:

hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley. (CRE, 2008, art. 313).

El derecho a la libertad de contratación implica la posibilidad de las partes de decidir con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual e incluso, cómo serán solucionadas o resueltas las diferencias que pudieran llegar a surgir entre las partes contratantes (CCE-EP-134-14-SEP-CC, 2014).

La libertad contractual tiene dos características principales, la soberanía de la voluntad y la fuerza obligatoria de la voluntad; la primera se refiere a la facultad que tienen las personas para contratar libre y voluntariamente; y la segunda la fuerza de ley que tiene lo pactado entre las partes (Núñez, 2007); es decir, el contenido del contrato debe ser producto del consenso de todos quienes lo suscriban, goza de autodeterminación e incluso faculta a las partes a celebrar contratos que no se encuentren previstos en la ley. Por lo que, como explica Fernández (2015), las partes tienen la libertad de escoger el tipo de contrato, de determinar el contenido del mismo y de celebrar contratos innominados.

De ahí que, esta libertad sea considerada como el medio idóneo para que la iniciativa privada actúe en el mercado con total autonomía en sujeción a las reglas y principios del comercio; como el pilar fundamental en la celebración de contratos y en el reconocimiento de las nuevas formas contractuales, garantizando que las personas no necesariamente deban acogerse a los contratos que la ley estipule, sino que se da la posibilidad de construir libremente contratos distintos a los ya establecidos; e inclusive permite modificar los contratos regulados por la ley. Como se analiza:

La libertad contractual se encarga de generar un vínculo jurídico; establecer reglas de funcionamiento, derechos y obligaciones; reformar la relación o capacidad de las partes para modificar la estructura inicial de la relación; y por último, poder extintivo del vínculo establecido (Sathou, 2004, 11).

En el caso de los contratos de asociación empresarial que en su mayoría son atípicos, esta libertad cumple un papel fundamental en su celebración, ya que permite que las empresas puedan formar relaciones contractuales no previstas en la legislación que faciliten el desarrollo de un proyecto que requiera la asociación de varias empresas sin la necesidad de constituir una nueva sociedad, lo cual como explica Alessandri (2011), promueve la libre participación, producción e inversión de las empresas conforme a sus intereses en el mercado.

Otro aspecto de la libertad de contratación es la estrecha relación con el principio de autonomía de la voluntad, ya que se configura la libre disposición de intereses propios

del sujeto de derechos en la formación del contrato o en el negocio jurídico; como afirma Correa (2009), la libertad de contratación en tanto expresión de la autonomía privada en el desarrollo de la libertad económica es considerado como ejercicio directo del derecho fundamental y por ende como parte de él. En efecto, la Corte Constitucional ecuatoriana, sostiene que:

El ámbito garantista constitucional, reconoce el derecho a la libertad de contratación, instituido como “derecho de libertad de las personas” por el artículo 66 numeral 16 de la Constitución, situación que implica que el inmenso ámbito que poseen estas para decidir celebrar contratos y determinar su contenido, así como las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades estarán regidas por la autonomía de la voluntad de los contratantes, dentro del marco constitucional y legal vigente en el Ecuador (CCE-EP-171-14-SEP-CC, 2014).

La autonomía de la voluntad es considerada como un supuesto de base del sistema jurídico que protege a la persona y a la realización de sus fines; como el motor para activar el derecho contractual con la protección del interés particular, pues a través de ella se permite determinar el qué, el cómo y el para quién de la actividad económica; y, establece la libre disposición en el ámbito privado empresarial vinculado a los contratos que puede significar limitaciones efectivas al ejercicio de este derecho (Correa, 2009). De manera que, las personas adquieren el poder de reglamentar las relaciones contractuales en las que son parte, lo cual no solo significa el reconocimiento de libertad del individuo sino que está habilitado para dictar su propia ley, a través de su poder de disposición; lo cual permite a los particulares la libertad de pactar toda clase de contratos, determinar su contenido, cuál será su efecto y duración; sean o no regulados por la ley (Díez-Picazo, 2016).

La autonomía privada trasciende de lo individual y se desenvuelve en la dimensión social de las relaciones intersubjetivas. El negocio jurídico constituye, siempre, un acto destinado a escapar de la esfera del agente para instituir relaciones con otros sujetos y que debe asociarse, en cuanto tal, con el fenómeno de la autonomía social (Gómez, 2010, 44).

En materia contractual, el principio de autonomía de la voluntad otorga al titular del derecho la libertad de decidir los términos del contrato, y por excepción ser limitado por la legislación, como explica Alessandri (2011) “el contrato es el resultado del libre acuerdo de las voluntades entre personas colocadas en un perfecto pie de igualdad jurídica, no puede ser fuente de abusos” (p.11). Para el efectivo ejercicio del derecho de

libertad de contratación las partes deben gozar de total autonomía sin intervención estatal que interfiera en las decisiones que se tomen al momento de entablar la relación contractual, pues de lo contrario se perdería la autonomía e independencia que otorga esta libertad que en mediano o largo plazo provocaría una disminución en la participación, producción e inversión del sector privado en el mercado.

En la Constitución ecuatoriana se reconoce a la libertad de contratación en el artículo 66 numeral 16, que al igual que la libertad de empresa, busca garantizar el efectivo desarrollo de la actividad económica conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, lo cual debido al régimen actual económico se presenta como un límite a su ejercicio. Tal como lo señala la Corte Constitucional ecuatoriana la libertad de contratación y de empresa “son el reflejo de la libre competencia establecida por la existencia de varias empresas que pueden dedicarse a una misma actividad, equiparándose en un mismo rango ante la ley, con derechos y obligaciones semejantes entre sí para con el Estado” (CCE-EP-171-14-SEP-CC, 2014).

Para Caro (2014), los constantes cambios que han surgido en materia contractual a lo largo del siglo XX han sido producto de un fuerte incremento de la intervención estatal dentro del mercado, lo cual ha provocado que la autonomía de la voluntad pierda su fuerza en la relación contractual, ya que se busca equiparar el interés general con los intereses particulares y que la actuación del control judicial debe estar limitado por el consentimiento de las partes; por tanto la fuerza obligatoria de los contratos proviene de la voluntad de las partes como de una norma jurídica superior.

En el actual régimen económico ecuatoriano la aplicación de la libertad de contratación carece de todo contenido material si no está acompañada por una efectiva justicia contractual, en otras palabras la promoción de la justicia contractual exige un grado importante de intervención estatal del contrato, aunque ello repercuta en una disminución de los poderes de autorregulación particular (Gómez, 2010, 55). Este fenómeno surge gracias a las nuevas realidades políticas y económicas que:

Ameritan repensar las categorías básicas del derecho de contratos, especialmente sus principios generales. A tal punto, que es imprescindible reconocer que los principios y tendencias que dominan la teoría posmoderna del contrato en algunos ámbitos se complementan, pero de manera indudable en otros aspectos se contradicen ampliamente. Para solventar la presente problemática, debe tenerse presente que la noción de Principios Generales del Derecho así como la

naturaleza relativa del imperativo de seguridad jurídica se enmarcan dentro de la más pura tradición romanista. En realidad, esta contradicción genera una tensión entre los imperativos de libertad y justicia contractual (Acosta, 2012, 2).

La llamada justicia contractual se fundamenta en los principios de “equidad, igualdad, proporción, justo medio compromiso y buena fe” (Ternera, 2007, 288); además, se encuentra respaldada por la inclusión de instituciones jurídicas como el orden público, las buenas costumbres o deberes contractuales que se instauran como requisitos de validez en la celebración del contrato, tomando en cuenta las diferencias sociales y económicas que surgen dentro de la sociedad. (Acosta, 2012). Como se ha mencionado, el ejercicio de las libertades económicas dependerán del modelo económico de cada país, en el caso ecuatoriano al tener un sistema económico social y solidario se busca solventar los desequilibrios y fomentar una justicia contractual efectiva a través de la legislación con la implementación de normas generales para su tratamiento y de la jurisprudencia para la solución de casos particulares (Ternera, 2007). Como consecuencia, se promueve una fuerte presencia del Estado como órgano regulador y actor en la actividad económica.

Ello no quiere decir que los jueces puedan ejercer un control general de equidad sobre el contenido de los diferentes contratos; sólo podrán condenar, apoyándose en las normas de orden público, las estipulaciones contractuales establecidas por una parte que abusa de su superioridad económica o intelectual en perjuicio del otro contratante (Acosta, 2012, 27)

Para Rödl (2013), existen tres formas de interconexión entre la libertad contractual y justicia, el primero conocido como entendimiento procesal de la libertad contractual que sostiene que el principio de equidad no se puede aplicar en el contenido de un contrato sino en el procedimiento de la contratación, pues no se puede juzgar sobre la equidad sustancial en los términos del contrato. En tanto, lo que se garantiza es un procedimiento justo que incluye no solo el consentimiento libre y voluntario de cada parte sino también el mismo poder de negociación.

La segunda forma denominada entendimiento instrumental de la libertad contractual incorpora la idea de igualdad en la negociación lo cual no niega la posibilidad de que el contenido de un contrato pueda ser revisado y juzgado por su imparcialidad, limitándose en el caso de cumplir con las condiciones procesales; siendo la libertad contractual considerada como un mecanismo para alcanzar términos justos en la contratación. Por último, el referido autor establece como tercera alternativa que la libertad contractual solo permite contratos justos, es decir, solo puede ser ejercida en acuerdos con términos justos.

El control de la libertad de contratación es aceptable siempre y cuando, este sea mínimo y procure un equilibrio justo en las relaciones contractuales que conlleve garantías que busquen promover y afianzar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que nacen de los contratos; y, que prevenga la inestabilidad de los mercados (Correa, 2009). Sin embargo, que el Estado exceda con su intervención a través de disposiciones que quieran desorganizar las relaciones contractuales e ir contra las libertades reconocidas a las partes, no garantiza su efectivo ejercicio, pues no se podrá hablar de una verdadera autonomía al momento de decidir con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulado y como se solucionarían los conflictos de la relación contractual.

De este modo, el derecho de libertad de contratación permite a la iniciativa privada actuar de manera libre, voluntaria y autónoma a través de una relación contractual en el mercado; da la libertad al titular del derecho para contratar o no, escoger con quien contratar; y, decidir cuál será el contenido y tipo de contrato se encuentre o no establecidos en el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no se altere ni modifique la esencia del contrato, ya que este no surtirá efecto jurídico alguno o puede cambiar totalmente de figura contractual e igualmente, no se podrá pactar nada que vaya en contra de las prohibiciones legales, el orden público o las buenas costumbres.

Las libertades económicas, principalmente, la libertad contractual tiene un papel primordial en la celebración de los contratos de asociación empresarial pues ellos requieren de total autonomía para que las empresas puedan decidir con quién y cómo contratar; además, de elegir la forma contractual que mejor se adapte a sus necesidades de una manera más sencilla. Es preciso mencionar que, la asociación empresarial por medio de estos contratos dependerá de los índices de libertad que existan en el país, ya que entre más garantías se brinden en el desarrollo de las libertades mayor será el nivel de inversión y producción de la iniciativa privada.

1.3.3. Libertad de asociación empresarial

Para el análisis del entorno jurídico de los contratos de asociación empresarial, es necesario hablar sobre el derecho de libertad de asociación en el ámbito mercantil, entendido como la reunión de dos o más personas que acuerdan invertir capital para la

consecución de un fin común, en el que participaran tanto en las ganancias como en las pérdidas que resulten de esta asociación. Actualmente, esta libertad tiene gran acogida en la actividad económica, pues ella tiende a apartarse cada vez más de la individualidad, como indica Correa (2009) “el desarrollo económico se promueve por la asociación de personas y de la conformación de organizaciones empresariales de gran envergadura, donde el sujeto del derecho se aparta cada vez más de la individualidad”. (p. 533).

En Ecuador, la libertad de asociación es reconocida en la Constitución en el artículo 66 numeral 13 y 15, el cual otorga el derecho de las personas a organizarse individual o colectivamente para desarrollar cualquier actividad económica, y de acuerdo al sistema económico las asociaciones deben cumplir con el objetivo de incentivar la producción nacional, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional (CRE, 2008, art. 283).

El derecho de la libertad de asociación garantiza mayor desarrollo de proyectos, producción e inversión en el mercado, pues facilita la actuación de la iniciativa privada; la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T336 de 2000, sostiene que este derecho conlleva la facultad que tienen todas las personas para fundar o integrar libremente, en forma voluntaria, organizaciones orientadas a la realización de proyectos de diversa índole; como también la facultad para negarse o abstenerse de formar parte de determinada asociación, junto con el correlativo derecho a no ser obligado ni directa ni indirectamente a ello.

La función de la libertad de asociación es contribuir al desarrollo de los objetivos que fueron libremente escogidos por las personas, a través de la cooperación con otros individuos que comparten los mismos objetivos, utilizando los medios que sean considerados adecuados para el proyecto (Pérez, 2000). Además, como agrega Correa (2009), el ejercicio de la libertad de asociación brinda a los asociados, en defensa de sus intereses, el goce de autonomía en el desarrollo de la actividad que desempeñan, sin embargo, la ley puede imponer límites a este derecho con relación a la administración de los recursos destinados al cumplimiento de los objetivos por los cuales se asociaron.

El goce de la autonomía por parte de los asociados, “genera un propósito legítimo particular de explotación de los derechos patrimoniales en ejercicio de esa libertad, y son, en fin, determinantes para alcanzar los fines económicos para los cuales fue creada la

empresa garantizando su realización efectiva” (Correa, 2009, p. 505). El ejercicio del derecho libertad de asociación y la autonomía de los sujetos de derecho, según el mencionado autor, constituye un poder de elección al titular del derecho para decidir libremente sobre la conformación de la empresa bajo la modalidad que estime conveniente a sus intereses y capacidad económica.

Es decir, radica en la posibilidad de elegir libremente el régimen empresarial al que se acogen, en relación al tipo de sociedad, a establecer las exigencias para la conformación de asociaciones de empresas, como también, la libertad de elegir con quien, como, para que y cual medio es el más beneficioso para alcanzar los objetivos planteados por la organización. Para Díez-Picazzo, (2016), el rol principal de la libertad de asociación es cubrir una multiplicidad de fines que abarcan los distintos ámbitos de la sociedad, igualmente comprende todos los fines lícitos de agrupación y organización de personas para la consecución de objetivos propios.

La libre iniciativa y actividad económica en el mercado se ejerce cada vez menos por los individuos y mucho más por las asociaciones de personas orientadas a la formación de organizaciones empresariales capaces de acumular mayores capitales y poder de mercado. Por ejemplo, los contratos de asociación empresarial permiten a las empresas unirse para desarrollar un proyecto de gran escala sin que pierdan su autonomía jurídica o económica ni que se forme una nueva sociedad, en la que únicamente se participa en las ganancias o pérdidas según el montón del capital aportado.

La importancia de la libertad de asociación en el ámbito empresarial radica en que a través de ella las empresas pueden formar agrupaciones entre ellas con objetivos comunes que faciliten la actividad comercial. Como consecuencia, esta libertad para los contratos de asociación empresarial representa uno de sus máximos pilares, pues su constitución se basa en la capacidad que tienen las empresas para elegir asociarse por sí solas sin ningún tipo de coacción con otras empresas; además, otorga la facultad de decidir la forma y las reglas de agrupación que más se adapten a sus necesidades, siempre y cuando, la unión de empresas no tenga como objeto prácticas restrictivas a la competencia que se establecen en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

1.4. Libertad económica en el Ecuador

Una vez estudiado el perfil jurídico constitucional del sistema económico ecuatoriano y los derechos de libertad de empresa, de contratación y de asociación, es necesario analizar cuanto afectan estas libertades en el desempeño económico de los países dependiendo del régimen político que se maneje, ya que “allí donde se establece la libertad económica, se observa un mayor nivel de desarrollo” (Sardón, 2012, 15).

Existen varios estudios sobre el nivel de libertad económica alrededor del mundo, tales como, 2019 Index of Economic Freedom de The Heritage Foundation, Economic Freedom of the World 2018 Annual Report de Fraser Institute, Human Freedom Index 2018 de Cato Institute, los cuales se instituyen como una herramienta de análisis del crecimiento económico de los países a través de la interacción de factores socioeconómicos que influyen en esta libertad para determinar la relación que existe entre la libertad económica y el nivel de desarrollo en cada uno de ellos. Los índices de libertad económica realizados por estas instituciones es el producto de la colaboración de varias organizaciones de todo el mundo como expertos en política exterior encargados de proporcionar información sobre los antecedentes de los distintos países (Miller, Kim y Roberts, 2019).

Los reportes anuales del nivel de libertad económica que se maneja en cada país sujeto al análisis según las 10 libertades que se exponen, tienen como objetivo demostrar el progreso o la falta de este en la implementación de políticas que promuevan un mayor desarrollo económico; por lo cual el índice es una herramienta de rendición de cuentas, de determinación de los factores que afectan a la toma de decisiones empresariales para invertir en los diferentes países; e inclusive como base para la creación de políticas económicas que fomenten el comercio y referente para conocer sobre la posición de competidores en el mercado (The Heritage Foundation, 2019).

Los índices de libertad económica se evalúan, para the Heritage Foundation (2019), según cuatro pilares fundamentales que agrupan distintas libertades: 1) Estado de Derecho (derecho a la propiedad privada, efectividad e independencia judicial, integridad gubernamental); 2) Tamaño del gobierno (cargas tributarias, gasto gubernamental, libertad fiscal); 3) Eficacia regulatoria (libertad de empresa, libertad laboral, libertad monetaria); y, 4) Apertura de mercado (libertad de contratación, libertad de inversión,

libertad financiera). En cuanto a los contratos de asociación empresarial es importante resaltar la eficacia regulatoria que comprende a las libertades que justifican su elaboración, en tal sentido se analiza en este pilar la capacidad que se tiene para constituir y dirigir una empresa sin la interferencia del Estado, pues las regulaciones excesivas son las principales barreras para la libertad de desarrollar actividades económicas, por ejemplo como se explica en *The Index of Economic Freedom (2019)*, las regulaciones que más afectan es el proceso para la obtención de licencias comerciales que puede demorar las actividades empresariales.

Los aspectos que se evalúan están, principalmente, relacionados con la interacción que existen de un país con el resto del mundo como la apertura de mercado en cuanto a la inversión que sea posible realizar en ellos; sin embargo, otros de los factores se enfocan en las políticas de mercado dentro de cada país, es decir como las libertades se desenvuelven y si hay o no restricciones estatales para su ejercicio.

Según el *Index of Economic Freedom* de The Heritage Foundation (2019), la calificación realizada a los 180 países para determina el nivel de libertad económica se basa en otorgar de 0 a 100 puntos en cada uno de las libertades mencionadas siendo promediadas para conocer la puntuación final de cada uno de ellos. A través de este estudio se obtuvo que el promedio de libertad económica es de 61.1 a nivel mundial, siendo uno de los niveles más altos registrado en los últimos años desde la primera edición del *Index* de 1995.

TABLA No. 1

2018 INDEX OF ECONOMIC FREEDOM WORLD RANKINGS. FREE

Ranking mundial	País	Puntaje	Cambio de 2017	Derecho propiedad	Efectividad judicial	Integridad gubernamental	Cargas tributarias	Gasto gubernamental	Libertad fiscal	Libertad de empresa	Libertad laboral	Libertad monetaria	Libertad de contratación	Libertad de inversión	Libertad financiera
1	Hong Kong	90.2	0.4	92.5	84.3	82.8	93.1	90.2	100	96.3	89.4	84.3	90	90	90
2	Singapur	88.8	0.2	98.4	90.9	91.2	90.4	90.6	80	90.9	92.6	85.2	90	85	80
3	Nueva Zelanda	84.2	0.5	95.1	88.4	95.7	70.5	49.5	98.3	91.5	84.4	90	87.4	80	80
4	Suiza	81.7	0.2	84.2	82.1	82.8	70.5	65.4	95.9	75.7	73.9	85.2	86.2	80	90
5	Australia	80.9	-0.1	78.7	93.4	77.4	63	61.2	84.3	89.1	79.7	87.4	86.2	80	90

Fuente: The Heritage Foundation, 2019.

Nota: se detallan los 5 países que encabezan el ranking como economías libres a nivel mundial con un promedio de 84.36 puntos, para revisar la tabla con el estudio de los 180 países visitar el enlace: https://www.heritage.org/index/pdf/2019/book/index_2019.pdf

The Heritage Foundation divide a los países en cuatro clases de economías: libres en un rango de 80 a 100 ocupando el primer lugar Hong Kong con 90.2 puntos, moderadamente libres en un rango de 70 a 79.9 puntos, menos libres en un rango de 50 a 59.9 puntos y reprimidas de 0 a 49.9 puntos. Con los datos presentados se establece que 96 países proporcionan al menos un nivel moderado de libertad para el desempeño de actividades económicas tanto a individuos como empresas, promoviendo el desarrollo de cada uno tanto a nivel nacional como internacional (Miller, Kim y Roberts, 2019).

Se considera que las economías libres como moderadamente libres tienen un ingreso mayor que los demás países, ya que la libertad económica está estrechamente relacionada con: 1) la intervención estatal subsidiaria, es decir, mínima intervención del gobierno lo cual favorece a la actividad económica del sector privado incentivando a la inversión; y, 2) el desarrollo humano, en el sentido que, las personas en países económicamente libres tienen más oportunidades de emprendimiento a través del desarrollo de ciencia y tecnología mediante una mayor innovación (Miller, Kim y Roberts, 2019).

La libertad económica requiere una mínima intervención del Estado más la apertura de las sociedades a nuevas ideas, principalmente en la innovación de productos, servicios y tecnología; a través del enfoque en un Estado de Derecho en el cual se respete la efectividad e independencia judicial e integridad gubernamental; además de una eficacia regulatoria en cuanto a la libertad de empresa, laboral y de contratación; promoviendo libertad de inversión y financiera.

Los niveles de libertad económica varían conforme a cada región, debido a que entre ellas existen diferencias sustanciales como el nivel de desarrollo y manejo de la economía, lo cual afecta directamente a los medidores de libertad, como explica The Heritage Foundation (2019), en Europa se establecen los niveles más altos de libertad económica con un promedio de 68.8 puntos, seguido de la región de Oriente Medio y Norte de África con un promedio de 61.5, Asia con promedio de 61, América con promedio de 60.1; y, por último, la región de África subsahariana con 54.4 puntos promedio.

Con respecto a América se insta una diversidad económica, debido a las diferencias ideológicas que marcan políticas económicas de acuerdo a los intereses de cada país, tal como se establece en la tabla No. 2, la población total de América es 984.2 millones de habitantes, el ingreso promedio per cápita por población es \$30.289 dólares de Norteamérica, el crecimiento total de libertad económica en los últimos 5 años es 1.7%, la tasa de desempleo es de 6.9%, la tasa de inflación en la región es del 14.4%; y, es la región con la más alta deuda pública del 73.9% de PIB.

TABLA No. 2

AMÉRICA: DATOS REPRESENTATIVOS DE LA REGIÓN

Población total:	984.2 millones	Inflación:	14.4%
Promedio de ingreso per cápita:	\$30.289	Tasa de desempleo:	6.9%
Crecimiento en los últimos 5 años:	1.7%	Deuda pública:	73.9%

Fuente: Index of Economic Freedom. The Heritage Foundation, 2019.

Para The Heritage Foundation (2019), el continente Americano no puede ser considerado como una economía libre, pues de los 32 países que la conforman únicamente Canadá, Chile, y Estados Unidos pertenecen al grupo de economías libres, 24 países se encuentran dentro de la economía moderadamente libre y menos libre; mientras que 5 países Ecuador, Surinam, Bolivia, Cuba y Venezuela forman parte de las economías represivas. Uno de los principales riesgos que afronta la libertad económica en la región, como se explica:

Es el avance de las ideas totalitarias de izquierda, el “Socialismo del Siglo XXI”, en sus variantes argentinas, ecuatorianas, bolivianas, nicaragüenses, hondureñas, y, por supuesto, venezolanas, es la principal amenaza para la democracia y la libertad en la región. La amenaza es de tal magnitud que no sólo se encuentra en riesgo la libertad económica sino libertades más básicas y los derechos fundamentales del hombre (Fraser Institute, 2018, 8).

En América Latina, especialmente, existe un retroceso en los factores de Estado de Derecho y eficacia regulatoria, la falta de protección de los derechos de propiedad, de libertad de empresa y de contratación; como también, una fuerte intervención estatal en la actividad económica; lo cual genera que exista una mínima inversión extranjera y la

falta de interés para realizar negociaciones empresariales dentro de los países (Fraser Institute, 2018).

TABLA No. 3

LIBERTAD ECONOMICA EN AMERICA DEL SUR

Ranking mundial	País	Puntaje	Cambio de 2017
20	Chile	75.2	-1.3
38	Uruguay	69.2	-0.5
42	Colombia	68.9	-0.8
43	Perú	68.7	-0.2
82	Paraguay	62.1	-0.3
144	Argentina	52.3	1.9
153	Brasil	51.4	-1.5
165	Ecuador	48.5	-0.8
173	Bolivia	44.1	-3.6
179	Venezuela	25.2	-1.8

Fuente: The Heritage Foundation, 2019; Fraser Institute, 2015.

Nota: para fines de la presente disertación se detallan únicamente los niveles de libertad económica de los países de Sudamérica, los datos totales se encuentran en el Index of Economic Freedom 2018 de The Heritage Foundation.

El promedio medio de libertad económica en América del sur es de 61.7 puntos, como se demuestra en la tabla No. 3 Chile encabeza la lista como el único país económicamente libre de la región, sin embargo en Sudamérica se instaura una división fuerte entre economías moderadamente libres, menos libres y reprimidas, esto se debe a las políticas y sistemas económicos que se han adoptado en la región en los últimos años. Inclusive, Argentina es el único país que registra un incremento de 1.9 puntos, mientras que, los demás países han sufrido un retroceso, principalmente Bolivia con -3.6 puntos.

Con respecto a Ecuador se encuentra dentro de los niveles más bajos en la escala de libertad económica, en el Index of Economic Freedom of The Heritage Foundation (2018) su puntuación es de 48.5 sobre 100 con un decrecimiento de 0.8 puntos desde el último año, ocupando el puesto número 165 de 180 países, por lo cual forma parte del denominado grupo de economías represivas. Igualmente, en el Reporte anual de Fraser Institute (2018), el país ocupa el puesto 127 de 180 países con una puntuación de 5.88 sobre 10.

TABLA No. 4

LIBERTAD ECONOMICA EN ECUADOR, FRASER INSTITUTE

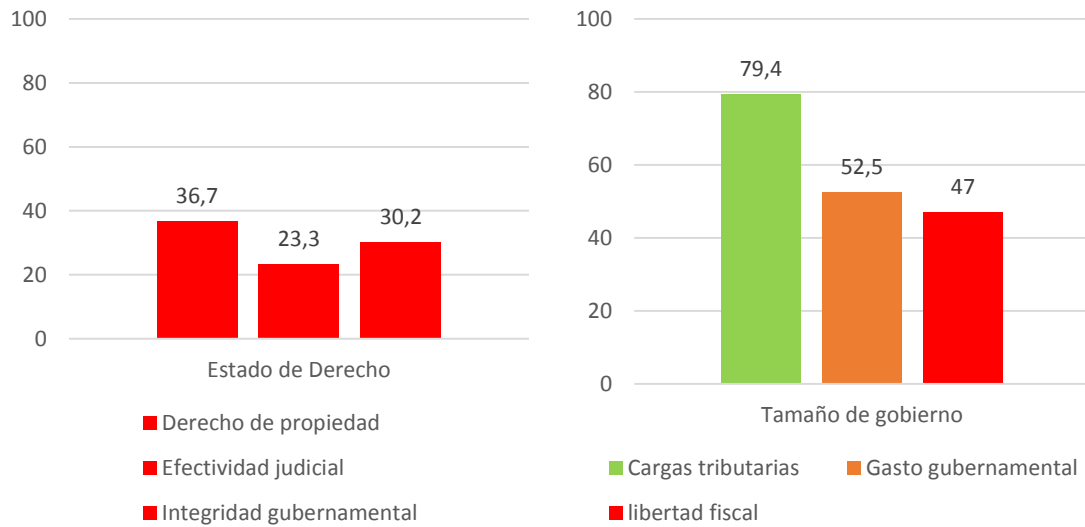
	Tamaño de gobierno	Sistema legal y derechos de propiedad	Moneda	Libertad de contratación internacional	Normativa	Regulación financiera en el mercado	Regulación laboral	Libertad de empresa
Ecuador	5.3	3.9	8.1	6.5	5.6	8.5	3.5	4.7

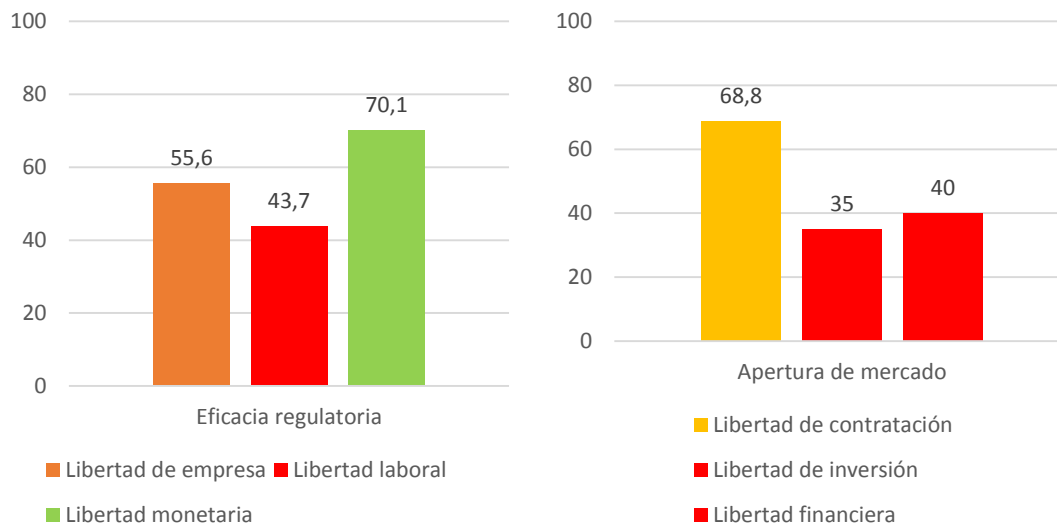
Fuente: Economic Freedom of the World, 2018 Annual Report, Fraser Institute.

Nota: La tabla completa con los datos y puntuaciones de los 159 países se encuentra en <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/economic-freedom-of-the-world-2017.pdf>

GRAFICO No. 1

LIBERTAD ECONÓMICA EN ECUADOR, THE HERITAGE FOUNDATION





Fuente: 2019 Index of Economic Freedom of the Heritage Foundation

En el reporte anual del año 2018 de Fraser Institute, como se expone en la tabla No. 4, el parámetro con más baja calificación para el país es el sistema legal y derechos de propiedad, que contiene principalmente la independencia, imparcialidad e integridad judicial los factores con menor puntuación con un promedio de 3.9; junto con la regulación laboral con puntuación de 3.5. Otro de los lineamientos con calificación baja en la libertad de empresa, la cual está afectada por la fuerte presencia del Estado en la actividad económica, pues tiene un rol como actor principal cuando su actuación debería ser subsidiaria.

Asimismo, según el grafico No. 1, en Ecuador se registran los niveles más bajos en la efectividad judicial, integridad gubernamental, derechos de propiedad, libertad laboral, libertad fiscal, libertad de inversión y financiera, como analizan Terry, Miller y Roberts (2018), en el país las normas de protección a los derechos de propiedad, especialmente, en materia intelectual son muy débiles a nivel internacional; existe inseguridad en el sistema jurídico por las presiones políticas y económicas que influyen en las decisiones judiciales; e inclusive es considerado como uno de los países con mayor porcentaje de corrupción considerando que el costo-beneficio de invertir o emprender un negocio es muy alto en el país.

Entre las puntuaciones más altas se encuentra la libertad de cargas tributarias , ya que se considera que la tasa máxima de impuesto a la renta tanto para personas naturales de 35% como sociedades de 25%, no representa un factor que disminuya la inversión pues dichos

porcentajes son mínimos en comparación con otros países. De otro modo, el comercio es moderadamente importante para la economía de Ecuador; el valor combinado de las exportaciones e importaciones equivale al 39 por ciento del PIB. La apertura del gobierno a la inversión extranjera está por debajo de la media; y, aunque el sector bancario ha crecido, la intromisión estatal limita el crecimiento general de los servicios financieros. (The Heritage Foundation, 2019).

En consecuencia, las libertades económicas en Ecuador se ven afectas, principalmente, por la inseguridad jurídica que proporciona nuestro país, ya que esto genera incertidumbre y desalienta a la inversión en el sector privado que ha tenido dificultades para operar y competir con un sector público enormemente inflado en lo que se ha convertido en un entorno empresarial restrictivo, en el cual el sector financiero es controlado por el Estado limita el acceso al crédito y agrega costos para los empresarios; además, la corrupción generalizada socava el Estado de Derecho y debilita los derechos y libertades económicas. Se debe recordar que las empresas buscan economías que garanticen y proporcionen seguridades necesarias para invertir su capital en el mercado de un país.

CAPÍTULO II. Revisión de los principales contratos de asociación empresarial contemporáneos y sus particularidades

2.1. Naturaleza jurídica de los contratos de asociación empresarial

La importancia del análisis de la naturaleza jurídica de los contratos de asociación empresarial radica en la posibilidad de identificar sus elementos específicos que lo difieren de las figuras societarias tradicionales, como también permite distinguir entre los tipos de contratos asociativos. En consecuencia, una de las principales características es que al no encontrarse regulados específicamente dentro del ordenamiento jurídico son considerados como *contratos atípicos* en la legislación ecuatoriana, pues si bien las formas societarias tradicionales no han perdido importancia y utilidad en el comercio, existen nuevas figuras, principalmente contractuales, que ayudan y facilitan su ejercicio, a pesar de que en la mayoría de los casos no son regulados por el ordenamiento jurídico.

La cooperación empresarial puede tener lugar a través de la utilización de varios instrumentos jurídicos, sin embargo en derecho mercantil no existe una categoría concreta para este tipo de relación contractual, ya que su aparición se debe a los cambios económicos que se dan continuamente en el sector empresarial (Arrubla, 2008). Por lo que, el reconocimiento y aplicabilidad de los contratos atípicos, según la Corte Suprema Nacional de Colombia, dependerán de las normas imperativas del Código de Comercio; la voluntad de las partes expresada libremente en el contrato; las normas generales que rigen a los contratos mercantiles; y, las normas de los contratos típicos que se apliquen por analogía (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación y Agraria, S5817, 2001).

Los contratos atípicos se rigen por las reglas aplicables a todo acto y declaración de voluntad y por lo que estipulen las partes, sin perjuicio de que en caso necesario se pueda recurrir, por analogía, a las reglas del contrato nominado más similar (Alessandri, 2011, 38).

Al tratarse de contratos que participan en resultados de actos comerciales tienen su origen y encuadre en leyes mercantiles, en la legislación ecuatoriana el Código de Comercio se

encarga de regular los actos y contratos de comercio¹⁰ que rigen en el país, sin embargo al ser un código antiguo no reconoce nuevas figuras jurídicas que han surgido para satisfacer las necesidades de la sociedad, como es el caso de los contratos de asociación que no se encuentran dentro del artículo 3 del referido código que define los actos de comercio¹¹; y, en virtud de ello, la ex Corte Suprema de Justicia (ahora Corte Nacional de Justicia), sostiene:

El legislador en ese artículo, ha determinado la materia comercial y que no cabe pues que, por la vía del ejemplo, el intérprete, la amplíe sin límites. En primer lugar, no hay un concepto único de acto de comercio que pueda servir de base para sostener que una operación no mencionada por la Ley Mercantil es de otra naturaleza; en cambio, los actos mencionados en cada fracción sí sirven como referencias para una interpretación lógica extensiva. En segundo lugar, si bien es cierto que la ley mercantil no es ley de excepción y que, por tanto, ella puede ser capaz de interpretación analógica. (Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, R. 5, 2001).

Para la Corte el artículo 3 del Código de Comercio es taxativo, sin embargo tiene la particularidad de que cada uno de los criterios permite una interpretación extensiva en los casos que sean similares a ellos¹²; además, sostiene que el derecho no es estático ni solo dictado para tal época, sino que debe tener una aplicación finalista, en consecuencia, la costumbre mercantil es considerada como supletoria ante el silencio de la ley (Código de Comercio, 1960, art. 4). Si bien, los contratos de asociación no se encuentran dentro de los actos de comercio que establece la legislación, como la mayoría de los contratos mercantiles modernos, la interpretación que realiza la Corte da la posibilidad que se encuentren inmersos dentro de los actos de comercio de manera análoga, e incluso ser reconocidos como una práctica reiterada en el tráfico jurídico mercantil (Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, R. 5, 2001).

¹⁰ El Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes (Código de Comercio, 1960, art.1).

¹¹ Es una norma taxativa, que delimita la actividad mercantil pues no se adapta a las nuevas realidades e inclusive se definen actos que han perdido su fuerza de uso.

¹² La Corte Suprema de Justicia señala que en el caso de los contratos de asociación o cuentas en participación está inmerso de manera análoga en el numeral 2 artículo 3 del Código de Comercio, por asimilarse a la compra de acciones de una sociedad mercantil, en consecuencia es un acto de comercio.

Como se mencionó anteriormente, una de las reglas aplicables de los contratos atípicos es la libertad de las partes de pactar toda cláusula que mejor se adapte a sus intereses y satisfaga sus necesidades, a través de su poder de autorregulación y en pleno uso de la autonomía de la voluntad, sin ninguna restricción únicamente como límite las previsiones contractuales establecidas en la ley (Gómez, 2013). Las relaciones contractuales de asociaciones entre empresas están determinados, principalmente, por la voluntad de las partes que suscriban el contrato, gracias al principio de autonomía de voluntad como de las libertades económicas.

En un contrato atípico, son las partes las llamadas a establecer el contenido, alcance y efectos del contrato, de acuerdo con la facultad que les otorga el ya mencionado principio de la autonomía de la voluntad, por el cual se concibe que en la actividad de que se trate el contrato, la iniciativa privada es libre de pactar sus reglas, siempre respetando los límites del orden público. (Urquidi, 2012, p.72).

Los contratos atípicos ayudan a la formación de nuevas figuras comerciales que estén acorde a las necesidades que susciten con los avances tecnológicos, industriales y sociales. En el sistema jurídico ecuatoriano, si bien los contratos de asociación no se encuentran tipificados nada impide su celebración, siempre y cuando, se respeten las normas legales para su validez, es decir, los elementos esenciales de todo contrato: el consentimiento que consiste en el acuerdo de las partes; el objeto sobre el que recae la obligación; la capacidad de las partes que celebren el contrato (Ayala, 2017). La importancia al ser contratos atípicos radica en las libertades que se otorga a las partes para generar formas contractuales según sus intereses y necesidades al momento de la negociación.

Otra característica fundamental de los contratos de asociación es que pertenecen a la categoría de *contratos plurilaterales*, pues se originan por la unión de dos o más partes que tienen *intereses comunes* y exige un contenido asociativo; así por ejemplo, no se puede considerar una compraventa con varios compradores o vendedores en la cual cada parte ostenta sus derechos y obligaciones que constituyen intereses contrapuestos como un contrato plurilateral (Barcia, 2010). Lo que las partes buscan es en ejercicio de la autonomía de la voluntad satisfacer sus necesidades a partir de la unión de esfuerzos orientados hacia un objetivo común a través de prestaciones recíprocas; la utilidad de este contrato radica en que en el caso de presentarse ineficacias se reducen a la afectación a cada uno de los contratantes de manera independiente, con lo cual la pluralidad de partes

al tratar de conseguir un fin común, produce efectos homogéneos para todos sus miembros.

Al ser contratos plurilaterales permite la participación entre dos o un número indefinido de partes, pues la pluralidad hace referencia a la capacidad contractual de recibir una multiplicidad de partes, siempre y cuando, se perseguía un fin común. Para Peña (2014), son considerados como contratos abiertos debido a la concepción moderna de los contratos mercantiles no solo se reduce a la relación jurídica de contraprestación, a diferencia de estos contratos las obligaciones de cada parte son independientes, por lo cual el incumplimiento de uno de ellos no afecta al cumplimiento de las obligaciones de los demás e incluso la nulidad que llegará a producirse a una de las partes no involucra a los demás ni a la validez del negocio, siempre y cuando la nulidad no sea esencial para dar cumplimiento al objetivo.

El contrato asociativo ordinario es abierto, es decir, el número de partes que lo suscriben puede aumentar indefinidamente o disminuir. En él el contenido de la prestación de cada parte se halla destinado, no a la contraparte, sino a constituir una especie de acervo común (en la sociedad, el patrimonio social), mientras el contrato se dirige, no ya sólo a preparar los medios para la realización de una actividad conjunta, sino a la actividad misma en que consiste el interés real de las partes (Lacruz et al., 2011, 483).

La característica principal de los contratos plurilaterales es que las partes busquen un fin común, lo cual hace que el contrato subsista sin importar la disminución o aumento de los participantes, pues sus intereses no son opuestos al perseguir un mismo objetivo. Por ende, el consentimiento en el contrato¹³ se forma por las voluntades paralelas y convergentes de las partes; igualmente, las prestaciones no deben ser entendidas como recíprocas entre las partes sino que están orientadas hacia la misma dirección que es la culminación efectiva del proyecto. Es importante señalar que los contratos de asociación por regla general se perfeccionan por el solo *consentimiento* de las partes que se manifiesta a través de las libertades económicas y autonomía de la voluntad, sin la necesidad de la exigencia de formalidades impuestas por la ley, como menciona Ospina,

¹³ El consentimiento contractual en el caso de los contratos de cambio o de contraprestaciones, como menciona Lacruz et al. (2011), las declaraciones de voluntad contractual están orientadas en sentido contrario, asimismo las prestaciones se encuentran en una situación de corresponsividad, es decir son recíprocas unas con otras.

E. y Ospina, G. (2009), al pertenecer a esta clasificación contractual la sola convección de las partes tiene fuerza obligatoria entre ellas, salvo ciertas excepciones.

Por ejemplo en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública si bien se reconoce la participación de asociaciones o consorcios en cualquier proceso precontractual con la sola presentación de un compromiso de asociación y al momento de la celebración del contrato se requiere que el contrato asociativo haya sido otorgado mediante escritura pública; igualmente, en el caso de las asociaciones o cuentas en participación están exentas de formalidades, siempre y cuando, como establece la Ley de Compañías su valor no exceda los doscientos sucres¹⁴, lo cual en la actualidad no tiene ningún sentido debido a que el valor de todos los negocio siempre será mayor, en este sentido, los contratos de asociación o cuentas en participación deberán celebrarse mediante escritura pública (1996, art. 428)

El carácter consensual cumple un papel fundamental en los contratos atípicos, pues se debe acudir a las normas y principios generales de la contratación, para determinar la esencia del contrato a celebrarse; es decir, las partes tienen la libertad de acordar cuales formalidades adoptar según sus requerimientos, por lo cual estos contratos, según sea el caso, pueden ser por escrito e incluso verbales. Sin embargo, para Díaz (2017), en las negociaciones modernas se impone la necesidad de otorgar por escrito los acuerdos y compromisos asumidos por las partes, sin menoscabo de que en ocasiones serán necesarios requisitos de validez con el de que los acuerdos surtan efectos para las partes como para terceros.

Por otro lado, los contratos asociativos tienen como fin reporta utilidad, beneficio o gravámenes a todas las partes por la cooperación empresarial en cumplimiento a los objetivos en común planteados, por el fin de estos contratos pertenecen a la clasificación de *contratos onerosos*, según el Código Civil es oneroso cuando se tiene como objeto la utilidad de todos los contratantes por el medio del cual se constituye recíprocamente gravamen en beneficio de unos con otros (2005, art. 1456). La importancia de estos contratos radica en la protección que el Derecho otorga en caso de suscitar problemas con el contrato, por ejemplo y como explica Barcia (2010):

¹⁴ La Ley de Compañías no ha presentado reformas en el artículo 428 referente a las formalidades de la asociación o cuentas en participación; por lo que el valor de doscientos sucres equivale a un centavo de dólar de los Estados Unidos de Norteamérica.

1. En los contratos onerosos la contraparte es indiferente por lo cual el error en la identidad de la persona¹⁵ no afecta a la celebración del contrato;
2. El deudor es responsable por culpa leve¹⁶, al ser contratos con beneficios recíprocos para las partes (Código Civil, 2005, art. 1563).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los contratos onerosos son conmutativos o aleatorios¹⁷, en cuanto a los contratos de asociación empresarial son *aleatorios*, pues si bien las partes de unen por un interés común los efectos que se generen están sujetos a un riesgo; es decir, el capital, bienes o servicios aportados por las partes no reportan una utilidad inmediata sino que esta se producirá a través de una sucesiva realización de actos que contribuyan a la realización del proyecto por el cual se formó la asociación.

Otra de las clasificaciones a las que pertenecen los contratos de asociación empresarial es a los contratos *sin alagmáticos*, como analiza Cevallos (2011), esta característica implica que todas las partes adquieren derechos y obligaciones, en tal sentido, los miembros realizan aportes en capital, bienes o servicios a la asociación y a cambio reciben utilidades de acuerdo al monto del aporte o como se haya acordado en el respectivo contrato. Por ejemplo, en los contratos de asociación o cuentas en participación el participante está obligado a entregar capital, a cambio de utilidades; mientras que el gestor se beneficia de la aportación en el negocio, pero tiene la obligación de reportar del estado del negocio.

Por otro lado, en el tráfico jurídico existen los denominados contratos leoninos que son aquellos en las que las partes acuerdan que las ganancias o beneficios obtenidos por el contrato, únicamente, corresponderán a uno o algunos de los miembros, mientras que las pérdidas serán repartidas a los demás miembros sin ser parte de las ganancias, es decir se

¹⁵ El error acerca de la persona con quien se va a celebrar el contrato no vicia el consentimiento, salvo en los casos que la calidad de la persona como tal sean indispensables para contratar.

¹⁶ Según el Código Civil artículo 27 la culpa leve es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

¹⁷ El Código Civil en su artículo 1457 señala que el contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

produce una exclusión de las ganancias y la exoneración en las pérdidas. Sin embargo, como se explica:

El uso de la expresión se ha generalizado posteriormente, comprendiendo todas las sociedades en las cuales se produce una violación de los límites impuestos a la autonomía de la voluntad de los socios, en la determinación de la cuantía de la participación en ganancias y pérdidas, si de ella resulta una asignación poco equitativa. Falta la equidad que guarda relación con el valor de la contribución de los socios a la buena marcha de la sociedad respecto de la participación asignada en los resultados sociales (Diez-Picazo, 1980, 569).

Los pactos leoninos son una violación a los límites impuestos a la autonomía de la voluntad que poseen las personas al celebrar un contrato, en el Código Civil se establece que se prohíbe la celebración de los contratos moralmente imposibles o contrario a las buenas costumbres o al orden público (2005, art. 1477). Por lo que, este tipo de contrato implica cuestiones como la equivalencia en las prestaciones de los miembros, con respecto a los contratos de asociación empresarial estos no pueden constituirse con cláusulas en las cuales uno de los miembros adquiera todas las ganancias, mientras que los otros perciban únicamente las pérdidas, ya que se perdería la esencia de estos contratos que asumen un riesgo compartido.

Sin embargo, existe una excepción en los contratos de colaboración con respecto de los pactos leoninos referente a la compra apalancada o *leveraged buyout LBO* que se basa en la adquisición de los activos o acciones de una empresa pequeña por otra empresa que utiliza dinero que se obtuvo de un préstamo, con la finalidad de potenciar a la compañía (Biasca, 2005); es decir, se establecen procedimientos para comprar una empresa a través de recursos financieros ajenos que se basa en el flujo de caja futuro y de los activos de la empresa objeto de la compra, por lo cual existe una cooperación entre los compradores quienes adquieren la empresa y el promotor del LBO quienes son los propietarios de la inversión (Mascareñas, 2011). Sin embargo, La formación de los LBO tienen varias críticas que van desde la despatrimonialización de las compañías hasta el abuso de sus administradores (Gimeno, 2015).

Los contratos de asociación empresarial tienen naturaleza contractual que no constituyen sociedades ni personas jurídicas distintas a los miembros del contrato por no cumplir con todos los requisitos para constituir una sociedad; sin embargo, forman una unidad económica entre empresas independientes vinculadas por fines e interés comunes para emprender una actividad. En la legislación no existe una categoría precisa para este tipo

contractual pues es un fenómeno económico que se desarrolla a nivel empresarial y que maneja distintas reglas jurídicas.

2.2. Objeto de los contratos de asociación empresarial.

El fenómeno de los contratos de asociación empresarial comenzó a tener mayor fuerza como el medio para enfrentar la economía de mayor escala y obtener mayor flexibilidad en el mercado. Los contratos de asociación empresarial son considerados como alianzas tácticas para la unión temporal de empresas para alcanzar mayores beneficios en el mercado como inversiones específicas o la disminución de costos en la realización de proyectos. El manejo de los contratos de asociación empresarial, como menciona Peña (2014), es una herramienta útil para facilitar el acceso al mercado nacional e internacional que incentiva la inversión extranjera, lo cual permite la unión de capitales y la consecución de objetivos convirtiéndose en un mecanismo efectivo para obtener recursos tecnológicos, económicos y financieros. En tal sentido:

La primera explicación para este fenómeno es que aumenta la presión competitiva y el cambio, lo que hace que una empresa deba reconvertirse, diversificarse, modificarse constantemente. El desafío no se puede emprender en forma individual por los costos asociados y por los riesgos que representa. La segunda razón es que la aparición constante de nuevos productos y mercados plantea la necesidad de seguir el ritmo con altísimos costos: entrar en un nuevo mercado, diseñar un nuevo producto, encarar un nuevo negocio. Esos costos son altos, pero menores que el que significa no seguir adelante y quedar paulatinamente fuera del mercado (Lorenzetti, 2003, 17).

El objetivo principal de los contratos asociativos es crear y regular relaciones de participación, integración o negocios, en su mayoría, de gran escala, que permita a las empresas mantener su nivel de competitividad en el mercado. Por ello, lo que explica la formación de estos contratos es la *identidad de fines* que se estructura como la unión de esfuerzos para la consecución de un objetivo común; sin embargo, como explica Oviedo (2010), debe entenderse a la identidad de fines en los contratos asociativos no solo como la unión para explotar una empresa en común, sino como un objetivo único o uno múltiple, es decir no tienen un solo fin, ya que se puede establecer una entidad en común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial para desarrollar o ejecutar una obra o servicio concreto, o de perfeccionar e incrementar

resultados de tales actividades; sin la necesidad de constituir una sociedad entre las partes.

Debido a que:

Generalmente los proyectos u operaciones realizados por medio de esta figura jurídica son de gran complejidad y superan la capacidad económica, de organizaciones e infraestructura de una sola persona natural o jurídica. También genera mayor rentabilidad debido a que se puedan disminuir costos y compartir riesgos (Peña, 2012, 140).

Las empresas utilizan esta figura contractual se ven en la necesidad de unir esfuerzos para la producción, comercialización de bienes o servicios e inclusive para la transferencia de conocimiento de determinada tecnología que actualmente forman parte del mayor porcentaje de inversión. Los contratos de asociación son de uso frecuente pues las operaciones que se realizan con el son de distinta naturaleza y no necesariamente fines comerciales, tales como de construcción, agricultura, etc. (Oviedo, 2010). Se trata de un contrato de gran versatilidad que no requiere de mayores formalidades y no forma una persona jurídica como en el caso de las sociedades.

Estos contratos constituyen una herramienta organizativa estructural de la empresa, apta para satisfacer las finalidades económicas de ciertos grupos y a la vez evitar una proliferación innecesaria de sociedades. La “comunidad de fin” aparece como la causa primordial de estos negocios. Las partes contratan para perfeccionar su propia actividad, pero lo hacen sin perder su individualidad (Sanchez et al., 2017, 402).

Es necesario que cada integrante conserve su individualidad y autonomía de decisión, quedando solamente limitada al cumplimiento de los acuerdos que determinen las partes del contrato. Es decir, sus miembros se organizan para el logro mancomunado de ciertas actividades que concluirán en beneficios de cada uno de ellos, valiéndose para ello de un órgano de dirección y control que podrá ser dirigido por todos los contratantes, por un delegado, o por un tercero especialmente designado para tales efectos (Peña, 2012).

Otro objetivo es compartir riesgos que generalmente no asume una sola empresa por la complejidad y amplitud del proyecto; hoy en día el uso de los contratos de asociación empresarial son más comunes, especialmente, en el desarrollo de tecnologías en la industria, debido a la existencia de grandes grupos de inversionistas que buscan nuevos proyectos en el mercado alrededor del mundo. Sin embargo su aplicación dependerá del manejo de las libertades económicas en cada país, es decir, que los Estados aseguren y garanticen un sistema económico abierto a las inversiones en el que las empresas tengan igualdad de oportunidades. Por ejemplo, un reporte de la Comisión Europea (2002),

estableció que en los últimos años el 46% de las asociaciones empresariales se formaron por medio de este tipo de contrato, lo cual impulsó la economía de las empresas europeas por la versatilidad de los contratos asociativos, a pesar de no ser un contrato regulado en las distintas legislaciones.

Para los países en vía de desarrollo, los contratos de asociación empresarial son una alternativa, como menciona Farina (1999), para el fomento industrial que procura el crecimiento de empresas industriales conjuntamente con la promoción industrial nacional otorgando oportunidades a los empresarios para que compitan en proyectos a gran escala; la inversión con capitales extranjeros; y, la promoción de transferencia de tecnología que motivan al desarrollo económico.

Cuando se integran esfuerzos y capitales en la gestión de un proyecto común, los resultados se pueden ver incrementados, debido a que superan el límite individual y generan mayores beneficios. Las empresas utilizan esta figura contractual, generalmente, en proyectos u operaciones de gran complejidad de organización e infraestructura que superan la capacidad económica de una sola empresa. Por lo que, el objetivo del contrato de asociación empresarial es la unión de personas jurídicas o naturales por un lapso de tiempo para el desarrollo de una actividad en común, en la cual cada parte aporta lo necesario para su cumplimiento; por medio de este tipo contractual las empresas buscan generar ingresos y mayor rentabilidad con la disminución de costos a través de compartir riesgos de inversión, sin la necesidad de conformar una persona jurídica.

2.3. Generalidades de los contratos de asociación empresarial

Los avances a nivel mundial representan grandes desafíos para las empresas que buscan permanecer sin perder competitividad en el mercado, lo cual ha generado estrategias que permitan a las empresas desarrollar actividades de gran escala a través de asociaciones empresariales que adopten distintos mecanismos económicos y jurídicos que pueden materializarse a través de figuras societarias o de acuerdos contractuales que parten del principio de autonomía de la voluntad. En la actualidad las figuras asociativas han adoptado nuevas formas contractuales como lo son los contratos de asociación que facilitan la inversión y el desarrollo de proyectos sin la necesidad de constituir nuevas

personas jurídicas, que permite a las empresas conservar su independencia en las actividades que realicen comúnmente.

Los contratos de asociación empresarial son utilizados por las empresas con la finalidad de conseguir objetivos específicos y beneficios económicos; a través de la maximización de la producción minimizando los costos y asegurando la rentabilidad del capital invertido (Asenjo, 2004). La elaboración de estos contratos se da gracias a las libertades económicas, principalmente, a la libertad de empresa, de contratación y asociación que permiten a las empresas organizar libremente los objetivos, fijar de común acuerdo e imponer las condiciones que se crean necesarias entre quienes colaboran en la actividad empresarial (Correa, 2009). Por ello, en la forma y contenido se reconoce:

Libertad de formas que establece el informalismo como principio general, diciendo que estos contratos no están sujetos a requisitos de forma, sin perjuicio de que según el tipo de contrato que las partes decidan celebrar, deberán adaptarlo a las solemnidades que la norma ha impuesto para cada uno. No obstante, respetando aquel piso mínimo, los contratantes tienen no solo la libertad para elegir cuál de ellos les conviene celebrar, sino también para configurar estos contratos con otros contenidos (Sanchez et al., 2017, 405-406).

La creación de los contratos de asociación empresarial son una alternativa para la ejecución de un proyecto en común, a través de la búsqueda de compartir el riesgo en el desarrollo de la actividad económica, asumiendo conjuntamente tanto las utilidades como pérdidas, sin la necesidad de constituir una nueva persona jurídica y comprometer su capital sino hasta el monto de aporte (Aroz et. al, 2017). En este sentido, estos contratos tienen la finalidad de cumplir con un objetivo determinado, mediante la participación activa de todas las partes quienes cumplen un papel primordial en el desarrollo del proyecto; por ejemplo, en ciertas ocasiones la cooperación se basara en que uno de los contratantes persigue el fin y el otro ayuda a obtener el fin querido por el primero, o en otros casos existirá un interés conjunto de las partes para alcanzar el fin (De la Puente y Lavalle, 1996).

El rol que desempeñan los contratos de asociación empresarial en el mercado consiste en el desarrollo de un proyecto con la finalidad de obtención de beneficios económicos, a través de la cooperación entre empresas sin que conlleve la necesidad de constituir una nueva sociedad ni la pérdida de autonomía jurídica y económica; es decir, no implica la eliminación de la identidad e individualidad de la persona jurídica o empresa durante la realización del negocio en común (Osorio, 2008). Por lo que, su importancia en las

actuales relaciones comerciales se caracteriza por la facilidad de la unión de esfuerzos y recursos para la consecución de un fin lucrativo. Tal como se menciona, estos contratos se han desarrollado como:

Un creciente fenómeno de colaboración entre empresas para operar de manera conjunta sin que ello conlleve la pérdida de autonomía jurídica y económica, bien sea con el fin de satisfacer una necesidad de interés común o para realizar una actividad en el mercado, tanto en la fabricación o comercialización de bienes como en la prestación de servicios (Oviedo, 2009).

Al referirse a la colaboración empresarial debe entenderse como naturaleza asociativa, pues las empresas pueden interrelacionarse de distintas maneras a través de contratos para la obtención de un beneficio, para Etcheverry (2005), la colaboración empresarial puede adquirir diferentes modalidades: unilateral; reciproca; y, la colaboración entre dos o más sujetos con un fin determinado a través de la constitución de una tercera figura jurídica; inclusive pueden ser parte de la colaboración formas societarias y fusiones empresariales. Ante esto, la importancia de diferenciar el carácter asociativo del resto de los contratos que tengan fines económicos, radica en que las empresas que participan en estas uniones conservan su identidad y autonomía, es decir es una integración empresarial independiente que no forma una nueva sociedad.

Varios son los elementos que dan vida a la integración empresarial para la realización de una actividad a través de los contratos asociativos, sin embargo, el factor primordial es el económico que está reflejado en diferentes tipos de transacciones, como por ejemplo: “en la realización de exportaciones conjuntas, la participación en licitaciones nacionales e internacionales; la reducción de costos, la distribución del riesgo en las operaciones y la adquisición de nuevos beneficios técnicos y de mercado” (Peña, 2014, 545). Con la finalidad de que las empresas puedan permanecer dentro del mercado nacional e internacional y cumplir con sus objetivos sin perder su independencia en las actividades que desarrollen comúnmente. En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se establece ciertos requisitos que debe contener el contrato asociativo:

El contenido mínimo del “acuerdo de asociación” tiene los siguientes requisitos: capacidad, domicilio y lugar para notificaciones; designación de un representante con poder o representación suficiente para la suscripción y ejecución del contrato; porcentaje de participación que corresponde a cada asociado; asunción de la responsabilidad solidaria e indivisible de los asociados, incluyendo renuncia a los beneficios de orden y excusión (una errata del Reglamento dice “exclusión”). El plazo del acuerdo de asociación se debe extender por lo menos a 90 días con posterioridad al plazo contractual (Art. 30 R LOSNCP). (Pérez, 2008, 68).

En consecuencia se pueden determinar cómo las principales características de los contratos de asociación empresarial son:

1. Regular las relaciones de participación e integración en un negocio;
2. Contratos atípicos, por la falta de regulación en el ordenamiento jurídico no obstante se encuentran subordinados a las normas de derecho general;
3. No genera una nueva persona jurídica;
4. Su duración es transitoria, una vez concluido el proyecto la asociación termina;
5. Las partes deberán realizar aportaciones necesarias para el cumplimiento del contrato;
6. Tiene fin de lucro, las partes participan tanto en las utilidades y pérdidas, según el monto de su aportación;
7. La asociación no puede ejercer funciones de dirección sobre la actividad de los participantes; y,
8. No se forma un patrimonio propio en la asociación, sin embargo se diferencia del patrimonio de cada una.

2.3.1. Autonomía de las partes e inexistencia de personalidad jurídica

Para identificar a los contratos de asociación empresarial es preciso excluir a las figuras societarias encaminadas a la creación de una persona jurídica, pues una de las características en común de este tipo contractual es su carácter asociativo sin la necesidad de formar una nueva sociedad, lo cual permite se conserve su independencia jurídica y económica; como también que dicha asociación no interfiera en las actividades propias y relaciones de las empresas dentro del mercado. Como explica Roitman (2012), no constituyen grupos societarios sino formas contractuales como el medio idóneo para que las empresas puedan unir esfuerzos en el desarrollo de un proyecto que otorgue beneficios a las partes.

La mayoría de relaciones empresariales en el pasado evidenciaban la constitución de una sociedad con personalidad jurídica propia, distinta a la de los asociados como el único mecanismo para formar alianzas para la consecución de un fin común de gran o mediana escala. Hoy en día, la exigencia de establecer una nueva persona jurídica ha quedado superado gracias a las nuevas figuras asociativas contractuales; por lo que su regulación no depende de la aplicación de las normas sobre sociedades, pues no lo son, ni por medio de ellas se constituyen (Franchini et. al, 2008).

Para una mejor comprensión es necesario analizar las características principales de la persona jurídica. Para Moliner (2009), son realidades sociales que el propio ordenamiento le atribuye individualidad distinta a las de sus miembros, son sujetos de derechos y deberes, capaces de actuar por medio de sus órganos o representantes; nacen de un acto jurídico que requieren de inscripción en los respectivos registros públicos. La personalidad jurídica dota a las entidades constituidas por grupos de personas o empresas la capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, permite actuaciones con plena validez jurídica dentro del mercado y responder por dichos actos frente a terceros.

Al ser una persona jurídica, cualquier entidad tiene la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, dicha capacidad¹⁸ se desprende de la personalidad jurídica; en tal sentido, la Corte Constitucional ecuatoriana sostiene “La personalidad jurídica es la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones, es decir, requiere que el sujeto de derechos reúna la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio de un derecho determinado” (Corte Constitucional, 012-18-SIN-CC, 2018). Las agrupaciones empresariales que se generan por medio de los contratos asociativos no constituyen una persona jurídica distinta es decir, no adquiere derechos ni contrae obligaciones como tal la asociación, pues las partes conservan su propia personalidad e independencia jurídica; para la Corte Nacional de Justicia, sostiene:

Tratándose de entidades, tienen personalidad jurídica las que se han establecido por ley o han sido aprobadas como personas jurídicas conforme a ley; y, por tanto están en capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, y obviamente tienen que hacerlo a través del representante legal, por cuanto las personas jurídicas son personas “ficticias”. Los atributos de las personas jurídicas no difieren en el fondo de las personas físicas, y son: nombre, nacionalidad, domicilio, patrimonio y capacidad [...]; en el sector privado, las sociedades de

¹⁸ La capacidad de ser sujeto activo o pasivo de una relación jurídica es la aptitud que tienen todos por ser inherente a la persona o porque el ordenamiento jurídico así lo ha reconocido (Salgado, 2010).

hecho o consorcios no tienen personalidad jurídica (Corte Nacional de Justicia, 279-2009, 2009).

Quien otorga la personalidad jurídica a las asociaciones es la ley, ya sea porque se han establecido o han sido aprobadas conforme a ella. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente, en el Código Civil en el Libro I de las personas se reconoce a las personas jurídicas como aquellas personas ficticias capaces de ejercer derechos, contraer obligaciones y de ser representadas judicial y extrajudicialmente; además, señala que las personas jurídicas son de dos especies: las corporaciones y las fundaciones (Código Civil, 2005, art. 564). Igualmente, el mencionado código define a la sociedad como el contrato entre dos o más personas que acuerdan poner algo en común para obtener beneficios y dividirlos entre ellos; las sociedades forman una persona jurídica distinta a la de los socios (Código Civil, 2005, art. 1984). La consecuencia de la personalidad jurídica en las sociedades se refleja en sus efectos, especialmente, con el patrimonio que se crea que es propio e independiente; por ello, la diferencia principal entre los contratos de asociación y las sociedades, radica en:

Aquellos carecen de personalidad, particularmente porque no se genera un patrimonio para la funcionalidad organizada, careciendo de una organización jurídica para la formación y expresión de su voluntad, o sea de representación orgánica, que es el que puede generar un vínculo con terceros en relación a una organización personificada. En los contratos asociativos y de colaboración no surge sujeto alguno, por lo que la relación jurídica, aún destinada a una finalidad común, se establece entre las partes o miembros de aquellos y terceros, según el caso (Richard, 2017).

La Ley de Compañías define a la compañía como el contrato por el medio del cual dos o más personas unen sus capitales para realizar operaciones mercantiles y participar en las utilidades que se generen; asimismo, enuncia un listado de las cinco compañías comerciales¹⁹ que constituyen personas jurídicas; igualmente, se reconoce a las compañías accidentales o cuentas en participación, sin embargo se excluye del listado de compañías con persona jurídica distinta de los miembros que la conforman (Ley de Compañías, 1999). Por ello, al igual que la asociación o cuentas en participación el resto de contratos asociativos no constituyen una sociedad sino ante un contrato por el medio

¹⁹ Compañías de comercio como tal: la compañía en nombre colectivo; la compañía en comandita simple y dividida por acciones; la compañía de responsabilidad limitada; la compañía anónima; y, la compañía de economía mixta.

del cual los partes manifiestan su voluntad de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas determinadas.

Para efectos del régimen tributario ecuatoriano la noción de sociedad amplía y abarca a los consorcios o asociaciones empresariales que formen una unidad económica, y por este motivo se determina como sujeto pasivo de la obligación tributaria (LRTI, 2004). De igual manera, en los ordenamientos jurídicos de Colombia y Perú se considera a las sociedades de hecho y demás entes colectivos como sociedades, a pesar de que ellos no constituyan necesariamente una persona jurídica (Castañeda, 1993). El hecho que la administración tributaria reconozca a las distintas formas de asociaciones empresariales como sociedades no implica que la legislación les otorgue personalidad jurídica a estas figuras contractuales mercantiles, como ejemplo el mismo Código tributario al definir los sujetos pasivos en general menciona a las entidades carentes de personalidad jurídica que formen unidades económicas (2005, art. 24)²⁰; sino más bien lo que se busca es ejercer control e identificar las actividades económicas empresariales que se realicen dentro del mercado.

Por otro lado, en el ámbito de contratación pública se permite la actuación de los consorcios o asociaciones de personas naturales o jurídicas constituidas o por constituirse, para la celebración del contrato con la entidad pública se requiere la previa presentación de la escritura pública de celebración del contrato de asociación en la cual debe constar la designación de un apoderado (LOSNCP, 2008, art. 67); a tal respecto en la codificación de resoluciones emitidas por el Sistema Nacional de Contratación Pública se reconoce el derecho de las personas naturales o jurídica de presentar ofertas en forma asociada en cualquiera de los procedimientos de contratación previstos en la ley, además señala que las asociaciones no constituyen persona jurídica diferente a la de sus miembros (CRSNCP, 2018, art. 31).

Por lo tanto, a pesar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no tenga una regulación clara y precisa sobre los contratos de asociación empresarial, se puede llegar a la

²⁰ Art. 24.- Sujeto pasivo.- Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable. Se considerarán también sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva (Código Tributario, 2005, art. 24).

conclusión que ellos no constituyen una sociedad con persona jurídica distinta a la de sus miembros, lo cual genera que su vinculación sea independiente y su celebración no dependa de la calidad o de las características de los asociados. Para Peña (2014), la justificación de la carencia de personalidad jurídica se fundamenta en que forman parte no solo al derecho mercantil sino más bien al derecho de la economía²¹ y por este motivo no se encuentran dentro de las figuras societarias ni contractuales consagradas en la ley; además, las asociaciones que se constituyen tienen sus propias reglas como por ejemplo, pueden incorporarse nuevas partes durante su ejecución sin que ello conlleve la celebración de otro contrato.

2.3.2. Administración y operación

La libertad contractual que gozan las empresas cumple un papel fundamental para señalar atribuciones, funciones y obligaciones que tiene cada una de las partes para el desarrollo del contrato. A modo de estrategia se acude a los contratos de asociación, para que mediante la agrupación de personas se lleve a cabo un proceso productivo para la obtención de réditos económicos con la reducción de costes; las empresas que participan en la asociación realizan intercambios de bienes, conocimientos o capacidades según lo que se haya pactado; en tal sentido, las partes buscan aumentar su competitividad a través de la unión de esfuerzo. Por ello, es indispensable discutir sobre el manejo de la administración y operaciones que se desarrollen por razón de la cooperación empresarial; en muchos de los casos la administración y dirección de la asociación debe manejarse de la siguiente forma:

A cargo de una o más personas físicas y designadas en el contrato o posteriormente por resolución de los participantes y la norma legal remite al mandato comercial, en caso de ser varios los administradores y si nada se dijera en el contrato, se entiende que pueden actuar en forma indistinta. En menester destacar que los administradores deben ser personas físicas. Las agrupaciones no pueden ejercer funciones sobre las actividades de sus miembros (Taleva, 2011).

²¹ Al tratarse de derecho económico se refiere “al conjunto de normas que rigen la organización de la economía de poderes públicos y regulas las actividades económicas de las personas privadas y del Estado, a fin de dar cumplimiento a la política económica puesta en práctica por el Estado como poder político, conforme a la ideología adoptada al respecto” (Farina, 1999, 46).

La participación que realiza cada empresa no significa la absorción de sus actividades por completo, debido a que cada una conserva su individualidad en las demás actividades comerciales que realice en el mercado. Por ello, como menciona Osorio (2008), las operaciones son de manejo conjunto, pues la participación de las partes no es igual en todos los casos, no se puede pretender que exista una representación uniforme. No se establece una forma precisa para su administración, por lo cual las partes son libres de fijar quien se encargue de ello, puede ser alguno o varios de los contratantes o un tercero encargado únicamente para ese cargo, puede existir tanto la figura del representante comercial o del administrador según como se haya delimitado sus funciones en el contrato. (Oviedo, 2009).

Parte de la administración en los contratos asociativos corresponde el tema de la responsabilidad frente a terceros, varios autores explican que por las obligaciones que asuman los representantes de la agrupación responden ilimitada y solidariamente frente a terceros; sin embargo, no se presume la solidaridad de las empresas por los actos que se ejecuten o por las obligaciones que se contraen con terceros, sino debe existir de forma expresa en el contrato. Esto en razón de que las partes no actúan personalmente y es el representante quien asume todos y cada uno de los derechos y obligaciones que se presenten en el transcurso del proyecto (Osorio; 2008; Taleva, 2011; Farina, 1999).

Por otro lado, las contribuciones que están obligadas a realizar las partes por el contrato, no forman un patrimonio independiente cada uno conversa su independencia y titularidad, debido a que no se crea una persona jurídica. Esto no implica que no se establezcan figuras para que se pueda actuar patrimonialmente, para Taleva (2011), las aportaciones no están destinadas a la formación de un capital societario, sino constituyen un fondo común operativo de la agrupación sobre el cual cada parte conserva su derecho y titularidad, incluso los fondos pueden permanecer en el patrimonio de cada uno, siempre y cuando, se encuentren destinados a la culminación del interés común. Con respecto a la contabilidad que se lleve debe ser independiente:

Es conveniente que las partes que celebren uno de estos tipos contractuales, lleven contabilidad independiente de cada uno de sus miembros, discriminando los movimientos de cada partícipe. La contabilidad independiente, permite discriminar los movimientos para conocer los resultados de la gestión y del contrato, la participación de los ingresos, costos y gastos, así como los derechos y obligaciones, activos, pasivos y/o contingencias (Peña, 2003, 246).

La administración y operación que se realicen a través de los contratos de asociación no es una sola, debido a su uso y a la adaptación que se dé según las necesidades de las empresas, por ejemplo los contratos de asociación o cuentas en participación, si bien son contratos asociativos su operatividad cambia porque una de las partes se encarga de la gestión del negocio, mientras que la otra no asume ningún rol en su ejecución. A pesar de las diferencias que se puedan dar en el modo de operar con cada tipo contractual, se debe recordar que las empresas pueden continuar desempeñando sus actividades habituales de forma independiente y seguir compitiendo en el mercado unas con otras; siempre y cuando, no se trate de la actividad con la que actúan en el contrato de asociación.

2.3.3. Reglas de gobierno y tomas de decisiones

Los contratos de asociación se conforman para cumplir con varios objetivos en común entre empresas, es decir, el fin de este contrato es alcanzar un fin común de los miembros, se asemeja a los contratos de sociedades pero no supone las formalidades y exigencias que este requiere como el nombre, constitución de un patrimonio propio, registro entre otros; su importancia radica en la facilidad que las empresas unen esfuerzos y recursos para conseguir un fin común y la con repartición de las utilidades según la culminación del proyecto. En tal sentido, al formar estas agrupaciones es necesario contar con un órgano de toma y ejecución de decisiones, sin embargo es importante recalcar que el control y dirección del proyecto es compartido por todos los miembros. Por ello:

Otro de los contenidos mínimos del contrato es la descripción de los medios, atribuciones y poderes que se establecen para dirigir la organización y actividad común, administrar el fondo operativo, representar individual y colectivamente a los participantes y controlar su actividad al solo efecto de comprobar el cumplimiento de las obligaciones asumidas (Sanchez et al., 2017, 419).

Al no establecerse normas sobre la administración en la legislación y en virtud del principio de la libertad contractual, las empresas tienen la facultad de establecer los medios y formas de gobierno que regirán a la asociación, para Bado y López (2016), en la práctica se conforma un directorio y se nombra un administrador o representante, no necesariamente el administrador debe identificarse como el representante o viceversa, e incluso pueden existir las dos figuras con funciones específicamente delimitadas. En la legislación argentina se señala que la dirección y administración de los contratos de asociación está a cargo de una o varias personas naturales designadas en el contrato o

posteriormente por los participantes, a las cuales son aplicables las reglas del mandato; en caso de ser varios administradores podrán actuar indistintamente si no se estipula lo contrario en el contrato (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014, art. 1457).

En los contratos de asociación empresarial todas y cada una de las partes tiene el derecho de operar la agrupación; sin embargo se recomienda que esta actividad se realice a través de una figura visible que trabaje por medio de un *mandato* otorgado por todos los miembros (Oviedo, 2010). A quien se le otorgue el mandato actuara como el representante comercial de la asociación empresarial, sin embargo cabe mencionar que la figura de representante comercial que se hace alusión en los contratos asociativos, no se asemeja a la figura de representante legal como tal, pues como se ha mencionado las agrupaciones que se forman por medio de este contrato no constituyen una nueva sociedad con personalidad jurídica propia y esta es una condición necesaria para ser representante legal de un tercero; por lo cual se utiliza el termino representante como referente y se acude a la figura del mandato en la cual se reconoce al apoderado (Sanchez et al., 2017).

En el Código Civil ecuatoriano en su Título XXVII identifica al mandato como el contrato mediante el cual se le otorga a una persona natural la gestión del negocio, es decir el representante comercial únicamente puede efectuar actos de administración como:

- a) Administración y dirección de la asociación por medio del poder otorgado por cada una de los participantes, cabe recalcar que el administrador no es apoderado de la unión como un ente independiente pues carece de personalidad jurídica.
- b) Velar por los intereses de los miembros, ejecutar y cumplir con las decisiones del directorio; es decir, tiene poder para ejercer derechos y contraer obligaciones para el debido desarrollo o ejecución del proyecto.
- c) Pagar deudas y cobrar créditos referentes al negocio; perseguir en juicio a los deudores.

Para Sanchez et al. (2017) y en concordancia con el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina (2014), los representantes tienen cuatro obligaciones fundamentales:

- a) Llevar contabilidad, se debe llevar libros contables en los que conste la situación patrimonial de la asociación, en la cual se detalle los ingresos, gastos en que se incurra en el desempeño de las funciones.

- b) Deber de informar a los miembros de la asociación sobre el estado del proyecto y mantener al tanto sobre la existencia de posibles causales que afecten al contrato. Como también, rendir cuentas de su gestión.
- c) Responsabilidad, en toda actuación que realice en nombre de la asociación debe exteriorizar ese carácter, pues de lo contrario será responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la omisión. Además, es responsable de utilizar el fondo común operativo de manera adecuada y únicamente para fines de cumplimiento con el objeto del contrato de asociación; lo cual incluye la guardia, custodia y conservación de los bienes que formen parte del fondo. Los representantes no pueden adquirir bienes para la asociación, debido a que únicamente se permiten los negocios que impliquen un beneficio para los miembros. En caso de terminación del contrato puede proponer un plan de liquidación y partición de los bienes.

El representante es responsable de sus actos hasta por culpa leve, es decir por aquella falta de diligencia y cuidado que cualquiera emplee ordinariamente en sus negocios propios; dentro de esta culpa se encuentran los administradores de negocios (Código Civil, 2005, art. 29).

- d) Convocar a reuniones para tratar temas relacionados con la ejecución del contrato o temas relacionadas al cumplimiento del objeto del contrato. De dichas reuniones tendrá la obligación de elaborar y cuidar las actas que se generen.

El representante o administrador tiene plenos poderes para ejercer derechos y contraer obligaciones, para la terminación del mandato se requiere la decisión unánime de todos los miembros; de igual manera, si uno de los miembros se separa de la asociación implica la revocación del poder otorgado al representante. En el Código Civil ecuatoriano en el art. 2067, se señalan las causales para la terminación del mandato entre ellas: 1) al cumplirse con el objeto del contrato; 2) por revocación del mandante que puede ser expresa o tácita, o renuncia del mandatario; y, 3) por la quiebra, insolvencia o interdicción del uno o del otro.

Por otro parte, los contratos de asociación empresarial prevén para la toma de decisiones la constitución del directorio u órgano de gobierno conformado por todos los miembros²², lo relativo a la convocatoria y quorum de instalación de las reuniones debe determinarse en el contrato. Es el máximo órgano de las asociaciones encargado, principalmente de la organización del proceso productivo de la actividad económica encaminado al cumplimiento del fin común, dichas actividades son ejecutadas y controladas por el administrador. Para Sanchez et al. (2017)²³, la actividad gubernamental de toma de decisiones del contrato tiene dos facetas:

1. Tendientes al cumplimiento del objeto del contrato para lo cual se requiere mayoría absoluta de todos los miembros, siempre y cuando, en el contrato no se haya acordado una mayoría distinta. Se pueden impugnar las resoluciones en casos que se violes las disposiciones contractuales o legales.
2. Vinculadas a la modificación del contrato, al ser de naturaleza jurídica contractual, toda modificación debe subsanarse con otro acto jurídico, por lo cual se requiere el consentimiento y aprobación de todos los miembros; por ejemplo, el ingreso de un nuevo miembro o el retiro de uno de ellos del acuerdo empresarial.

El órgano de gobierno se encarga de tomar todo tipo de decisión que son de suma importancia para el debido desarrollo del proyecto, entre las principales se encuentran:

- a) La adopción de políticas referentes a la gestión de la asociación tendientes al cumplimiento del objeto del contrato;
- b) Nombrar al administrador o representante, vigilar sus actividades y aprobar los informes que emitan con respecto a la contabilidad o gestión; y,
- c) En caso de terminación del contrato, aprobar la liquidación y partición de utilidades que forman el fondo común operativo.

²² El directorio está constituido por todos los miembros que en este caso son personas jurídicas; por lo cual quienes conforman la asociación son los representantes legales de cada uno de ellos.

²³ El análisis que se realiza es en base a las disposiciones adoptadas en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en el Capítulo 16 de Contratos asociativos.

En los contratos asociativos, si los miembros consideran oportuno puede constituirse un órgano de fiscalización encargado de garantizar el cumplimiento del contrato; sin embargo, por la naturaleza temporal de este tipo contractual resulta innecesaria su constitución, ya que se debe recordar que cada uno de los participantes de la asociación tiene la potestad de controlar toda actividad referente al desarrollo del negocio, los estados financieros, libros contables, estado de los bienes que forman el fondo común operativo y cualquier documento que crea pertinente.

Una de las principales características de los contratos de asociación empresarial es la independencia jurídica y económica que las empresas conservan con respecto de las actividades comerciales que desempeñen dentro del mercado, pues en la mayoría de los casos dichas empresas son competitivas entre ellas. Ahora bien, esta autonomía e independencia contribuye a que en ningún caso se ejerce control sobre la actividad individual de los miembros por parte del directorio, siempre y cuando, las empresas no realicen la misma actividad por la cual se asociaron, en concordancia con el principio de no concurrencia.

En síntesis, como regla general todos los participantes de los contratos de asociación empresarial tienen el control y gobierno de la agrupación, todos ellos conforman el máximo órgano de gobierno o directorio encargado de tomar decisiones tendientes a cumplir el objeto del contrato; además, para su efectiva realización designan a una o varias personas naturales como representantes para que administren las gestiones relacionadas al negocio y solo aquellas atribuciones otorgadas por el directorio por medio del mandato. Existen contratos asociativos como los contratos de asociación o cuentas en participación que son la excepción a la regla, pues en ellos no se forma un órgano de gobierno ni todos los participantes tienen el control sobre el negocio, debido a que solo una de las partes denominado gestor está encargado del control y administración del negocio.

2.3.4. Responsabilidad frente a terceros

Uno de los temas de mayor discusión es la determinación de qué tipo de responsabilidad tienen las partes al constituir asociaciones por medio de estos tipos contractuales, existen varios criterios doctrinales sobre cual se adapta mejor a esta figura jurídica. La

responsabilidad frente a terceros tiene una fuerte vinculación con la capacidad procesal o legal, que consiste en la facultad de todas las personas en poderse obligar por sí mismas, y sin el ministerio o la autorización de otra, excepto aquellas que determine la ley como incapaces (Código Civil, 2005, art. 1461); se debe recordar que los contratos de asociación empresarial no poseen personalidad jurídica propia, y por lo tanto, como menciona la Corte Nacional de Justicia:

En el caso de las personas jurídicas, la personería corresponde al representante legal y bien vale aclarar que, en el caso de entidades, sólo las personas jurídicas tienen representante legal; y, por tanto, los entes sin personalidad jurídica no tienen representante legal. Por ello, en el sector privado, las sociedades de hecho o consorcios, que no tienen personalidad jurídica, no pueden demandar o ser demandados como tales sociedades o consorcios, sino que tienen que demandar o demandarse a las personas naturales o jurídicas que las conforman (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, R. 170, 2009).

De lo señalado por la Corte, se puede considerar dos puntos importantes, el primero referente a la capacidad procesal que en el caso de un proceso judicial al carecer de personería jurídica las asociaciones, ya sea para demandar o demandarse, todos los miembros de la agrupación deberán comparecer a juicio de manera directa y personal; o mediante un procurador común designado por todos los miembros o por procuración judicial (COGEP, 2015).

Por otro lado, al tomar como referente el criterio de la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, al establecer que las asociaciones o consorcios no constituyen personas jurídicas capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos, son cada uno de los miembros que conforman la agrupación quienes ejercen todos los derechos y contraen obligaciones; por lo que, el tipo de responsabilidad para responder frente a terceros dependerá del acuerdo de la voluntad de los miembros expresado en el contrato, ya sea a prorrata de su aportación o por responsabilidad solidaria o conjunta. En las relaciones jurídicas contractuales, por regla general los miembros o deudores responden frente a una obligación según su cuota o parte (Código Civil, 2005, art. 1527); por lo tanto, la presunción de la responsabilidad solidaria no es admitida por la legislación ecuatoriana, ya que debe constar expresamente en el contrato o por mandato de ley. Como también, en Colombia es costumbre:

Que en los contratos de riesgo compartido (joint venture), celebrados bajo la modalidad de consorcio o unión temporal, acordar entre los asociados la

distribución de la responsabilidad interna en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato (Cámara de Comercio de Bogotá, 2018).

Por regla general, la responsabilidad frente a terceros por obligaciones asumidas por la asociación es determinada por los mismos miembros en el contrato. Para Larrea (2007), cada sujeto está obligado únicamente al pago de la obligación hasta el monto de su aporte y exigir el cumplimiento de la suya; por esto, los participantes de la asociación son exclusivamente responsables de la cuota que les corresponde, por lo cual no se puede exigir el cumplimiento de la obligación a un solo miembro; y, en caso de que uno de ellos abandone la agrupación su responsabilidad por el cumplimiento de la obligación no gravara a los demás. Este tipo de responsabilidad genera ciertos efectos, como lo explica Torres (2014):

- a) En el caso de mora de uno de los miembros esta no afecta a la cuota de los demás.
- b) La nulidad y prescripción en una de las obligaciones no beneficia ni perjudica a las demás obligaciones.
- c) La insolvencia de uno de los miembros no afecta la obligación de los demás, ni da el derecho de terceros a iniciar acciones en contra de ellos.
- d) Las cuotas se dividen en partes iguales para todos los miembros como regla general, salvo disposición en contraria ya sea por lo acordado en el contrato entre las partes o por la ley.

En la legislación argentina, la determinación de la responsabilidad que se genere en los contratos asociativos depende del tipo de contrato que se celebre, sin embargo, coinciden ellos en la responsabilidad solidaria se establece ya sea por imposición de la ley o por convenio de las partes, pues la solidaridad como se menciona no se presume. Por ejemplo ²⁴, en el caso del contrato de agrupación de colaboración se reconoce expresamente por mandato de ley la solidaridad de las partes frente a terceros por las obligaciones que los representantes asuman en nombre de la asociación; por otro lado, al referirse a los contratos de unión transitoria y consorcio de cooperación excepto disposición en contrario, se determina que el contrato deberá establecer en qué proporción

²⁴ Todos los contratos mencionados son aquellos reconocidos por la legislación argentina en el Código Civil y Comercio de la Nación Argentina.

son responsables, siempre y cuando, esto no exceda a la cuota de la aportación de cada miembro (Código Civil y Comercio de la Nación Argentina, 2014).

Los contratos asociativos no dependen únicamente de la responsabilidad solidaria frente a terceros, pues los miembros de la asociación tienen la posibilidad de convenir libremente sobre el porcentaje que deberán responder por las obligaciones asumidas por el representante en nombre de la agrupación; dicho porcentaje podrá ser igual o distinto según la cuota o aporte y la gestión realizada por cada uno de los miembros. Por lo tanto, tanto para el ordenamiento jurídico argentino y ecuatoriano, los miembros deben responder frente a terceros por su parte o cuota de la obligación; y, será solidaria únicamente cuando las partes así lo determinen en el contrato o en caso de que la ley lo ordene.

En contraste con esto, como se mencionó anteriormente existe la posibilidad de responder ante terceros por responsabilidad solidaria únicamente por mandato expreso de la ley o por convenio entre las partes; esta responsabilidad afecta a todos los miembros de la asociación, quienes están obligados a cumplir con todo lo pactado y a responder por todos los actos que se realicen en nombre de ella; además, los terceros tienen el derecho de exigir el cumplimiento de las obligaciones a cualquiera de los participantes; cabe mencionar que responden solidariamente con el fondo común operativo, sin que el patrimonio propio de cada empresa se encuentre expuesto a las obligaciones ante terceros (Taleva, 2011).

La responsabilidad solidaria es una obligación en la que necesariamente existirá pluralidad de sujetos y para su constitución debe ser declarada expresamente en el contrato. Se encuentra contemplada en el Código Civil ecuatoriano a partir del artículo 1527, que consiste en exigir a cada uno de los participantes el total de la deuda en virtud de la convención de las partes o la ley. En este sentido, todas las actividades realizadas por la asociación generan responsabilidad por todo lo contraído con terceros, sin embargo esto no recae sobre la cooperación empresarial, pues al no tener personalidad jurídica propia no es sujeto de derechos, por ello la responsabilidad es de todos y cada uno de los participantes. Para Torres (2014), indica que las características de esta responsabilidad son:

- a) Pluralidad de sujetos, de esta característica se desprende la clasificación de solidaridad activa, pasiva o mixta; de este modo, la primera se refiere a la pluralidad

de sujetos en los acreedores quienes son considerados como los dueños totales del crédito, el deudor se ve obligado de realizar el pago a varias personas como cualquiera de los acreedores tienen el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación; y, la segunda es aquella en la que existen varios deudores como garantía para el cumplimiento íntegro de la obligación frente a terceros. En el caso específico de los contratos asociativos la responsabilidad es mixta, en la cual pueden intervenir pluralidad de acreedores y deudores; además por su naturaleza jurídica son contratos plurilaterales en el cual las partes tienen el mismo nivel de responsabilidad, ya que no se distingue entre las partes.

- b) Pluralidad de vínculos, se refiere a que existe tantos vínculos jurídicos como participantes existan en la asociación.
- c) Es la excepción a la regla de la responsabilidad conjunta o mancomunada²⁵, ya que la solidaridad no se presume debe ser declarada por voluntad de las partes en el contrato asociativo o tiene que ser establecida por la ley.

En la legislación ecuatoriana se prevé como requisito para que una asociación o consorcio contrate con el Estado, necesariamente se deberá estipular en el contrato asociativo la responsabilidad solidaria e indivisible de los participantes (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 99). Como analiza Pérez (2008), la ley ecuatoriana establece ciertos requisitos para que las asociaciones puedan contratar con el Estado, entre ellas: la inscripción de todos los miembros en el Registro Único de Proveedores; la responsabilidad solidaria e indivisible de los miembros de asociaciones o consorcios por las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, indistintamente del plazo de la duración de la asociación; y, la constitución de la asociación o consorcio por medio de escritura pública. De igual manera, en Colombia la Corte Suprema de Justicia sostiene que:

En materia de contratación estatal esa potestad termina atribuyéndose, siguiendo la regla general, a las personas que integran el consorcio, pues es en ellas en

²⁵ Para Torres (2014), la pluralidad de personas en las relaciones jurídicas determinan que tipo de responsabilidad se generará. En el caso de las obligaciones mancomunadas o conjuntas se refiere en que existe pluralidad de sujetos pero solo existe un objetivo pero existen tantos vínculos obligacionales como partes de la relación, es decir, cada parte responde frente a terceros por el total de su aporte. Se constituye como la regla general en las relaciones jurídicas.

quienes se radican los efectos del contrato y sus consecuencias jurídicas. Así, son los consorciados y no el consorcio quienes se hacen responsables, solidariamente, de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato. Son ellos quienes resultan comprometidos por las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación, Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01, 2006).

En Colombia, en materia de contratación estatal la responsabilidad de los miembros de las asociaciones o consorcios también es solidaria en las obligaciones adquiridas en la propuesta y en el contrato; asimismo, la Corte señala que cuando se constituyen asociaciones para la celebración de un contrato con el Estado, el dinero depositado como anticipo de pago están exentos de cualquier medida cautelar.

En definitiva, uno de los beneficios de los contratos de asociación empresarial es la libertad que tienen las partes para acordar el tipo de responsabilidad por lo cual responderán frente a terceros. Como regla general, los miembros responden por todos y cada una de las obligaciones asumidas únicamente hasta por el monto máximo de su aporte; y, por excepción tendrán responsabilidad solidaria ya sea que las partes lo acuerden en el contrato o la ley así lo disponga.

2.3.5. Fondo común operativo

En los contratos de asociación empresarial existe una unión de esfuerzos para la obtención de un objetivo común, por el cual los participantes de la asociación aportan recursos, tales como: maquinaria, infraestructura, dinero, plantas industriales, transfieren tecnología, *know how*²⁶ de una operación, entre otros. Todos los recursos tanto las contribuciones de los miembros como los bienes que se adquieran en nombre de ella forman parte de un fondo común operativo, el cual no se asemejan a la constitución de un patrimonio propio de la agrupación.

²⁶ Es el conjunto de conocimientos, ideas y técnicas desarrolladas por privados, que no son de dominio público. Por lo cual, el compartir esa información de empresa a empresa resulta en muchos casos difícil por la competitividad que existe entre ellas; sin embargo, al conformar las agrupaciones empresariales resulta beneficioso compartir esos conocimientos para la realización del negocio.

2.3.5.1. Titularidad de los bienes aportados

Las asociaciones constituidas por medio de los contratos de asociación empresarial no forman una nueva sociedad distinta a la de sus miembros como consecuencia carecen de personalidad jurídica y de patrimonio propio, es decir, no son sujetos de derechos ni de obligaciones, esto recae directamente sobre todos y cada uno de sus miembros según se haya convenido en el contrato. Por ello, en la legislación Argentina se establece que los contratos asociativos no son aplicables las normas relativas a las sociedades (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014, art. 1442). Como se explica:

El fondo común operativo de la agrupación es una especie de patrimonio tenido en condominio destinado a la consecución del objeto de la agrupación. Se encuentra constituido por las contribuciones de los participantes y los bienes que con ellas se adquieran. Durante la ejecución del contrato, los bienes deben mantenerse indivisos, lo que significa que su propiedad no se le transfiere a una persona en particular, sino que convencionalmente se pacta una indivisibilidad sobre ese fondo al cual todos han contribuido (Sanchez et al., 2017, 418).

En el mismo código en el art. 1458 determina que las contribuciones de los miembros y todos los bienes que se adquieran para el desarrollo del proyecto formaran parte del fondo común operativo. Dicho fondo, como explica Peña (2003), es aquel en que se reúnen todos los bienes individuales aportados por cada miembro para invertirlos en su totalidad con la obligación de mantener separados jurídica y contablemente los bienes de cada miembro; además, es considerado como fondo de gastos operativos destinado a afrontar los gastos que se generen en la celebración del contrato y en su ejecución. Por ello, durante el plazo establecido en el contrato o hasta la culminación del proyecto los bienes se mantendrán indivisos.

Los miembros de la asociación conservan la titularidad de los bienes aportados a la asociación continúan como parte de su patrimonio, ya que no se transfieren a la agrupación. Cabe recalcar que una de las principales diferencias entre las sociedades mercantiles y las asociaciones empresariales es que las primeras tienen como requisito indispensable la constitución de un patrimonio propio distinto a la de sus socios, la existencia del patrimonio separado le permite a la sociedad ser sujeto de derechos y obligaciones imputables a la sociedad en sí; por lo cual, los miembros pierden la

titularidad de los bienes, pues estos se transfieren de su patrimonio al patrimonio de la nueva sociedad.

Por el contrario, al celebrar contratos asociativos, no se constituye un patrimonio propio, existe la posibilidad que los miembros puedan o no formar el fondo común operativo, como analiza Freire (2011), las actividades a las que estén obligadas a realizar cada miembros pueden desarrollarse por separado en el caso de que cada uno se responsabilice por una etapa determinada del proyecto, por lo tanto el trabajo no deberá ser de manera conjunta, y como consecuencia no habrá la necesidad de constituir el fondo operativo. Esto, no significa que no exista una cooperación empresarial conjunta, pues todo dependerá de lo convenido por las partes, sin embargo, es aconsejable que siempre se constituya un fondo operativo como respaldo para cumplir con el objeto del contrato como cubrir los gastos que se puedan generar en el transcurso de la ejecución del proyecto.

En conclusión, la titularidad de los bienes aportados la conservan los miembros de la asociación como parte de su propio patrimonio, únicamente, pasan a formar parte de un fondo común operativo desde la celebración del contrato hasta la culminación del proyecto; este fondo está conformado destinado a cubrir todos los gastos que se generen durante la celebración del proyecto; y, está conformado por todos los bienes aportados por los miembros. Además, todos los bienes del fondo común operativo son indivisibles, esto como garantía y respaldo de la asociación.

2.3.5.2. Bienes aportados

En los contratos de asociación empresarial cada miembro aporta sus activos con el objetivo de ser utilizados en el proceso productivo dentro de la actividad conjunta; sin embargo, cada miembro conserva la propiedad de sus bienes por la falta de patrimonio propio de la asociación. Esto permite que las agrupaciones empresariales tenga una estructura flexible para la concentración de toda clase de recursos económicos, tecnológicos²⁷, industriales, talento humano y conocimientos propios de cada empresa,

²⁷ Debido a los constantes cambios tecnológicos una de las principales ventajas es el aporte que realizan los miembros sobre el conocimiento de nuevas técnicas tecnológicas que promueven una aceleración e

que permiten que la asociación tenga un mayor desempeño, lo cual mejora su competitividad frente a otras empresas en el mercado.

Las aportaciones que se realicen a la asociación pueden ser objeto de acuerdos complejos que sean anexos al contrato base o pueden formar parte del contrato en una de sus cláusulas, es importante que estos acuerdos contengan adicionalmente cláusulas de confidencialidad y no competencia; por otro lado, las aportaciones pueden consistir en dinero, industria, bienes, servicios o trabajos que sea apreciables en dinero y reporten beneficios (Código Civil, 2005, art. 1959). Para Medina de Lemus (2007), la naturaleza de las aportaciones puede ser de varias formas:

1. Financieras son aquellas que se realizan en dinero.
2. En especie, el aporte que realicen los miembros de la asociación pueden ser bienes muebles o inmuebles, a diferencia de lo establecido en la Ley de Compañías artículo 10, los bienes aportados no se entenderán como traslativos de dominio. En el contrato asociativo deberá constar todas las especificaciones de los bienes. Dentro de esta clase de aportación se encuentra el acceso a instalaciones industriales o locales, materia prima y tecnología.
3. Actividades determinadas, parte de las aportaciones que pueden realizar los miembros es trabajo en una actividad en específico dentro del proceso productivo.

Otro tipo de aporte que pueden realizar los miembros son activos intangibles, en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos señala que los derechos otorgados a los titulares de las diferentes expresiones de la propiedad industrial pueden ser transferibles o gravadas por ser parte del comercio; igualmente, el mismo código señala que la transferencia de tecnología comprende los conocimientos, técnicas o procesos tecnológicos que permitan la elaboración de servicios, productos o procesos (2016, art. 81). La importancia de este tipo de aportes radica en que una de las principales razones para la celebración de los contratos asociativos son los constantes cambios tecnológicos, lo cual provoca que las empresas busquen distintas formas de asociación que les permita

innovación industrial y acortan tiempos de los procesos productivos de una actividad económica en específico.

acceder a nueva tecnología con el objetivo de colocarse en una situación de ventaja frente a otros competidores en el mercado.

Ahora bien, los bienes que forman parte del fondo común operativo son indivisibles durante el plazo determinado en el contrato o hasta la culminación del proyecto (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014, art. 1458); El carácter indivisible de un bien puede ser resultado de un acto contractual en el cual varias personas disponen o adquieren un bien conjuntamente; de la misma manera, se debe tomar en cuenta que la indivisión es una condición que se puede establecer sobre un bien en común que se encuentra bajo la administración de varios sujetos (Larrea, 2007); lo cual genera:

1. Los administradores de la asociación con los recursos que forman parte del fondo común operativo no pueden adquirir bienes en nombre de la agrupación, únicamente puede adquirir bienes para los miembros que podrán ser destinados a formar parte del fondo operativo, siempre y cuando, conste expresamente dentro de sus facultades en el contrato (Sanchez, 2017).
2. En caso de que exista una cosa en común entre varias personas pro indiviso, cada una de los miembros de la asociación tienen la posibilidad de vender su aporte o cuota sin el consentimiento de los demás miembros (Código Civil, 2005, art. 1751). En tal sentido, el fondo común operativo tiene relación con las disipaciones pertinentes al cuasicontrato de comunidad²⁸, el Código Civil determina que las obligaciones contraídas a nombre de la sociedad recaen sobre quien las contrajo, sin embargo puede solicitar reembolso (2005, art. 2027).
3. Los acreedores particulares de los miembros no puedan hacer valer sus derechos sobre los bienes que forman parte de la agrupación (Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 2014).

Los contratos asociativos se constituyen con el objetivo de conseguir un beneficio económico, el porcentaje que le corresponda a cada miembro por la participación en el proyecto, como explica Medina de Lemus (2007), si la agrupación empresarial persigue

²⁸ El Código Civil establece que: La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato (2005, art. 2204)

la entrega de dividendos por la actividad conjunta, la proporción entre el derecho y aporte a recibir será equivalente al porcentaje o cuota aportado en un inicio por el miembro, esto de conformidad con el Código Civil que determina la división de los beneficios obtenidos debe ser a prorrata de los valores que cada uno de los miembros aporó al fondo común y la división de las pérdidas será a prorrata de la división de los beneficios (2005, art. 1972). Mientras que, si las ganancias se obtienen por otros fines como el acceso a instalaciones o resultados de una investigación, el reparto será distinto y en todos los casos dependerá de lo convenido por las partes en el contrato.

Existe una salvedad en cuanto a la titularidad de los bienes aportados en el caso de los contratos de asociación o cuentas en participación, pues en esta clase de contratos los bienes ingresan plenamente al patrimonio del gestor mientras que los partícipes no tienen ningún derecho sobre ellos, por ello no se crea patrimonio común alguno (Díaz, 2010). En concordancia a esto, la Ley de Compañías establece que los asociados no tienen derecho de propiedad sobre los bienes aportados sin importar que hayan sido aportados por ellos, ya que los derechos de los partícipes están limitados a la redición de cuentas de lo aportado como de las ganancias y pérdidas existentes (1999, art. 425)

En definitiva, los bienes aportados a la asociación forman parte del fondo común operativo y son indivisibles durante todo el tiempo que dure la asociación; los aportes que realicen los miembros pueden ser financieros; en especie ya sean bienes muebles e inmuebles; de talento humano que se encargue del desarrollo de un trabajo en específico; tecnológico; e incluso los derechos otorgados a los titulares de las diferentes manifestaciones de propiedad intelectual. Con respecto al reparto de las ganancias o pérdidas que puedan suscitar de la asociación serán en relación al porcentaje de la aportación de cada miembro, salvo se haya pactado en el contrato una forma en particular para repartición de los beneficios.

2.3.6. Liquidación de los contratos de asociación empresarial

Las reglas de liquidación de la asociación empresarial se someten a lo convenido por las partes en el contrato, la principal causa es por la expiración del plazo acordado o la culminación del objetivo común. Para Sánchez et al. (2017), son varias los casos en

relación a los principios generales de los contratos asociativos por los que se produce la liquidación de la cooperación empresarial:

1. Recisión plurilateral, acuerdo de todos los asociados. Al tratarse de una modificación del contrato se requiere el consentimiento y aprobación de todos los miembros.
2. Recisión unilateral en caso de haber estipulado esta facultad en el contrato.
3. Terminación del plazo de duración del contrato, lo cual procede de pleno derecho a menos que se haya estipulado lo contrario, es decir las partes pueden pactar una prórroga hasta la culminación del proyecto.
4. Culminación del fin común por el cual se celebró el contrato o la imposibilidad de su ejecución.
5. Por disposición de la autoridad competente, sobre todo en los casos de prácticas restrictivas a la competencia establecidas en la Ley de Regulación y Control de Poder del Mercado.

Cabe mencionar que al ser contratos plurilaterales la separación de uno de los miembros de la cooperación empresarial no extingue el contrato, salvo que la actividad que se realice sea de tal importancia que imposibilite el desarrollo del negocio o proyecto (Díaz, 2010); por lo cual la responsabilidad de los miembros continua tanto frente a terceros como entre ellos, pues las obligaciones que tienen son independientes lo que genera que la falta de cumplimiento de una obligación o la nulidad que pudiera producirse por uno de ellos no afecta a las demás obligaciones ni al negocio.

En el caso que se produjera la liquidación de los contratos de asociación empresarial se deberá repartir tanto las pérdidas y ganancias del negocio, esta división será de acuerdo a lo convenido por las partes (Código Civil, 2005, art. 1970); por el contrario, en caso de estipulación expresa de los asociados se entenderá que la división se deberá realizar a prorrata del porcentaje aportado por cada uno de ellos (Código Civil, 2005, art. 1972). Incluso la ley prevé que la distribución de los beneficios y pérdidas puede ser encomendada a una tercera persona que no forme parte de los asociados (Código Civil, 2005, art. 1971).

2.3.7. Vigilancia y control del ente regulador

La vigilancia y control de los contratos asociativos empresariales difiere según el objetivo para el cual se haya celebrado el contrato y la norma jurídica a la que se adapte. A pesar que, estos contratos no requieren de formalidades para su perfeccionamiento debido a su naturaleza jurídica consensual y que la legislación no regula los contratos asociativos de forma expresa, el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé ciertos casos en los cuales se requerirá de formalidades para su constitución y cuando existirá control por los diferentes órganos reguladores.

2.3.7.1. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros

La Superintendencia de Compañías y Valores es el órgano técnico con autonomía administrativa, financiera y económica, cuya principal función es vigilar y controlar las actividades, organizaciones, funcionamiento, disolución y liquidación de compañías y otras entidades según las condiciones que señale la ley (Ley de Compañías, 1999, art. 430). A pesar de que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano nada se dice sobre los contratos asociativos con excepción de las asociaciones o cuentas en participación, la Ley de Compañías señala que la Superintendencia de Compañías debe aprobar de forma previa todos los actos societarios y ejercer vigilancia y control sobre los aspectos jurídicos, económicos, financieros y contables; además podrá ordenar las inspecciones que considere pertinentes de las asociaciones y consorcios que formen entre sí las compañías o empresas extranjeras, las que formen con sociedades nacionales vigiladas por la entidad, y las que éstas últimas formen entre sí, y que ejerzan sus actividades en el Ecuador (1999, art. 432).

La Superintendencia de Compañía deberá aprobar de manera previa; y, ejercer control y vigilancia a todos los aspectos jurídicos, económicos y financieros de todas las asociaciones o consorcios que ejerzan actividades en el Ecuador. En concordancia a ello, la entidad reguladora expidió el Reglamento de Organización, Funcionamiento de Registro de Sociedades²⁹, que en su artículo primero numeral cuarto prevé el Registro

²⁹ La Superintendencia de Compañías tiene la facultad de expedir las regulaciones, reglamentos y resoluciones que considere necesario para el debido ejercicio de sus funciones de vigilancia y control de las compañías y entidades señaladas en la Ley (Ley de Compañías, 1999, art. 433).

Nacional de Asociaciones y Consorcios que se formen por sociedades nacionales entre sí o con otras empresas extranjeras; en dicho registro debe constar:

1. El número de expediente.
2. El nombre de la asociación o consorcio.
3. El número del registro único de contribuyentes (RUC).
4. El lugar, fecha y Notaría en que se hubiere otorgado la escritura que contenga la asociación o consorcio.
5. La fecha de vencimiento del plazo de duración de la asociación o consorcio, cuando se hubiere establecido plazo.
6. La dirección domiciliaria, con señalamiento del sector, ciudad y cantón que correspondiere a esa dirección, así como el número telefónico y, de ser posible el del correo electrónico o fax.
7. El objeto de la asociación o consorcio.
8. El nombre o los nombres del o los apoderados.

De igual manera, las entidades bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías deberán remitir dentro el primer cuatrimestre de cada año los estados financieros y anexos, mediante el portal web institucional, lo cual se encuentra establecido en el Reglamento sobre la información y documentos que están obligadas a remitir anualmente a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, las sociedades sujetas a su control y vigilancia; en el caso específico de las asociaciones y consorcios deben enviar esta información con las delimitaciones exigidas por el reglamento:

1. Estados financieros: que contenga estado de flujo de efectivo, balance general y estado de resultados.
2. Información sobre auditoria externa, en caso de estar obligadas a contratarla.

3. Nómina de apoderados.

4. Registro único de contribuyentes vigente.

Como parte del control y vigilancia al que están sometidas las asociaciones por parte de la Superintendencia de compañías es el pago anual a esta de una contribución determinada por el Código Tributario, Ley de Compañías y, especialmente, se determinara en el Reglamento para determinación y recaudación de contribuciones societarias. En tal sentido, la contribución anual se calculará en base de los activos reales, del cual debe deducirse del monto total, el valor de las aportaciones hechos por los miembros de la asociación, siempre y cuando, estas se reflejen en los propios estados financieros de cada uno de ellos (2015, art.4).

2.3.7.2. Sistema Nacional de Contratación Pública

En Ecuador, las asociaciones son figuras jurídicas muy utilizadas en el ámbito de la contratación pública, pues se constituyen para participar en licitaciones o concursos públicos para tener mayor posibilidad de conseguir la adjudicación de contratos con el Estado que en su mayoría consisten en la ejecución de obras de gran escala, que por su tamaño de inversión y riesgo no es posible que una sola empresa lo asuma. La contratación pública en el país se encuentra regulado por el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), dentro de sus objetivos principales están: garantizar la ejecución plena de los contratos; la aplicación debida de las normas contractuales; y, convertir la contratación pública en dinamizador de la producción nacional (LOSNCP, 2008, art. 9). Quienes desarrollan los objetivos impuestos por el SNCP son los órganos competentes que la ley reconoce, estos son, el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP³⁰) e instituciones públicas que manejen temas de presupuesto, planificación y contratación pública (LOSNCP, 2008, art. 8).

³⁰ El SERCOP es un organismo técnico regulatorio del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dentro de sus facultades se encuentra el establecer lineamientos para la contratación pública, a través de resoluciones que contengan modelos obligatorios precontractuales y contractuales que faciliten la contratación pública; además, está encargado de la verificación del uso correcto de todas las herramientas del SNCP (LOSNCP, 2008, art. 10).

Ahora bien, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se prevé la participación de asociaciones constituidas o por constituirse con la presentación del compromiso de asociación; sin embargo, para la celebración del contrato con el Estado uno de los requisitos principales es la presentación de la escritura pública de la constitución del contrato asociativo en el cual debe constar la designación del apoderado y el acuerdo de responsabilidad solidaria e indivisible de los miembros (2008, art. 67). Las asociaciones al ser adjudicadas con un contrato con el Estado tienen el plazo de 30 días para la suscripción de dicho contrato, lo cual es un beneficio porque se les otorga quince días adicionales para presentar todos los requisitos, especialmente, la escritura pública del contrato de asociación.

A pesar de estos requisitos generales se establecen otros elementos obligatorios que deben constar en el contrato asociativo dentro de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública artículo 33, las cuales son:

1. Identificación de los partícipes, incluido domicilio y lugar para recibir las notificaciones, con la verificación de requisitos de capacidad y representación de las partes;
2. Designación de apoderado, con poder o representación suficiente para poder actuar durante la fase precontractual;
3. Aporte de cada uno de los miembros, sea en monetario o en especie, así como en aportes intangibles; como también el porcentaje de la participación de cada uno de los asociados;
4. Determinación de los compromisos y obligaciones que asumirán las partes en la fase de ejecución contractual, de resultar adjudicado;
5. Determinación de la responsabilidad solidaria e indivisible de los asociados para el cumplimiento de todas y cada una de las responsabilidades y obligaciones emanadas del procedimiento precontractual, con renuncia a los beneficios de orden y excusión.

Los contratos asociativos cumplen un papel importante en el Sistema Nacional de Contratación Pública, pues a través de ellos las empresas asociadas ganan competitividad

frente a otras empresas para contratar con el Estado. Por lo que, en la legislación ecuatoriana en materia de contratación pública se encuentra normativa acerca de los contratos asociativos, en cuanto, a ciertas formalidades que debe contener para poder celebrar contratos con el Estados, esta es: escritura pública del contrato asociativo en el cual debe constar, principalmente, la declaración de los miembros de responsabilidad solidaria e indivisible frente a las obligaciones que se pudieran generar; y, la designación de un apoderado.

2.3.7.3. Régimen Tributario

Las asociaciones formadas a través de este tipo contractual gozan de autonomía jurídica y económica sin la necesidad de formar una nueva persona jurídica distinta a la de sus miembros; sin embargo, estas asociaciones son consideradas como sujetos pasivos por lo cual están obligadas al cumplimiento de la prestación tributaria como contribuyente o responsable³¹ (Código Tributario, 2005, art. 24). En el caso de los contratos asociativos, el responsable en cumplir con la obligación tributaria es el apoderado o administrador de la asociación; la responsabilidad de ellos está limitada a los bienes administrados y al de las rentas producidas en su gestión (Código Tributario, 2005, art. 27). Todos y cada uno de los miembros como el administrador de la agrupación responden solidariamente a la prestación tributaria; sin embargo, el administrador tiene el derecho de repetir en contra de los miembros por lo pagado.

En Ecuador, el Servicio de Rentas Internas (SRI), es la entidad con la facultad de efectuar la determinación, recaudación y control de los tributos internos del Estado; y, solicitar a contribuyentes o responsables cualquier tipo de documentación o información vinculada con las obligaciones y actos de determinación tributaria. Para efectos tributarios las asociaciones con unidad económica independientes carentes de personalidad jurídica y los consorcios son consideras como sociedades para el cumplimiento de obligaciones

³¹ En el Código Tributario se define al contribuyente como la persona natural o jurídica a quien la ley impone la prestación tributaria por la verificación del hecho generador; y, responsable es quien sin tener el carácter de contribuyente debe cumplir con las disposiciones establecidas por la ley. Toda obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y responsable con derecho de repetir del segundo (2005, art.24 y 25).

frente a la Administración Tributaria (Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas, 1997, art. 4).

En tal sentido, la Ley de Régimen Tributario Interno establece que las sociedades sean nacionales o extranjeras deben realizar la declaración al impuesto a la renta³² anualmente en los lugares y fechas determinadas por el reglamento; y, en caso de que las actividades gravadas terminen antes de la finalización del ejercicio económico se deberá presentar la declaración anticipada del impuesto (2004, art. 40). En el caso de las asociaciones o consorcios de empresas son sujetos pasivos del impuesto a la renta, por ende, deben cumplir con la obligación y deberes formales de declarar y pagar este impuesto; a la finalización de sus actividades tiene el deber de presentar anticipadamente la declaración a dicho impuesto; y, en todos los casos los miembros de las asociaciones serán solidariamente solidarios por todos los tributos que se generen debido a las actividades por las que se constituyó la agrupación (RLRTI, 2010, art. 3). Además, la misma ley señala que la exoneración al impuesto a la renta se hará extensiva a las contrataciones del Estado con los consorcios de empresas extranjeras que tengan como objeto ingeniería y construcción para inversiones en los sectores económicos determinados como industrias básicas, siempre y cuando, el monto del contrato sea superior al 5% del PIB del año inmediatamente anterior a su suscripción (LRTI, 2004, art. 9.2).

En legislación tributaria se establece que las sociedades, definidas como tales en la LRTI, están obligadas a llevar contabilidad y declarar los impuestos con base a los resultados de esta. La contabilidad deberá se llevara de acuerdo:

1. Al sistema de partida doble, en idioma castellano y en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica,
2. A los principios contables de general aceptación, para registrar el movimiento económico y determinar el estado de situación financiera y los resultados imputables al respectivo ejercicio impositivo.

³² Para efectos del régimen tributario se considera impuesto a la renta: “los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito o a título oneroso provenientes del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especies o servicios; y, los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales” (LRTI, 2004, art. 2).

3. A los estados financieros que serán la base para la presentación de declaración de impuestos y a la Superintendencia de Compañías.

Por otro lado, el régimen tributario establece que están obligados a inscribirse por una sola vez en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) los entes sin personalidad jurídica nacionales y extranjeras que inicien o realicen actividades económicas en Ecuador de manera permanente u ocasional; o sean titulares de derecho que generen ganancias, beneficios o remuneraciones sujetas a tributación (Ley del Registro Único de Contribuyentes, 2004, art. 3).

En conclusión, los contratos asociativos a pesar de carecer de personalidad jurídica son considerados como sociedades obligadas a cumplir con las prestaciones tributarias impuesta por la ley; todos y cada uno de los miembros tienen responsabilidad solidaria frente cumplimiento de las obligaciones tributarias, sin embargo quien es el responsable de ella es el administrador de la agrupación. Igualmente, la ley determina que estas asociaciones deben llevar contabilidad e inscribirse en el Registro Único de Contribuyentes.

CAPITULO III. Aplicabilidad de los contratos de asociación empresarial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

3.1. Joint Venture

Hasta ahora se ha establecido las generalidades de los contratos de asociación empresarial que constituyen una unión de esfuerzos entre empresas para alcanzar un objetivo común en el desarrollo de un proyecto, en el cual no solo son parte de los beneficios sino que comparten riesgos. Dentro de esta categoría contractual existen distintas formas de agrupación empresarial que se utilizan según lo que más convenga a las partes, lo cual es posible por las libertades que tienen las partes, principalmente, la libertad contractual que permite a las empresas escoger la forma de asociación que les interese.

El uso de los contratos de asociación se ha extendido a distintas legislaciones, por ejemplo, en Francia con la denominación de coentreprise; en España se regula bajo la figura de asociación y uniones temporales; en Portugal se trata la figura jurídica relativa al agrupamiento complementario de empresas, en países como Argentina y Perú con la denominación de uniones transitorias. Sin embargo, en estos países como en los países cuyas legislaciones tienen como base al Código napoleónico no se reconoce como un tipo jurídico sino como un mecanismo para entablar cualquier clase de negociación. (Díaz, 2017). Esta figura jurídica permite la creación de varias clases de contratos mercantiles según el propósito de interés común de sus partes y cada una de ellas deberán estar acorde a la legislación mercantil de cada país. De esta manera, es importante conocer cuáles son esos tipos contractuales y entablar diferencias para tener en claro cuál es la esencia de cada una de ellas

Ahora bien, con respecto al contrato de Joint venture su origen data de finales del siglo XIX en el derecho anglosajón, específicamente, en la jurisprudencia norteamericana, nace por la necesidad de las empresas frente a las prácticas antimonopólicas de un sistema económico desarrollado y cada vez más exigente, en el cual la eficacia para desarrollar un proyecto es uno de los factores primordiales para mantenerse en el mercado. Para las Cortes norteamericanas el joint venture constituye una asociación entre empresas con el objetivo de llevar a cabo una operación o riesgo de manera conjunta por el tiempo de

duración de la transacción o por un tiempo delimitado, sin la necesidad de formar un partnership o corporation (Cevallos, 2011).

Los contratos asociativos se tratan de acuerdos económicos, legales y comerciales que con el transcurso del tiempo se ha convertido en una herramienta de gran utilidad para las empresas alrededor del mundo; por ello, varias legislaciones han incorporado distintas instituciones jurídica que promueve avances importantes en materia mercantil, principalmente se han implementado diversos contratos de comercios que permiten mayores alternativas de inversión y negocio, como es el contrato de Joint Venture (Donoso, 2014). Existen diversas concepciones y características de este contrato, estas varían de acuerdo a cada legislación, por ejemplo en Argentina la Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba sostiene que:

El joint venture no origina por sí mismo un nuevo sujeto de derecho, una sociedad regular o irregular, ni mucho menos una sociedad accidental; su razón de ser y las causas de su difusión muestran que es un mecanismo operativo nacido de un acuerdo entre empresas para llevar a cabo determinado o determinados negocios, que en la práctica nacional no deben necesariamente adoptar una tipología societaria ni actuar bajo denominación corporativa, pero en algunos casos se les impone que constituyan sociedad (Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 310.554/36, 2008).

El contrato de Joint Venture muestra una serie de particularidades que implican una actividad compleja basado en el aporte compartido de dinero, bienes o en ciertos casos la participación en la industria de dos o más empresas con fines lucrativos. Para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, 2001), define a estos contratos como la asociación entre dos o más empresas con el fin de realizar una determinada actividad en común a través de una nueva entidad creada y controlada por los participantes; por medio del cual, las partes acuerdan combinar activos productivos sean tangible o intangibles para llevar a cabo la cooperación, no se trata simplemente de toma de decisiones conjuntas entre las empresas sino más bien es una actuación conjunta en el negocio que se realice.

La misma organización sostiene que los joint ventures se distinguen de cualquier otro tipo de asociación como en el caso de las fusiones de sociedades³³, pues en las primeras se

³³ La fusión de las compañías se produce: a) Cuando dos o más compañías se unen para formar una nueva que les sucede en sus derechos y obligaciones; y; b) Cuando una o más compañías son absorbidas por otra que continúa subsistiendo (Ley de Compañías, 2018, art. 337).

forma una nueva fuerza competitiva temporalmente, mientras que la segunda elimina una empresa del mercado de la cual deriva cierta permanencia y estabilidad, criterio que coincide con la sentencia emitida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *United States v. Penn-olin co.*, 1964. Igualmente, se diferencia de las formas societarias tradicionales por la falta de personalidad jurídica y patrimonio propio; por lo tanto, como explica Stoican (2015), los joint ventures están exentos de todos los tramites obligatorios para la constitución de una compañía o cualquier otra forma de sujetos de derechos; y, en estos casos los terceros adquieren derechos y obligaciones con los miembros de la agrupación y no con la empresa conjunta en sí.

Para Díaz (2017), el joint venture es la agrupación temporal entre competidores actuales o potenciales que comparten beneficios y perdidas en la realización de operaciones conjuntas con propósito de lucro como ejecutar obras de gran escala, desarrollar tecnología, comercialización de productos o presentación de oferta, a través del aporte de dinero, bienes o tecnología que forman parte del fondo común de la asociación; sin la necesidad de cambiar o modificar la estructura jurídica de los participantes, pues no se crea una nueva persona jurídica con patrimonio propio. Por lo tanto, se puede afirmar que es un contrato de naturaleza jurídica sinalagmático, oneroso, conmutativo, consensual y generalmente implica un desempeño sucesivo (Stoican, 2015). De esta forma, se pueden establecer sus principales características:

1. Concurrencia de dos o más partes, quienes son parte del joint venture pueden ser personas físicas, empresas nacionales e internacionales, sociedades con tipicidad o sociedades de hecho, lo que importa en realidad es que la participación de cada uno sea estructurada para cumplir el objetivo común (Osorio, 2008);
2. Los miembros conservan su individualidad e identidad propia, no se forma una nueva persona jurídica; si bien las partes convienen realizar operaciones conjuntas, esto no provoca que pierdan la libertad para desempeñar sus actividades habituales y seguir compitiendo en el mercado unos con otros, siempre y cuando, no sea la actividad por la cual decidieron unirse³⁴.

³⁴ Un aspecto particular de los contratos de joint venture es el deber de no concurrencia.

3. El manejo conjunto de la asociación estará a cargo del directorio quien se encarga del gobierno y toma de decisiones; además, se deberá nombrar un administrador para que desarrolle todas las actividades para las cuales haya sido facultado en nombre de la agrupación.
4. En cuanto a la responsabilidad frente a terceros por las obligaciones que se generen del joint venture dependerá de lo convenido por sus miembros, esto es, cada uno podrá responder únicamente por el porcentaje de la cuota aportada a la asociación; o, como mención Peña (2014), pueden generarse obligaciones solidarias entre los participantes, a quienes corresponde la facultad recíproca para representar y obligar al otro.
5. Limitación de tiempo para realizar el negocio en común, sin que ello signifique instantaneidad pues el desarrollo del proyecto puede prolongarse; sin embargo, una vez culminado el proyecto motivo del contrato, la asociación pierde su razón de ser y se extinguirá el contrato de joint venture.
6. Las aportaciones puede ser de dinero, transferencia de tecnología, derechos sobre patentes o marcas, servicios o estrategias; por lo que, los aportes que están obligados los miembros no necesariamente deben ser de dinero, sino que será de acuerdo a las necesidades que susciten en la colaboración empresarial (Donoso, 2014).
7. Es una inversión de riesgo³⁵ no financiera; a través de la constitución del joint venture se espera un beneficio o un lucro económico que una empresa no podría conseguir por sí sola; se debe tomar en cuenta que este tipo de contrato al tener como objeto el desarrollo de grandes negocios se genera un riesgo compartido entre ellos. Por ejemplo, una empresa desea realizar una obra de infraestructura, sin embargo el *know how*, la inversión y los riesgos que conlleva para su desarrollo, decide celebrar un contrato de joint venture con varias empresas para compartir riesgos y tener mayores posibilidades que al realizarlo sola.

³⁵ Para que se constituya como tal el joint venture, debe existir incertidumbre respecto de los beneficios o pérdidas que pueda resultar para cada una de las partes según el desarrollo de la actividad en común.

8. El contrato es ley para las partes, por lo cual en él se establece las estipulaciones sobre como deberán actuar, las obligaciones y derechos de los participantes, la cantidad de aportaciones, la forma de administración de la agrupación, la designación de un apoderado, el tipo de responsabilidad y las causas de extinción del contrato.

Los contratos de joint venture cumplen un papel primordial para la activación de la economía debido a las ventajas que ofrece, como menciona Díaz (2017), “la economía de costos, la unificación jurídica, operativa, financiera e incluso laboral entorno de una o varias actividades mercantiles” (p. 550); con el fin de satisfacer el interés común de las empresas de finalizar el proyecto para la obtención de un beneficio económico por el cumplimiento exclusivo de la obligación comprometida según lo pactado, siempre y cuando, se conserven su autonomía jurídica y operativa en el mercado. Cabe mencionar, que existen varios criterios sobre las formas que puede adoptar la figura del joint venture, ya sea como una sociedad con personalidad jurídica propia o como un contrato, por lo que puede clasificarse de la siguiente manera:

1. *Joint venture corporation*: las partes deciden asociarse para formar una nueva sociedad con personalidad jurídica propia para cumplir con el acuerdo. Para Osorio (2008), esta clasificación forma parte de los *incorporated joint venture* en la cual se forma una sociedad ad-hoc, que se considera como una subsidiaria de las partes; sin embargo, varios autores explican que el joint venture no puede asimilarse a ninguna forma societaria, pues se perdería la esencia del contrato que es la individualidad de las partes (Farina, 1999; Díaz, 2017).
2. *Joint venture contractual o non incorporated joint venture*: se limita a la constitución de un contrato sin la necesidad de formar una sociedad, las partes conservan su autonomía jurídica. Son generalmente utilizados para operaciones complejas, entre ellos, contratos comerciales, de fabricación, de suministro, de explotación de recursos naturales, de compraventa, y de transferencia de tecnología.
3. *Joint Venture internacional*: se trata de aquellos constituidos por empresas con domicilios en distintos países. Esta forma de joint venture es una de sus expresiones de mayor uso, por los beneficios para invertir en un país distinto e inclusive favorece la celebración de contratos de transferencia de tecnología.

Con el paso del tiempo, las actividades económicas se han hecho más competitivas, por esta razón las empresas buscan herramientas que vayan acorde con el aceleramiento de la economía, y es en este contexto que se crean los joint ventures como una respuesta por parte de las empresas para mantener su competitividad en el mercado. Los contratos de joint venture son un instrumento contractual para invertir capitales con la reducción de riesgos para el desarrollo de un proyecto de gran escala, el cual puede fortalecer los vínculos entre las empresas sin que ello signifique pérdida de individualidad o autonomía unos con otros; a pesar de la importancia que hoy en día representan los joint ventures por su flexibilidad al momento de las negociaciones, no posee una regulación propia o precisa en las distintas legislaciones, ocasionando que sean confundidos con otros tipos de contratos asociativos.

3.2. Asociación o cuentas en participación

La asociación o cuentas en participación es un contrato mercantil ³⁶en el cual una parte denominada *participe* realiza una aportación patrimonial al negocio de la otra parte denominado *gestor* con la finalidad de participar en los beneficios económicos, sin ser parte de la administración del negocio ni arriesgar más que el capital invertido (Rodríguez-Cano, 2017). Forma parte de las asociaciones económicas como una herramienta útil en las relaciones comerciales en el mercado como el medio para la activación económica, en cuanto una de las partes entrega dinero o bienes a la otra parte para que los emplee en su actividad con la finalidad reportar utilidades para ambas partes. Como se explica:

El contrato de asociación en participación ocupa, con todo, un importante lugar en la vida del comercio. A ello ha contribuido, en gran medida, el que sin ser una sociedad, su operación se asemeja mucho a la de las sociedades, pero no supone las exigencias y formalidades de ésta en cuanto a constitución, nombre, patrimonio, registro y otras. (Díaz, 2017, p. 521)

Al ser un contrato de asociación la unión de las partes no origina una nueva sociedad y carece de personalidad jurídica propia, la importancia de esta figura jurídica radica en la facilidad que tienen las empresas para unir esfuerzos y recursos con un fin de lucro, sin la necesidad que los aportadores realice remuneraciones o reembolsos, sino hasta en la

³⁶ Existen en el tráfico jurídico contratos de asociación o cuentas en participación civiles, que son aquellos que las aportaciones no están destinadas a la explotación de una actividad comercial (Díaz, 2017).

medida de su aportación y la finalización del proyecto. La determinación de la naturaleza jurídica de la asociación o cuentas en participación se encuentra en un constante debate, ya que en algunos países se trata como una figura de sociedades y en otros como un tipo contractual aplicable ciertas disposiciones de sociedades como es el caso Español (Castillo, 2012).

Varios autores señalan que las cuentas en participación son contratos de asociación económica en el cual las partes participan en el resultado ya sea de ganancias o pérdidas; además, al no constituir una persona jurídica no le corresponde aplicar las normas de sociedades pues no posee capital social, razón social o denominación propia; por tal motivo, no se puede establecer que su naturaleza jurídica sea netamente societaria sino más bien es contractual, ya que se trata de un tipo de asociación similar a otros tipos de contratos asociativos. En la legislación ecuatoriana la asociación o cuentas en participación se encuentra regulada por la Ley de Compañías, en su art. 2 que señala las cinco especies de compañías de comercio que constituyen personas jurídicas como tal, y en el mismo artículo se reconoce a la asociación o cuentas en participación; pero se excluye de aquellas que poseen personalidad jurídica y se constituyen como una sociedad.

Por lo cual se trata de un contrato de asociación que debería ser regulado por el Código de Comercio; a pesar de ello se determina que “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” (Ley de Compañías, 2018, art. 423). De la definición de los contratos de asociación o cuentas en participación se pueden deducir los elementos que lo componen:

1. Se distinguen dos tipos de miembros, el participe o asociado que puede ser una o varias personas y el gestor o asociante, ambas partes tienen derechos y obligaciones. El primero contribuye con la prestación de capital que permite el desarrollo del proyecto sin inmiscuirse en su gestión, es decir, tiene una obligación de dar o hacer; mientras que, el segundo se encarga de la gestión, administración y rendición de cuentas del negocio.
2. No se constituye un órgano de gobierno entre el participe y el gestor, ni se designa a una persona para que ejerza la administración, pues al ser el negocio del gestor a él es a quien le compete las actividades concernientes a estas dos figuras.

3. Las aportaciones que realiza el partícipe pueden ser, según Díaz (2017), cualquier cosa o derecho que este en el comercio y sea transferible; puede efectuarse por cualquier título jurídico, el cual debe ser determinado de manera clara en el contrato; y, es posible aportar servicios con excepción de contratos de trabajo o subordinación.
4. No existe relación entre terceros y el partícipe, debido a que única y exclusivamente la responsabilidad frente a cualquier perjuicio que se ocasionare a un tercero es el gestor, pues actúa a cuenta y nombre propio; por tal motivo, los terceros interesados no pueden iniciar acciones contra los asociados. Como explica Rodríguez-Cano (2017), los asociados no son socios del gestor sino son considerados como acreedores. Por lo tanto, la responsabilidad frente a terceros será del gestor.
5. La propiedad de los bienes aportados es del gestor, los asociados no tienen ningún derecho sobre los bienes aportados, ellos tienen derecho a pedir rendición de cuentas sobre el estado del negocio y participar tanto en las pérdidas como en las ganancias. Las participaciones hechas por el asociado ingresan plenamente al patrimonio del gestor quien tiene la titularidad de todos los bienes del negocio; por ende, no se crea un patrimonio común entre las partes.
6. Participación en las pérdidas y ganancias, no existe limitaciones respecto de la forma en que deben distribuirse las utilidades del negocio, sin embargo tanto el partícipe como el gestor tienen la obligación de participar en ellas. Los asociados participan en las pérdidas según como se acuerde en el contrato o hasta el monto de sus aportaciones (Castillo, 2012). El fin de la asociación o cuentas en participación será siempre lucrativo.
7. Las operaciones que se realicen por medio de este contrato pueden ser concretas que una vez realizada la operación culmina el contrato; o actividades económicas duraderas que no tengan una limitación del tiempo; además, se deberá establecer a que sector de la actividad económica que desempeña el gestor pertenece la operación.
8. Es un contrato y no sociedad, como se explicó anteriormente, no se genera una persona jurídica por la asociación, ya que carece de razón social y se encuentra exenta de las demás formalidades establecidas para las compañías (Ley de Compañías, 2018,

art. 428). Este tipo contractual goza de libertad de forma, puede celebrarse de forma privada³⁷.

El carácter distintivo de estos contratos es la participación del asociado en las utilidades del asociante a cambio de una contribución en dinero o bienes, la cual es complementada por la actuación a nombre propio del gestor quien se encarga de la gestión del negocio y de la inexistencia de vínculo jurídico entre el asociado o partícipe y terceros. Se puede señalar dos tipos de beneficios, como menciona el Instituto Pacífico (2017): el primero, el interés común de las partes de la obtención de un resarcimiento económico por la ejecución del negocio; y, el segundo, el interés particular del gestor de obtener capital para continuar con su actividad en el mercado, mientras que el partícipe es invertir sus bienes sin la necesidad de realizar gestión alguna en el negocio; la celebración de estos contratos, brindan ventajas prácticas tanto al partícipe como al gestor. Los asociados tienen la facultad de pertenecer a una actividad comercial con la finalidad de obtener réditos económicos sin participar en la gestión del negocio y con un riesgo limitado; y, el gestor obtiene recursos para su propio negocio sin compartir su titularidad.

La inversión que realiza el partícipe es un medio idóneo de financiamiento, como explica Araoz y Ramírez-Gastón (2006), las empresas nuevas o aquellas con dificultades económicas recurren a las cuentas en participación para obtener recursos, sin la necesidad de incrementar su endeudamiento, a cambio de una efectiva rentabilidad; por lo que, permite su indudable uso en distintas formas dentro del tráfico jurídico-mercantil: promociones y permutas inmobiliarias futuras, permite la realización de figuras jurídicas como el crowdfunding. Por ello, los contratos de asociación o cuentas en participación resultan atractivos a las empresas, porque a través de ellos pueden cumplir con necesidades de financiamiento de forma inmediata a cambio de una ganancia económica, que no implique mayores trámites ni endeudamientos como sucede con las formas tradicionales de financiamiento.

³⁷ Cuando sea un documento privado, si la aportación es dineraria puede ser necesario el otorgamiento también de la correspondiente escritura pública de transmisión y su inscripción en el Registro de la Propiedad para que dicha transmisión surta plenos efectos frente a terceros (Rodríguez-Cano, 2017).

3.2.1. Consorcio

Las distintas figuras contractuales se van modificando según los cambios económicos y sociales que surgen en la sociedad; especialmente, a las actividades comerciales que desempeñan las personas en función de sus intereses. Una de estas figuras contractuales es el consorcio que pertenece a los contratos de asociación, en el que las partes se unen con la finalidad de cumplir con un objetivo común a través de la actuación conjunta de un negocio para la obtención de un beneficio económico con la reducción de costos y compartición de riesgos; generalmente, su uso está destinado a la construcción de obras o prestación de determinados servicios sin que conlleve la necesidad de constituir una nueva sociedad. A pesar de que no existe una definición clara y precisa sobre los consorcios, varios autores han señalado:

Un contrato de consorcio es aquel en el que participan por lo menos dos sujetos. Uno que denominaremos consorciante y otro que denominaremos consorciado, los cuales participarán de modo activo en un determinado negocio, es decir, ambos gestionan el mismo, de modo que obtengan réditos económicos al finalizar su actividad (Instituto Pacifico, 2017, 27).

Por el rol que desempeñan los consorcios son considerados como una herramienta para que las empresas que se dedican a una misma actividad económica o a complementarias puedan formar una asociación y mejorar su competitividad en el mercado sin la necesidad de constituir sociedades o perder su independencia económica y jurídica. Sin embargo, como la mayoría de contratos de asociación no tiene una regulación exacta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual acarrea que en la práctica se generen confusiones con otros tipos contractuales, así explica Freire (2011), el que no exista normativa clara sobre los consorcios ocasiona que se mezclen elementos de varios contratos asociativos o que se creen tipos de consorcios inadecuados como los denominados consorcios comerciales³⁸ que no guardan relación alguna con los elementos

³⁸ Los consorcios comerciales son aquellos que se forman con varias personas (no necesariamente empresarios), que aportan mensualmente a un fondo común con la finalidad de financiar la adquisición de bienes o servicios. Tales fondos son administrados por una sociedad formada exclusivamente para la gestión y administración del consorcio comercial (Oviedo, 2009). Se identifican como consorcios a entidades financieras cuyo objetivo es la captación de recursos para financiar un plan de adquisición de bienes o servicios, que no tiene relación alguna con la asociación de empresarios para realizar una actividad conjunto.

y características esenciales de esta figura, lo cual ocasiona que no se pueda identificar su naturaleza jurídica. A tal respecto, la Corte Constitucional Colombiana sostiene que:

El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica (Corte Constitucional colombiana, T-512/07, 2007).

La cooperación entre empresas que se constituye mediante este contrato, no se encuentra dentro de normativa precisa del derecho mercantil, se trata de un fenómeno económico que se desarrolla a diario en las actividades empresariales, al cual se aplican distintas reglas jurídicas según las necesidades de las partes al momento de negociar (Arrubla, 2002), el consorcio pertenece al derecho privado y su naturaleza es contractual, pues no forma una persona jurídica distinta a la de las partes pero se instaura como una unidad económica formada por empresas independientes una de la otra, vinculadas por su afán de cumplir con intereses comunes que genere un beneficio económico. La celebración de este contrato tiene como finalidad la cooperación mutua que implica la transferencia de tecnología, conocimientos y productiva entre las partes, gracias a que cada uno de los consorciados cuenta con características particulares que resultan de gran importancia para el proyecto.

Existen varias posturas sobre si el consorcio es un mero contrato que no constituye una nueva persona jurídica o en efecto da lugar a una sociedad distinta a la de los consorciados. A tal respecto, explica Colaiácovo (2015), el consorcio constituye un simple contrato de asociación en el que se plantean las obligaciones de cada uno de los consorciados para cumplir con el objetivo común, cada uno conserva su individualidad e independencia unos con otros en el mercado, pues no forman una sociedad como tal. En países como España, Italia, Colombia, Argentina y Brasil³⁹ que regulan en sus legislaciones a esta figura contractual sostienen que no se constituyen persona jurídica alguna, pues su formación no contiene todos los requisitos legales para ser considerados

³⁹ Compañías o cualquier tipo de sociedades pueden constituir un consorcio para ejecutar determinada actividad. El consorcio no tiene personalidad jurídica y las consorciadas solamente se obligan, según las condiciones previstas en el respectivo contrato, respondiendo cada una por sus obligaciones, sin presunción de solidaridad (Ley 6404, 1976, art. 278).

como una sociedad con personalidad jurídica (Cámara de Comercio de Bogotá, 2009).

Uno de los elementos que diferencia a al consorcio de una sociedad, como se menciona:

En el contrato de consorcio empresarial se puede observar el *animus cooperandi* de las partes, que no es sino aquella intención que les motiva a cooperar entre sí, uniendo esfuerzos a fin de lograr una optimización de la organización y gestión empresarial de sus miembros. En cambio, la *affectio societatis* presente en los contratos de sociedad, se refiere a la voluntad de formar una sociedad por esa confianza mutua de sus partes contratantes (Freire, 2011, 15).

Las partes que constituyen el consorcio ya pertenecen al mercado en el que desempeñan cada uno su respectiva actividad económica, que deciden optimizar su competitividad en el mercado a través de la cooperación en el desarrollo de un objetivo común, por lo cual las partes conservan su autonomía e independencia, y mantienen una participación activa en la actividad del consorcio en el que adquieren derechos y obligaciones. Por lo tanto, se crean órganos de decisión y administración para la ejecución del contrato según lo acordado; lo cual implica definir los aportes realizados que integren el fondo común operativo pues no se crea un patrimonio propio ni conjunto.

Ahora bien, los consorcios pueden clasificarse en dos tipos por su naturaleza pueden ser públicos o privados; y por su objeto en consorcios para ejecución de obras o de exportación (Oviedo, 2010). En cuanto, a la primera clasificación correspondiente a los consorcios privados son celebrados entre particulares que tienen un interés común y su asociación no forma una nueva persona jurídica distinta a la de los consorciados; por otro lado, los consorcios públicos son aquellos que están conformados por entidades estatales que buscan a través de la agrupación generar estrategias para desarrollar proyectos que por su tamaño no podría realizarse individualmente, por ejemplo en la Código Orgánico de Organización Territorial señala que las asociaciones que se formen entre dos o más gobiernos descentralizados son entidades de derecho público con personalidad jurídica con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias se denominará consorcio (COOTAD, 2010, art.285).

Por su objeto, los consorcios son celebrados en su mayoría por empresas que quieren unir esfuerzos para participar en contrataciones con el Estado para ejecutar obras o servicios públicos de gran envergadura, lo cual es beneficioso para las empresas debido a que las empresas son más competitivas y sobretodo comparten riesgos entre ellas por ejemplo, el Consorcio A&G es producto de la asociación de varias empresas con el propósito contratar con la Empresa Eléctrica de Quito para ejecutar la obra “*Reforzamiento de redes*

de medio y bajo voltaje con repotenciación de transformadores, acometidas y medidores”. Nuestra legislación permite este tipo de relación como se establece en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ⁴⁰, además incorpora la formalidad de celebrarse mediante escritura pública el contrato de consorcio. Y, los consorcios de exportación como menciona Oviedo (2010), son aquellos que ayudan a las pequeñas y medianas empresas, especialmente, de países en desarrollo a ingresar al mercado internacional y poder aumentar su competitividad frente a grandes empresas, lo cual se da a través de la cooperación para aumentar su producción y comercialización con el objetivo de generar mayores riquezas.

Es indudable la importancia de los consorcios en la legislación ecuatoriana con respecto a otras formas de asociación, ya que en la práctica es una figura jurídica de gran uso sobre todo en concursos y licitaciones con el Estado; en tal sentido, es necesario que cada contrato de consorcio deba ser exclusivo y delimitado en el objetivo común que es motivo de la asociación empresarial entre dos o más personas. Por ello, para efectos de la presente disertación se acoge la naturaleza contractual de los consorcios privados o empresariales, ya que al ser considerado como una nueva sociedad perdería todo sentido como una herramienta de cooperación empresarial en la que las partes no gozarían de la autonomía e independencia que se busca con la celebración de estos contratos.

3.2.2. Sociedad de hecho

En la legislación ecuatoriana los contratos de sociedad de hecho no tienen una regulación clara, una referencia acerca de estos contratos se encuentra en el Código Civil que determina “si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes” (Código Civil, 2005, art.1961). El mismo código reconoce únicamente como sociedades

⁴⁰ Art. 67.- Consorcios o Asociaciones.- En cualquier proceso precontractual previsto en esta Ley, pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, constituidos o por constituirse, en este último caso presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente. Sin embargo, para la celebración de los contratos con una asociación o consorcio será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que debe constar la designación de un apoderado (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008).

a las civiles y comerciales, por lo que todas aquellas que no cumplan con los requisitos de constitución se categorizan como sociedades de hecho; igualmente. La ex Corte Suprema de Justicia (ahora Corte Nacional de Justicia), sostiene:

La que siendo lícita no ha llenado los requisitos legales de su constitución o que funciona sin ajustarse al régimen establecido, en especial la que no consta por escrito [...], por su naturaleza (extra jurídica) al no haberse formado siguiendo alguna de las opciones que las leyes determinan, su existencia se establece por otros elementos como son sus actividades, servicios, contratos, etc., que denotan la voluntad de dos o más personas de ejercer en conjunto actividades de servicios, comerciales o productivas (Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 229-2006, 2006).

La Corte menciona que existen distintas normas en la legislación que se refieren a las sociedades de hecho como por ejemplo los cuasicontratos⁴¹ de comunidad cuando las partes no adoptan todos los requisitos para constituir una compañía y únicamente disponen de un objetivo común, dinero y trabajo; e, inclusive es considerado como sujeto pasivo en la normativa tributaria⁴². Un punto importante que resalta la sentencia es que al no contar con un documento inscrito ni con registro alguno, sus efectos serán nulos para el futuro en el sentido que los socios pueden separarse de la sociedad cuando ellos así lo dispongan y en cuanto al reclamo de sus derechos podrán recurrir a prueba testimonial o cualquier medio de prueba que se permita en materia comercial como sustento de existencia de la sociedad de hecho.

La sociedad de hecho surge cuando dos o más personas celebran un contrato para unir esfuerzos para realizar una actividad determinada, por el medio del hacen un aporte ya sea en dinero o bienes con el fin de repartirse los beneficios que se obtengan de la actividad social. Carece de personalidad jurídica, las partes conservan su independencia por ello es válido que se pacte cualquier tipo de administración para la asociación, en la legislación colombiana se señala que las partes del contrato de sociedad de hecho tienen responsabilidad solidaria e ilimitada por las operación realizadas, en cuanto los derechos y obligaciones que se generen de la empresa social se entienden como adquiridos a favor

⁴¹ La comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, es una especie de cuasicontrato (Código Civil, 2005, art.2204).

⁴² En la Ley de Régimen Tributario Interno se consideran como sujetos pasivos entre otros a las sociedades en general, pero la misma ley en las disposiciones generales establece que es considerado como sociedad para efectos tributarios en la cual consta la sociedad de hecho.

o cargo de todos los miembros, es decir, los terceros interesados podrán reclamar sus derechos de todos o cualquiera de las partes (Código de Comercio, 1971, art. 501).

Del mismo modo, los bienes que entran a la sociedad se encuentran afectados al pago de las obligaciones contraídas en el desarrollo de la actividad social, como menciona Oviedo (2010), la sociedad de hecho debe formar un capital que no es necesario en otros contratos de asociación que tenga como objetivo la repartición de utilidades, se hace referencia a la existencia de un patrimonio común divisible. Otra característica de estos contratos es que se encuentra en una cláusula permanente de liquidación, pues como sostiene la misma sentencia de la Corte Suprema Nacional, los socios podrán separarse en cualquier tiempo lo cual surtirá efecto respecto del pasado, es decir, los miembros deben dar cuenta de las operaciones que hayan hecho y de las ganancias o pérdidas resultado de la operación (Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 229-2006, 2006). Las partes están obligadas a proceder a la liquidación, una vez que la parte que lo requiere haya liquidado y pagado su participación en ella.

Si bien la sociedad de hecho forma parte de los contratos de asociación empresarial, ya que goza de características similares como no constituir una persona jurídica y ser una herramienta sencilla al no contar con un contrato escrito ni registro; no resulta correcto del todo afirmar la pertenencia a este tipo contractual, como explica Arrubla (2006), las sociedades de hecho no respetan el tiempo determinado en el contrato, debido a que los miembros pueden pedir la liquidación en el momento que ellos deseen; en este tipo de contrato los miembros a pesar de que su agrupación no crea una persona jurídica tienen un ánimo de permanencia en el mercado.

3.3. Diferencias sustanciales de los contratos de asociación empresarial

Los contratos de asociación empresarial se caracterizan principalmente por ser una herramienta ágil y útil para las empresas que buscan aumentar su competitividad en el mercado a través de la unión de esfuerzos para desarrollar un proyecto que no podrían hacerlo individualmente en el que comparten riesgos por un lapso de tiempo, es decir, una vez cumplido el objetivo común la asociación finaliza. Principalmente, las empresas se relacionan por medio de estos contratos para conservar su autonomía e independencia económica y jurídica en el mercado al momento de desempeñar sus actividades

habituales, siempre y cuando no sean aquellas por las cuales se formó la asociación en concordancia con el principio de no concurrencia; de lo cual se desprende que no se crea una persona jurídica distinta a los miembros, pues no se pretende constituir una sociedad o fusionar compañías. A pesar que todos los contratos de asociación empresarial se crean en relación a estas características, cada uno de los contratos consta de elementos esenciales que los distinguen unos con otros.

Por el objeto de los contratos de asociación o cuentas en participación y las sociedades de hecho se diferencian del resto de contratos asociativos, debido a que los aportes que se realizan a un negocio están destinados a la distribución de las utilidades; mientras que en los contratos como el joint venture o consorcio, específicamente, se busca mejorar la actividad empresarial de cada uno de los miembros por medio de la cooperación. Asimismo, la principal distinción de las cuentas en participación con los demás contratos radica en la función que desempeña cada una de las partes, pues en esta clase de contrato el participante únicamente aporta dinero o bienes al negocio del gestor quien actúa a nombre propio y se encarga de la administración y operación mercantil, por ende la responsabilidad recae sobre el gestor eximiendo de toda obligación y responsabilidad al participante; por el contrario, tanto en el consorcio, todos los miembros responden frente a terceros según lo acordado en el contrato que por regla general su responsabilidad será máximo hasta el monto de su aportación.

Varios autores señalan que entre el contrato de joint venture y consorcio no existe una distinción sustancial y en muchos de los casos se confunden unos con otros, como menciona Sierralta (1997), las diferencias entre los dos tipos contractuales no son incompatibles, puesto que dependerá del tratamiento que se le otorgue a cada uno de ellos como de los acuerdos a que lleguen las partes; en lo esto se debe que, a pesar de su gran utilidad actualmente no han sido delimitados por las legislaciones. A tal respecto, la Corte Constitucional de Colombia, sostiene:

Cabe apreciar que la única diferencia entre estas figuras radica en que en la unión temporal la imposición de sanciones por incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta o del contrato, se individualiza en cabeza de los integrantes de aquella, según el grado de participación de cada uno de ellos en la ejecución de tales obligaciones, mientras que en el consorcio no se da dicha individualización y responderán por tanto solidariamente todos los miembros del consorcio frente a las correspondientes sanciones (Corte Constitucional de Colombia, C-949, 2001).

La diferencia principal radica en la responsabilidad contractual que adquieren las partes según el tipo de contrato que se celebre; así, en el contrato de joint venture cada miembro responderá individualmente según el monto de su aplicación, mientras que el consorcio responde solidariamente frente a terceros. Otra de las distinciones entre contratos es la utilidad, es decir, el joint venture es más eficaz por su valoración internacional con contratos en el que las partes sean de distintos países; por otro lado, los consorcios pueden estar enfocados, principalmente, en la asociación entre pequeñas y medianas empresas que buscan mejorar su nivel competitivo e incluso los consorcios como se ha señalado son de gran importancia en contrataciones públicas.

TABLA No. 5

CLASES DE CONTRATOS DE ASOCIACIÓN EMPRESARIAL

	Partes intervinientes	Regla de gobierno	Responsabilidad frente a terceros	Titularidad de bienes aportados	Duración del contrato	Elementos específicos
Joint venture	Dos o más partes, pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.	El manejo del joint venture está a cargo del directorio, quienes nombraran un representante comercial.	Responden según el porcentaje de su aportación, salvo se haya establecido en el contrato la responsabilidad solidaria de todos los miembros.	Los miembros de la asociación conservan el derecho de propiedad sobre los bienes aportados	Tiene una limitación en el tiempo para realizar el objetivo en común, o según las reglas que se estipulen en el contrato.	Tiene su propia clasificación: 1. corporation; 2. contractual; 3. internacional. Su ejecución en actividades de riesgo.
Consorcio	Participan dos o más sujetos, denominados consorciados.	Tienen un máximo órgano de gobierno, el directorio.	Los consorciados responden frente a terceros a prorrata de sus aportaciones, sin embargo en temas de contratación pública deberá establecerse la responsabilidad solidaria.	El derecho de propiedad sobre los bienes aportados corresponde a los mismos consorciados.	Dependerá de lo convenido por las partes en el contrato.	Son de gran uso en materia de contratación pública dentro del sistema jurídico ecuatoriano.

Asociación o cuentas en participación	Se distinguen dos partes el participe y el gestor.	No se establece un directorio como órgano de gobierno.	Únicamente responde frente a terceros el gestor.	Los bienes aportados por el participe pasan a formar parte del patrimonio del gestor.	Las operaciones que se realizan pueden ser concretas con la culminación de ellas termina el contrato o se puede desarrollar actividades duraderas.	La distinción de estos contratos radica en que el gestor es quien se encarga del manejo del negocio, pues los partícipes únicamente realizan una aportación y tienen derecho a las utilidades que se generen.
Sociedad de hecho	Dos o más personas naturales o jurídicas.	Órgano de gobierno serán todos los miembros de la empresa social.	La responsabilidad es solidaria, pues las obligaciones que se generen por la operación de la empresa social se entienden como adquiridas por todas las partes.	Formación de un capital, que tenga como objetivo la repartición de utilidades.	Se encuentran en un estado permanente de liquidación.	El tiempo de duración de estos contratos no es determinado, sus miembros pueden pedir la liquidación en cualquier momento.

Fuente: Andrea Becerra Falconi, 2019

3.2.Limitaciones del contrato de asociación empresarial

Los contratos asociativos son acuerdos de cooperación empresarial que se encuentran dentro de la categoría de contratos atípicos, ya que no se encuentran regulados en la legislación ecuatoriana, a excepción de los contratos de asociación o cuentas en participación que están regulados por la Ley de Compañías. Únicamente, existen ciertas normas legales sobre todo en temas de control y vigilancia por distintas entidades del Estado que mencionan a estos contratos, como es el caso de: la Superintendencia de Compañías que ejerce un control previo de aprobación de los actos societarios que realicen las asociaciones o consorcios; en temas relativos a contratación pública; y, en materia tributaria.

Dichos contratos consisten en la agrupación de dos o más empresas que deciden unir esfuerzos para alcanzar un objetivo común, que pueden ser de distintas clases que se diferencian por su objeto o el uso que se le quiera dar; sin embargo la falta de conocimiento puede generar confusiones entre las distintas clases de contratos asociativos e incluso en muchos casos se los compara con otras figuras jurídicas como las sociedades, lo que provoca la pérdida de la esencia propia de los contratos asociativos, pues se los consideraría como nuevas sociedades con personalidad jurídica y patrimonio propio, como ocurre con compañías de responsabilidad limitada que contienen en su denominación la palabra consorcio. Por ello, una de las dificultades al realizar un contrato asociativo es su contenido, ya que al momento de su elaboración los miembros pueden obviar ciertas características específicas, como: la designación de un apoderado o administrador con la determinación de cada una de sus facultades para evitar confusiones con la figura de representante legal que no es propia este tipo contractual; el tipo de responsabilidad de los miembros; la titularidad de los bienes aportados; las facultades del órgano de gobierno; el periodo de duración del contrato; entre otras.

Existe normativa que pueden presentarse como limitación a los contratos de asociación empresarial como es el caso de las conductas restrictivas a la competencia que afectan al mercado en general reguladas en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado; y, causas que pueden afectar a la gestión asociativa empresarial como la falta de capacidad y transparencia de los miembros en el desarrollo de la actividad conjunta, e incluso pueden presentarse conflictos económicos.

3.2.1. Conductas restrictivas a la competencia

Los contratos de asociación empresarial nacen de la unión de varias empresas para el desarrollo de una determinada actividad económica con el objetivo de mejorar su competitividad a través de un significativo crecimiento empresarial y como respuesta a las nuevas prácticas comerciales dentro de un sistema económico; es por ello, que los contratos asociativos implican una cierta concentración de recursos y conocimientos que aportan sus participantes, que genera una situación de ventaja frente a otras empresas que realicen la misma actividad por sí solas. Por lo cual, es importante analizar si dicha concentración puede ser considerada como una conducta restrictiva a la competencia en los contratos asociativos.

En la legislación ecuatoriana se prevé el derecho a la competencia que busca prevenir y corregir las consecuencias nocivas derivadas a los actos ajenos a las buenas costumbres comerciales y aquellos que distorsionen la libre competencia; además, el derecho a la competencia puede establecer límites sobre qué tipos de contratos se pueden celebrar, por ejemplo, las restricciones para la celebración de contratos leoninos que resultan abusivos en el comercio. En Estados Unidos se incorpora el *restraint of trade*⁴³ en *The Sherman Act* que tiene como objetivo restringir las prácticas anticompetitivas; y, en la Unión Europea el derecho de la competencia ha sido desarrollado en la legislación comunitaria en el cual se prohíben los actos anticompetitivos entre los Estados miembros (Palacios, 2013). Por otro lado, la Comunidad Andina de Naciones considera que los agentes económicos tienen posición dominante en el mercado al restringir o afectar de manera sustancial la oferta y la demanda de un mercado; y determina que las conductas restrictivas a la competencia son:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado;
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas (Decisión 608, 2005).

En Ecuador, la política económica tiene como finalidad garantizar un mercado transparente y eficiente; impulsar el desarrollo de un comercio justo; y, evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas de privados, el abuso de poder de mercado y cualquier práctica de competencia desleal⁴⁴ que afecten al mercado. El Estado está encargado de la regulación, control e intervendrá, de ser necesario, en las transacciones económicas y sancionará todo tipo de perjurio a los derechos económicos (CRE, 2008). La Constitución prevé el margen del sistema económico y las políticas económicas en las que se deberán basar las distintas relaciones jurídico-económicas.

La legislación ecuatoriana, a través de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece que están prohibidas todas las prácticas que impida,

⁴³ Comprende cualquier actividad que tiende a limitar el comercio, las ventas y el transporte en el comercial o tiene un impacto sustancial en el comercio. Esta ley prohíbe la mayoría de prácticas restrictivas en el comercio y reduzcan la competencia (JRank Articles, 2018).

⁴⁴ Actos ajenos a las buenas costumbres comerciales.

restrinja falsee o distorsionen la competencia o afecten negativamente a la eficiencia económica, lo cual será considerado como abuso de poder de mercado. La mencionada ley regula cuatro formas de abusos:

1. Abusos de posición de dominio en conductas determinadas, por ejemplo en el caso de telefonías con la determinación de precios.
2. Acuerdos y prácticas restrictivas sobre todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, que afecten al mercado y como consecuencia restrinjan las libertades económicas (LORCPM, 2011, art. 11).
3. Creación de concentración económicas que se entienden por el cambio o toma de control de una o varias empresa, a través de la realización de actos como: la fusión entre empresas; la total transferencia de los efectos de un comerciante; la adquisición directa o indirecta de cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda para ejercer control o influencia; vinculación mediante administración común; y, cualquier acuerdo o acto que transfiera a un grupo económico los activos o le otorgue el control o influencia determinante en la adopción de decisiones de administración de un operador económico (LORCPM, 2011, art. 14).
4. Prácticas desleales que son los actos de confusión con respecto a la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajeno, en particular, la imitación de signos distintivos ajenos; los actos de engaño que tenga como objeto inducir al error público sobre la naturaleza, características, ventajas o condiciones que corresponden a los productos, servicios o transacciones, o inducir al error sobre los atributos del agente del mercado; los actos de imitación que infrinjan o lesionen un derecho de propiedad intelectual y de actividades empresariales de un tercero; los actos de denigración sobre la actividad de un tercero que menoscaben su crédito en el mercado; los actos de comparación sobre las prestaciones, productos o establecimiento propio

o ajeno con los de un tercero; la explotación de la reputación ajena; y, la violación de secretos empresariales⁴⁵ (LORCPM, 2011, art. 27).

Las agrupaciones empresariales que se constituyan por medio de los contratos asociativos no pueden ir en contra de los lineamientos establecidos en la LORCPM, por lo que sus actividades deben estar dentro de los márgenes normativos para que no sean considerados como conductas restrictivas de competencia⁴⁶. Como se mencionó estos contratos implican un nivel de concentración de recursos debido a la unión de varias empresas que les permite posicionarse en el mercado con más oportunidades frente a otros competidores como reducción de costos y acceder a economías de escala; ahora bien, como analiza Dromi (1999), para que exista concentración económica las empresas que se unen debe cumplir tres condiciones: a) carácter permanente; b) modificación estructural empresarial; y, c) la nueva entidad goce de personalidad jurídica propia con autonomía jurídica y económica.

La concentración económica que surge de estos contratos no puede ser considerada como una forma de abuso o como conducta restrictiva de la competencia, debido a que: a) una de las singularidades de los contratos de asociación empresarial es su carácter temporal, ya que en principio la agrupación existe durante la ejecución de un proyecto determinado y con su culminación se extingue el contrato; b) no existe una modificación estructural en las empresas miembros de la cooperación empresarial, debido a que conservan su independencia y autonomía jurídica. La toma de decisiones está a cargo del órgano de gobierno, el cual está conformado por todos y cada uno de los miembros, por lo que no se trata de un control o influencia; y, c) los contratos de asociación empresarial no constituyen una nueva sociedad, por lo cual carecen de personalidad jurídica y patrimonio propio. Igualmente, las asociaciones que se forman por medio de estas figuras contractuales son sujetos de control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías en todos los actos societarios que realicen.

⁴⁵ Para ser considerado como secreto empresarial debe tener tres características: que la información sea secreta y no divulgada, que tenga un valor comercial y que sea susceptible de protección.

⁴⁶ En la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado en el art. 11 se señalan, de manera detallada, todos los acuerdos y prácticas que constituyen conductas restrictivas a la competencia, por lo que están prohibidas su realización por parte de los operadores económicos.

3.2.2. Transparencia en la negociación

La formación de los contratos de asociación empresarial se basa en la cooperación conjunta de varias empresas en un proyecto determinado que para una sola empresa resultaría difícil el desarrollo por los costos de producción, falta de conocimientos o activos necesarios; es por ello, que se realiza un análisis sobre las capacidades de las distintas empresas para la asociación, ya que es indispensable que se generen aportes diferentes entre ellas para aumentar su nivel de competitividad y eficacia productiva. Por lo tanto, se pueden presentar dos problemas: falta de transparencia y compromiso.

Al celebrar un contrato de asociación empresarial debe existir lealtad entre los miembros, ya que para el desarrollo del negocio o proyecto objeto del contrato comparten conocimientos y recursos propios de sus actividades comerciales, que no pueden ser utilizados para finalidades distintas que no hayan sido acordados en el contrato; por otra parte, si bien las empresas miembro de la agrupación empresarial conservan su independencia y autonomía que les permite continuar con sus operaciones y actividades comercial, no pueden realizar la misma actividad por la cual se asociaron en concordancia con el principio de no competencia.

Los miembros de la asociación empresarial están comprometidos a desempeñar sus actividades de manera eficaz y cumplir con lo estipulado en el contrato desde el comienzo hasta el final del proyecto, puesto que es determinante para mantener y superar su nivel de productividad, lo cual es beneficioso tanto para la asociación como para cada uno de los miembros en el mercado. Sin embargo, la falta de interés de uno de los miembros puede ocasionar desequilibrios económicos-financieros en la cooperación.

3.3. Optimización y aprovechamiento de la aplicabilidad de los contratos de asociación empresarial

En los mercados cada vez más competitivos, los empresarios han buscado estrategias para mantener su competitividad, por lo cual acuden a la creación de los contratos de asociativos que les permita realizar un negocio en conjunto, a través de la unión de esfuerzos, reducción de costos y compartir riesgos, con el interés de crecer económicamente cada uno de los miembros de la cooperación, como tener mayores ventajas frente a las demás empresas que realicen la misma actividad. Las empresas que

deciden asociarse realizan un análisis profundo sobre los beneficios que le reportaría unirse o no con cierta empresa, pues es preciso que el aporte de cada miembro sea diferente con los demás, debido a la búsqueda de una mayor reducción de costos para el desarrollo del proyecto lo cual sería poco probable si se aportaría lo mismo; incluso el análisis está enfocado para determinar el nivel de confianza que genera una empresa en el mercado, ya que esto permitirá que la asociación perdure en el tiempo establecido con mayor posibilidad de obtener los resultados esperados.

Existen varias ventajas al constituir asociaciones por este tipo contractual, principalmente, la reducción de costos a través de compartir riesgos; generar nuevas oportunidades con la creación de estrategias; adquisición de nuevos conocimientos; y mejorar la competitividad con ventajas frente a otras empresas en el mercado. Por ello, los contratos asociativos son una herramienta muy útil en el comercio alrededor del mundo, por ejemplo como explica Díaz (2017), en la Unión Europea el 46% de los acuerdos comerciales entre empresas se han celebrado mediante los diferentes tipos asociativos en los últimos años.

3.3.1. Reducción de costos

Uno de los mayores beneficios que trae consigo los contratos de asociación es la reducción de costos en el desarrollo de proyectos, especialmente de aquellos que por su tamaño implican un gran riesgo e inversión, que para una sola empresa resultaría difícil llevar a cabo; es por esto, que las empresas deciden unir esfuerzos, es decir, sus recursos y conocimientos para el cumplimiento del objeto del contrato que ayuda a mejorar la producción dentro de la agrupación. Como se explica:

Hoy más que nunca las empresas deben buscar oportunidades para reducir costos debido al ambiente de competencia global al que nos enfrentamos; el costo es un efecto del que se debe controlar sus causas, ya que bajo esta óptica prácticamente el 80% de los costos en las empresas deben visualizar que sus sistemas y estructuras son de carácter estratégico y por tanto se convierten en una herramienta fundamental para el logro y sustento de ventajas competitivas. La reducción de costos debe estar enfocada en la etapa de planeación, pues es mejor realizar una investigación previa del proyecto para poder generar alianzas entre empresas (Meljem, 2016, 61).

La celebración de los contratos de asociación tiene la finalidad de compartir riesgos, ya que incentiva la agrupación de empresas para la ejecución de un proyecto de gran escala

que evita que una sola empresa adquiera bienes o activos innecesarios de alto costo para el desempeño de una actividad específica. Los costos de producción reducen debido a que cada miembro de la asociación, a más del aporte de recursos o conocimientos, desempeña una actividad específica que aumenta la eficacia en el desarrollo del proyecto.

Por ejemplo, las contrataciones con el Estado para la construcción de carreteras, edificaciones para servicios médicos o destinados a investigación, etc.; son proyectos que por su tamaño y riesgo la mayoría de compañías no está en la capacidad de realizarlos; sin embargo, para un grupo de empresarios que decidan unir conocimientos e infraestructura por medio de un contrato de asociación resulta más conveniente y atractivo para el mercado, ya que el riesgo de la contratación se reduce al recaer sobre una sola empresa. Adicionalmente, compartir riesgos ayuda a las empresas nuevas que quieran invertir en mercados nacionales o extranjeros, pues mejora su competitividad por la concentración de recursos entre sus miembros.

3.3.2. Adquisición de conocimiento y oportunidades

La naturaleza jurídica de los contratos asociativos trae consigo la pluralidad de partes, en este caso, la participación de varias empresas cada una con sus estructuras, políticas, recursos y conocimientos propios, que son aportados a la agrupación empresarial con la finalidad de la consecución del objetivo común por el cual decidieron unir esfuerzos. Cada miembro de la asociación desempeña una actividad específica, lo que implica que entre ellos deberán existir medios de comunicación para mantenerse informados sobre el estado y procesos productivos del negocio.

Las asociaciones empresariales no pueden ser vistas únicamente como el medio por el cual dos o más empresas unen recursos para realizar determinada actividad, sino que debe ser considerado como un mecanismo para la adquisición de nuevos conocimientos que permitan a la agrupación alcanzar niveles de producción altos para poder superar la productividad de otros competidores; como también, el aprendizaje que hayan asimilado pueda adecuarse a las actividades cotidianas de cada empresa, gracias al constante intercambio de información durante todo el proceso del desarrollo del proyecto hasta su culminación. La captación de nuevos conocimientos incrementa las oportunidades para la asociación, pues facilita su incorporación a nuevos mercados y el desarrollo de

proyectos de gran escala, por ejemplo en materia de contratación pública, les da más posibilidades de ser adjudicados con proyectos del Estado.

Quien cumple un papel primordial para el impulso de creación de los contratos asociativos es el Estado; por ejemplo, en varias legislaciones como en Argentina, Colombia y Uruguay se establecen incentivos para la celebración de estos contratos, sobretodo en temas de exportación (Oviedo, 2010). En la legislación ecuatoriana, si bien no son regulados existen normas legales que incentiva de cierta manera la celebración de estos contratos, tal es el caso de la Ley de Régimen Tributario Interno que establece que estarán exentos del pago al impuesto a la renta los consorcios extranjeros que celebren contratos con el Estado que tengan como objeto la inversión en sectores económicos determinados con industrias básicas (2004, art. 9.2). Igualmente, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de fomentar la producción orientada a la exportación y deberá promoverlo mediante la formación de consorcios o uniones de exportadores para conseguir una presencia más dinámica en el mercado internacional, entre otros (Código Orgánico de la Producción, Comercio E Inversiones. COPCI, 2010, art. 93).

3.3.3. Mejora de la competitividad

En la economía actual con constantes cambios, el nivel de competencia que tenga las empresas es primordial para su crecimiento y mantener un lugar dentro del mercado; los contratos asociativos dan la posibilidad que las empresas aumenten su competitividad a través de la unión de recursos, mejora de procesos y productividad, expansión hacia nuevos mercados y reducción de costos en la producción o desarrollo de un proyecto en común. Esta ventaja, no solo existe a nivel de la cooperación empresarial en la actividad que realicen como tal, sino que también mejora la competitividad de cada miembro en sus actividades individuales por la concentración de recursos y como se mencionó anteriormente, por los nuevos conocimientos que adquieren mutuamente en el proceso de la actividad conjunta. La competitividad es el resultado de:

Ocupar una posición ventajosa en lo referente a los productos o servicios, sistemas de producción, recursos humanos, etc. Abundando más en el término, la competitividad va a depender de cosas como la calidad de los productos, la novedad de los mismos, la tecnología de los procesos utilizados, la organización de la producción, los plazos de entrega, o la calidad y eficacia del servicio. Consecuentemente, para asegurar una posición competitiva ventajosa en todas

estas áreas, no queda otra opción que la de seguir el ritmo del progreso, es decir, será necesario una actividad de innovación permanente, que haga posible la introducción a tiempo de los cambios precisos para ir delante de la competencia (Conca y Molina, 2000, 23).

La competitividad empresarial, como analiza, Candela et al. (2008), se mide según la eficacia y desempeño en las operaciones que realicen las empresas en el mercado, por lo cual se deben implementar estrategias para maximizar recursos; en tal sentido la competitividad puede ser vista desde dos perspectivas: la interna que considera la productividad y rentabilidad; y la externa que analiza el impacto de la actividad en la industria de la empresa. Por lo tanto, una asociación es competitiva por la facilidad que brinda para adaptarse a distintos ámbitos y cambios del comercio, por marcar tendencias y adoptar un papel activo en el mercado que les genere ventajas a los miembros frente a otros competidores.

Gracias a la cooperación empresarial, permite el desarrollo del negocio o proyecto cuente con recursos altamente calificados, es decir, pueden tener acceso a transferencia de tecnología, bienes y servicios que mejore su productividad para tener mayores posibilidades de conseguir beneficios de la actividad conjunta. Es preciso mencionar, que los contratos asociativos pueden tener distintos fines y desempeñar actividades en todos los ámbitos comerciales dependiendo de las necesidades y los sectores que se quieran explotar dentro de cada país. Como consecuencia del mejoramiento de la competitividad las empresas miembros de la agrupación son reconocidas y adquieren visibilidad en el mercado, lo cual es beneficioso pues puede influenciar en el éxito de futuros negocios. Al ser parte de contratos asociativos el desempeño de cada miembro es decisivo, ya que la organización de sus actividades permitirá que la asociación gane un lugar importante en el mercado y sea considerada para más proyectos o negocios.

3.3.4. Potenciar economías

Uno de los principales objetivos de los contratos de asociación empresarial es maximizar la producción de las empresas por la unión de esfuerzos, recursos o aportes de los miembros, que reduzcan los costos de producción y garanticen la efectiva consecución del fin común, lo cual les permite acceder a una economía de escala. Para Martínez y Vidal (2003), la economía de escala se refiere al nivel óptimo de producción que alcanzan las empresas, es decir, entre mayor producción menor los costos de inversión; además, se

entiende como las ventajas que obtienen las empresas gracias a la expansión de sus actividades que los coloca en una mejor situación de competencia; lo cual genera beneficios como la obtención de materias primas a costos más convenientes, la disminución de costos de comercialización y el financiamiento de proyectos gran magnitud; esto produce mejoras cuantitativas y cualitativas al desempeño de la agrupación (Ávila, 2004).

En el Ecuador, en la Constitución se establece como una obligación del Estado dentro de las políticas comerciales, impulsar el desarrollo de economías de escala en un comercio justo (2008, art. 304); por lo cual, la optimización de los contratos asociativos es indispensable para el desarrollo económico y para fomentar la inversión en el país. Un claro ejemplo de esto, es el impulso que se les da a las pequeñas y medianas empresas para que se unan y puedan desempeñar actividades de comercio, lo que las constituye como potenciales competidores en el mercado; como los consorcios formados por:

Nativa (productos farmacéuticos alternativos y orgánicos); Líder Royal Honey (recolección de mieles varietales en las provincias de Los Ríos, Pichincha, Guayas, Santa Elena y Napo, provienen de árboles de aguacate, eucalipto, durazno); y Gipsófila, que lo integran 10 productores de esa especie de flor, que en el mundo el país representa el 80% de la exportación de esta variedad (Diario el Telégrafo, 2012).

Estas asociaciones se crearon con pequeños y medianos productores nacionales para que integren los proyectos de consorcios de exportación que impulsa el Estado, a través del Ministerio de Industrias, el Instituto Promoción de Exportaciones e Inversiones (ProEcuador). Este proyecto se creó con el objetivo de fomentar las asociaciones productivas entre estos productores, en ayuda a la comercialización de sus productos.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A través del análisis efectuado en la presente disertación sobre la situación jurídica actual de los contratos de asociación empresarial en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se puede concluir:

1. Los contratos de asociación empresarial son aquellos por medio del cual dos o más empresas unen esfuerzos de manera temporal con la finalidad de la consecución de un objetivo común entre ellos, sin la necesidad de constituir una nueva sociedad con personalidad jurídica y patrimonio propio; por ende, las empresas conservan su independencia y autonomía jurídica y económica.
2. Las asociaciones empresariales que se constituyen a través de la celebración de estos contratos surgen como una alternativa para las empresas que buscan desarrollar proyectos que generen más ingresos y beneficios a sus miembros con la reducción de costos, como: la realización de exportaciones conjuntas, participación en licitaciones con el Estado, distribución de riesgos o la adquisición de conocimientos técnicos.
3. En las diferentes legislaciones se promueve el reconocimiento y protección de los derechos económicos, pues esto genera un mayor desarrollo dentro de los distintos mercados; y, fomenta la inversión y productividad de la iniciativa privada. Las principales libertades económicas son la libertad de empresa, de contratación y asociación empresarial, de estas se desprenden otras libertades imprescindibles para la actividad económica; la importancia de las libertades económicas en el desarrollo de los contratos asociativos radique en que a través de ellos las empresas tienen la capacidad de emprender, dirigir y organizar cualquier tipo de actividad económica; además, permiten la asociación empresarial por medio de la celebración de un contrato, en el cual las partes tengan la libertad de decidir con quién y cómo contratar, como de decidir la forma contractual que mejor se adapte a sus necesidades.
4. Según el análisis realizado en la presente disertación sobre los índices de libertad económica de The Heritage Foundation, Economic Freedom of the World 2018 Annual Report de Fraser Institute, Human Freedom Index 2018 de Cato Institute; Ecuador se encuentra dentro de los niveles más bajos a escala mundial en el puesto

170 de 180 países con una puntuación promedio de 46,9 sobre 100 con un decrecimiento de 0,8 puntos; lo cual coloca al país dentro de las denominadas economías represivas. El factor principal de esta puntuación es la falta de seguridad jurídica en el país con respecto a la falta de independencia, imparcialidad, e integridad judicial como los niveles de corrupción debilitan los derechos y libertades económicas.

5. El determinar la naturaleza jurídica de los contratos asociación empresarial ayudó a determinar sus principales características, en tal sentido, estos contratos por regla general son atípicos con excepciones como los contratos de asociación o cuentas en participación; son plurilaterales ya que surgen de la unión de varias empresas con intereses comunes lo cual produce que estos contratos subsistan sin importar la disminución de un participante debido a que sus prestaciones no son recíprocas; es de carácter consensual no requieren de formalidades para su validez; son contratos onerosos, los miembros persiguen un fin con el afán de lucro o la obtención de beneficios con la particularidad que su actividad reporta un riesgo, es decir la utilidad que se generen no son inmediatas, por lo cual son aleatorios; y, son contratos sinalagmáticos esta característica implica que todos los miembros de la asociación tienen derechos y obligaciones.
6. El objeto del contrato de asociación empresarial es la unión de esfuerzos de varias empresas para el desarrollo de una actividad en común, generalmente, se tratan de proyectos u operaciones de gran complejidad que para una sola empresa le resultaría muy difícil o imposible de realizar; además, el objetivo de unir recursos o conocimientos es para reducir costos de inversión, mejorar la competitividad de la asociación como de todos y cada uno de los miembros. Los contratos de asociación empresarial pueden ser utilizados para diversas actividades según la necesidad que tengan los miembros para formar la asociación.
7. Las principales características de los contratos de asociación son: regular las relaciones de participación e integración en un negocio; no genera una nueva persona jurídica; su duración es transitoria, una vez concluido el proyecto la asociación termina; las partes deberán realizar aportaciones necesarias para el cumplimiento del contrato; tiene fin de lucro, las partes participan tanto en las utilidades y pérdidas, según el monto de su aportación; la asociación no puede ejercer funciones de

dirección sobre la actividad de los participantes; y, no se forma un patrimonio propio en la asociación, sin embargo se diferencia del patrimonio de cada una.

8. A diferencia de las sociedades mercantiles típicas, las asociaciones constituidas por medio de este tipo contractual carecen de personalidad jurídica y patrimonio propios, ya que una de las ventajas es que los miembros conservan su independencia y autonomía jurídica y económica lo que les permite continuar con sus actividades comerciales habituales e incluso competir en el mercado entre ellos, siempre y cuando, no desempeñen individualmente la actividad por la cual forman la agrupación.
9. Dentro de la cooperación empresarial la toma las decisiones está a cargo del órgano máximo de la organización, el directorio el cual está conformado por todos y cada uno de los miembros, dichas decisiones son principalmente: tendientes al cumplimiento del contrato y a las modificaciones del contrato que se pueden presentar en el transcurso de la ejecución de la obra; sin embargo, no son ellos los encargados de llevar a cabo sus disposiciones, quien está facultado para ello es el administrador de la asociación. Tanto las facultades del directorio como aquellas otorgadas al administrador deben ser especificadas en el contrato.
10. En cuanto a la responsabilidad frente a terceros quienes responden son todos y cada uno de los miembros, por regla general y en virtud de las libertades que gozan las empresas, por regla general la responsabilidad será hasta por el monto máximo de su aporte porcentaje de su aportación; sin embargo, pueden responder solidariamente por las obligaciones contraídas en nombre de la cooperación por voluntad expresa de las partes o por disposición expresa de la ley como es en el caso de contratación con el Estado los miembros de las asociaciones o consorcios tendrán responsabilidad solidaria (LOSNCP, 2008, art.67).
11. Los aportes que los miembros realicen a la agrupación forman parte del fondo común operativo, en tal sentido, los bienes no ingresan a un patrimonio propio de la asociación ni pasan al dominio de esta, pues la titularidad de los bienes se mantiene en el patrimonio individual de los miembros; dichos bienes pueden ser en numerario, en especie, en una actividad determinada e incluso de activos intangibles; la

particularidad de ellos, es que al ingresar al fondo común operativo son de carácter indivisible.

12. La vigilancia y control de los contratos asociativos empresariales difiere según el objetivo para el cual se haya celebrado el contrato y la norma jurídica a la que se adapte. A pesar que, estos contratos no requieren de formalidades para su perfeccionamiento, por su naturaleza jurídica consensual y que la legislación no regula los contratos asociativos de forma expresa; el ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé ciertos casos en los cuales se requerirá de formalidades para su constitución y cuando existirá control por parte de las diferentes entidades estatales, tal es el caso de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros; en el régimen jurídico ecuatoriano; y en el Sistema Nacional de Contratación Pública.
13. Si bien los distintos tipos de contratos asociativos comparten características similares sobretodo la voluntad de los miembros de unir esfuerzos para obtener beneficios, en el caso de los contratos de asociación o cuentas en participación existen diferencias sustanciales: 1) el participante aporta al negocio del gestor; 2) la responsabilidad radica únicamente en el gestor, pues él realiza todas las operaciones comerciales; 3) en el caso de pérdidas que afecten al participante no pueden exceder al porcentaje de su aporte.
14. Al celebrar contratos de asociación empresarial se produce una concentración económica, sin embargo no puede ser considerada como un abuso a la competencia según las reglas establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (LORCPM); ya que, con la asociación no existe modificaciones de la estructura de las empresas por la independencia que gozan los miembros; es decir, no existe una toma de control hacia otras empresas en actos como: 1) la fusión entre empresas es una figura societaria que nada tiene que ver con la esencia de los contratos de asociación; 2) no se transfiere ninguno de los efectos de un comerciante; 3) no ejerce ningún tipo de influencia en la toma de decisiones sobre alguna operación económica que realicen de manera interna en las empresa de cada miembro. Cabe recalcar que los acuerdos que se hagan por medio de este contrato no pueden ir en contra de lo dispuesto en la LORCPM.
15. La constitución de asociaciones empresariales representa varias ventajas para los miembros, en especial, la reducción de costos a través de compartir riesgos; genera

nuevas oportunidades a través de la creación de estrategias propias; adquieren nuevos conocimientos, sobretodo técnicas de industria y tecnología; y. mejora la competitividad de la asociación como de cada uno de los miembros frente a otras empresas en el mercado. La optimización de los contratos asociativos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es necesaria, debido a que se buscan nuevas formas de inversión y alcanzar economías de escala, esto debería tener un mayor enfoque en las pequeñas y medianas empresas del país, para para fomentar la producción nacional a través de estas empresas y que ellas puedan presentarse como potenciales competidores en el mercado.

16. Una debida utilización de los contratos asociativos permite que las empresas puedan acceder a nuevas formas de cooperación con mayor facilidades y oportunidades de inversión; por lo tanto, en caso de celebración de estos contratos se deben incluir elementos esenciales, a más de las disposiciones legales existentes: 1) la partes que participarán en la asociación con la determinación de sus actividades; 2) el objeto del contrato que será lo acordado por las partes, siempre y cuando, no se incurra en conductas que restrinjan la competitividad; 3) el tiempo de duración del contrato; 4) los aportes de cada uno de los miembros con su respectiva especificación; 5) la constitución del fondo común operativo; 6) la responsabilidad de los miembros frente a terceros; 7) la conformación del órgano de gobierno; 8) la designación de un apoderado o administrador con sus facultades delimitadas; 9) la admisión o exclusión de uno de los miembros; y 10) las formas de extinción del contrato.

BIBLIOGRAFIA

1. Acosta, J. (2012). El Necesario Reconocimiento del Principio de Justicia Contractual. *Revista Virtual Via Inveniendi Et Iudicandi*, 13(1), 33. ISSN-e 1909-0528
2. Aguilera, S. (1959). La obligación solidaria. En *Revista de Derecho Notarial*, 3(8), 45-78.
3. Alessandri, A. (2011). *De los contratos*. Bogotá: Editorial Temis
4. Alvear, P. (2014). Economía social y solidaria ¿Utopía o necesidad? Nuevos paradigmas en la conceptualización de lealtad y buena fe comercial. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones CEP
5. Aragón, M. (1996). Constitución económica y libertad de empresa. En J. Iglesias (coord.). *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (pp. 171-181). Madrid: Civitas.
6. Araoz, L. y Ramírez-Gastón, A (2006). Los contratos de colaboración empresarial y de asociación en participación celebrados entre partes domiciliadas en el país: su tratamiento tributario en la Ley del Impuesto a la Renta y en la Ley del Impuesto General a las Ventas. *Revista Derecho & Sociedades*, 28(7), 244-254. ISSN: 2079-3634
7. Arrubla, J. (2008). *Contratos Mercantiles*. Medellín: Editorial Duké
8. Asamblea General de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (3 de enero de 1976). [Resolución 2200A (XXI)].
9. Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos. (9 de diciembre de 2016). [Ley 0, 2016]. RO. 899.
10. Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico de Organización Territorial. (19 de octubre 2010). [Ley 0 de 2010]. RO. 303 Suplemento.
11. Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. (22 de mayo de 2015). [Ley 0 de 2015]. RO. 506.
12. Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico General de Procesos. (22 de mayo 2015). [Ley 0 de 2015]. RO. 506 Suplemento.
13. Asamblea Nacional del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). [Decreto legislativo 0, 2008]. RO. 449
14. Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. (13 de octubre de 2011). [Ley 0 de 2011]. R.O. 555 Suplemento.

15. Asamblea Nacional del Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (4 de agosto de 2008). [Ley 1 de 2008]. RO. 395.
16. Asenjo, J. (2004). La constitución económica española de 1978 y el PSOE. *Sistema: Revista de ciencias sociales*, 1(53), 145-156. ISSN 0210-0223.
17. Ávila, J. (2004). Introducción a la Economía. México: Plaza y Valdes Editores.
18. Ayala, M. (2017). Contratos Civiles. Ciudad de México: IURE editores. Recuperado de: <http://www.digitaliapublishing.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/visor/47191>.
19. Bado, V. y López, C. (2016). Manual básico de derecho comercial. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay.
20. Barcia, R. (2010). Lecciones de derecho civil chileno, del acto jurídico. 5ª ed. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile.
21. Biasca, R. (2005). Pymes más competitivas, experiencia de transformación en América Latina. Buenos Aires: El Cid Editor.
22. Camacho, M. (2005). Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana. *Revista e-Mercatoria*, 4(1), 1-34.
23. Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil y Comercial (3 de marzo de 2008), [Dres. Abraham R. Griffi y Abel F. Granillo]. IECSA S.A v. CIDEM S.R.L s/rendición de cuentas, expediente n. 310.554/36, Córdoba – Argentina.
24. Cámara de Comercio de Bogotá (2018). Listado de costumbres mercantiles. Recuperado de: <https://www.ccb.org.co/Transformar-Bogota/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>.
25. Candela, M. et al. (2008). Empresas, derechos humanos y competitividad ¿Una relación imposible? Madrid: Economistas sin fronteras editorial.
26. Caro, R. (2014). Reconstrucción de la justicia contractual desde la justicia relacional. *Recerca, revista de Pensament i Anàlisi*. (16), 93-116. ISSN 1130-6149.
27. Castillo, L. (2012). Problemática en la aplicación del Impuesto a la Renta en las Asociaciones en Participación. *Revista del Instituto Peruano del Derecho Tributario*, 52(1), 51-72.
28. Cevallos, V. (2011), Manual de derecho mercantil. 5ª ed. Quito: Editorial jurídica del Ecuador.
29. Colaiácovo, J. et al. (2015), Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresarial Internacional. Buenos Aires: Ediciones Macchi
30. Comisión de la Comunidad Andina de Naciones Normas para la protección y promoción de la libre competencia (21 de marzo de 1991). [Decisión 608, 2005].

31. Comisión de las Comunidades Europeas (2 de julio de 2002). Comunicación de la comisión relativa a la responsabilidad social de las empresas: una contribución empresarial al desarrollo sostenible. Bruselas. Recuperado de: [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20021111/com\(2002\)347_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20021111/com(2002)347_ES.pdf)
32. Conca, F. y Molina, H. (2000). Innovación tecnológica y competitividad empresarial. Alicante: Universidad de Alicante.
33. Congreso del Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación. (7 de octubre de 2014). [Ley 26.994].
34. Congreso Nacional. Código Civil. (10 de mayo de 2005). [Codificación 10 de 2005]. RO. 46.
35. Congreso Nacional. Código de Comercio. (20 de agosto de 1960). [Codificación 28 de 1960]. RO. 1202 Suplemento.
36. Congreso Nacional. Código Tributario. (14 de junio de 2005). [Codificación 9 de 2005]. RO. 38.
37. Congreso Nacional. Ley de Compañías. (5 de febrero de 1999). [Codificación 26 de 2004]. RO. 312.
38. Congreso Nacional. Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas. (2 de diciembre de 1997). [Ley 41 de 1997]. RO. 206.
39. Congreso Nacional. Ley de Régimen Tributario Interno. (17 de noviembre de 2004). [Codificación 0 de 1999]. RO. 463.
40. Congreso Nacional. Ley del Registro Único de Contribuyentes. (17 de agosto de 2004). [Codificación 22 de 2004]. RO. 398.
41. Coraggio, J. (2011). Economía social y solidaria. El trabajo antes que el capital. Quito: Abya-Ayala.
42. Correa, M. (2009). Libertad de empresa en el Estado social de derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
43. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena (5 de septiembre de 2001). Sentencia C-949 [MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández]
44. Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión (6 de julio de 2007). Sentencia T-512/07 [MP Dr. Manuel Jose Cepeda Espinoza]. Referencia: expediente D-3277
45. Corte Constitucional de Colombia. (16 de noviembre de 1995). Sentencia N° C-524/95. [MP: DR. Carlos Gaviria Díaz]. Expediente No. D-920.

46. Corte Constitucional de Colombia. (23 de marzo de 2000). Sentencia N° T-336/00. [MP: DR. Alfredo Beltrán Sierra]. Expediente No. T-288225.
47. Corte Constitucional del Ecuador. (15 de octubre de 2014). Sentencia No. 171-14-SEP-CC. [MP: Dr. Patricio Pazmiño Freire]. Expediente No. 0884-12-EP.
48. Corte Constitucional del Ecuador. (15 de octubre de 2014). Sentencia N° 171-14-SEP-CC. [MP: DR. Ruth Seni Pinoargote], Registro Oficial N° 374 Suplemento.
49. Corte Constitucional del Ecuador. (17 de septiembre de 2014). Sentencia N° 134-14-SEP-CC. [MP: DR. Patricio Pazmiño Freire], Registro Oficial N° 587.
50. Corte Constitucional del Ecuador. (27 de junio de 2018). Sentencia No. 012-18-SIN-CC. [MP: Dr. Alfredo Ruiz Guzmán]. Registro Oficial No. 61.
51. Corte Constitucional del Ecuador. (29 de marzo de 2012). Sentencia N° 005-12-SIN-CC. [MP: DR. Patricio Herrera Betancourt], Registro Oficial N° 217.
52. Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. (18 de junio de 2009). Sentencia No. 279-2009. [MP Dr. Carlos Ramírez Romero]. Registro Oficial No. 170
53. Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. (18 de junio de 2009). Sentencia No. 279-2009. [MP Dr. Carlos Ramírez Romero]. Registro Oficial No. 170
54. Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación. (13 de septiembre de 2006). Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01. [MP Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar].
55. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación y Agraria (22 de octubre de 2001) [MP Castillo Rúgeles Jorge Antonio]. Ref. Expediente N° 5817.
56. Corte Suprema de Justicia, Segunda sala de lo Civil y Mercantil (26 de marzo de 2001) [MP Olmedo Bermeo Idrovo]. Gaceta Judicial No. 5.
57. Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil (26 de junio de 2006). Sentencia casación No. 229. [MP Dr. César Montaña Ortega]. Registro Oficial No. 85.
58. Corte Suprema de los Estados Unidos (22 de junio de 1964). United States v. Pennolin CO. No. 503
59. Craswell, R (1995). Freedom of Contract. Chicago: Coase-Sandor Institute for Law & Economics at Chicago Unbound.
60. De la Puente y Lavalle, M. (1996). El contrato en general, comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil. 2ª ed. Lima: Fondo Editorial PUCP. ISBN: 8489309779
61. Deppeler, N. (2005) Contratos comerciales de uso actual. Buenos Aires: Ad.Hoc

62. Deux, M. y Vázquez, G. (2009). Emprendimientos asociativos, empresas recuperadas y economía social en la argentina. *ICONOS, Revista de ciencias sociales*, 33(13), 91-102.
63. Díaz, A. (2017). Contratos mercantiles. Ciudad de México: IURE
64. Diez, A. (1999). Algunos apuntes sobre los contratos asociativos y su tratamiento en la Ley General de Sociedades peruana. *Ius et veritas*, 18(1), 56-67.
65. Díez-Picazo, L. (2016). Contrato y Libertad Contractual. *THEMIS: Revista de Derecho*, 49 (1), 15-21. ISSN 1810-993
66. Dromi, R. (1999). Competencia y monopolio. Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial.
67. El Telégrafo. (6 de agosto de 2012). Mipymes integran cuatro consorcios de exportación. Recuperado de: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/2012/8/mipymes-integran-cuatro-consorcios-de-exportacion>
68. Escribano, P. (1985). La Constitución económica española, sobre el libro de Oscar de Juan Asenjo. *Revista española de derecho constitucional*, 5(15), 271-274. ISSN 0211-5743
69. Etcheverry, R. (2005). Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios. Buenos Aires: Astrea
70. Farina, J. (1999). Contratos comerciales modernos. Buenos Aires: Astrea
71. Fernández, A (2015). El direccionamiento de crédito como una restricción injustificada al derecho de libertad de empresa del agente bancario: análisis del artículo 209 del Código Orgánico Monetario y Financiero (Trabajo de grado). Universidad San Francisco de Quito [USFQ], Quito, Ecuador.
72. Ferri, L. (2001). Autonomía privada. Granada: EDERSA.
73. Franchini, B., et al. (2008). El universo de las combinaciones de negocios, consorcios de cooperación. Mar del Plata, Argentina: Facultad de ciencias económicas y sociales, Universidad Nacional de Mar del Plata
74. Fraser Institute (2009), Reporte de Libertad Económica para América Latina 2009 – 2010. México DF. Recuperado de: <https://www.fraserinstitute.org/sites/default/files/libertad-economica-para-america-latina-2009-2010.pdf>

75. Fraser Institute (2018). Economic Freedom of the World 2018 Annual Report. Vancouver, B.C. Recuperado de: <https://www.fraserinstitute.org/studies/economic-freedom-of-the-world-2018-annual-report>
76. Freire, A (2011). Los alcances y limitaciones del consorcio empresarial en la legislación ecuatoriana. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador
77. Ghersi, C. (1998). Contratos civiles y comerciales. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea.
78. Gimeno, M. (2015). Endeudamiento empresarial y fusión de sociedades: contribución al estudio de la fusión apalancada. Madrid: ProQuest-Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. ISBN: 978-84-91233-45-9.
79. Gómez, C. (2010). Teoría del contrato. Medellín: universidad de Medellín.
80. Gómez, M. (2013). Contratos asociativos como instrumentos facilitadores de los negocios tecnológicos. Trabajo presentado en XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, Argentina
81. Góngora, S. y Ramos, C. (2013). Analisis crítico de la economía solidaria en Ecuador. *Revista Politécnica*, 32(2), 127-133
82. Gonzalez, D (2009). Análisis dinámico de los pronunciamientos de la corte constitucional Colombiana sobre: la libertad de Empresa, la libre competencia y la Libertad económica a través de la construcción de líneas Jurisprudenciales (1992-2007). (Trabajo de post grado). Universidad Andina Simón Bolívar [UASB], Quito, Ecuador
83. Gonzalez, S., Espinosa, A. y Acuña-Pazmiño, J. (2016). Los derechos económicos, sociales y culturales desde la perspectiva de la economía teórica. *Revista economía y política*. 22(2), 27-34
84. Grijalva, A. et al. (2013). Estado, Derecho y Economía. Quito: Corporación editorial nacional.
85. Ibáñez, J. (2009). Modelo de cláusulas para contratos de Unión Temporal o Consorcio. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá. ISBN: 978-958-688-287-3
86. Instituto pacífico (2015). Consorcios, joint venture y asociación en participación. Actualidad empresarial, revista de inversión y negocios, 1-36. Recuperado de: http://aempresarial.com/web/adicionales/files-lv/pdf/2015_trib_25_consortios.pdf

87. Jara, M. (2013). La Constitución económica ecuatoriana y desarrollo. En R. Ávila (coord.) *Estado, derecho y justicia: estudios en honor a Julio César Trujillo*. Quito: Corporación Editora Nacional.
88. JRank Articles (2018). Sherman anti-trust act, restraint of trade. Rule, agreement, vertical, and restraints. Recuperado de: <http://law.jrank.org/pages/10241/Sherman-Anti-Trust-Act-Restraint-Trade.html#ixzz5cLiEEOAQ>.
89. Kawano, E., Masterson, T. y Teller-Elsberg, J. (2009). *Solidarity Economy I: Building alternatives for people and planet*. Amherst: Center for Popular Economics.
90. Lacruz, J. et al. (2011). *Derecho de obligaciones: Parte general, teoría general del contrato*. 5ª ed. Madrid: DYKINSON. ISBN: 84-8155-398-0
91. Larrea, J. (2007). *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
92. Latouche, S. (2003). *Pequeño tratado del decrecimiento sereno*. Barcelona: Icaria
93. Laville, J. (2015). *Asociarse para el bien común*. Barcelona: Icaria.
94. Ley de Sociedades por acciones de Brasil. (15 de diciembre de 1976). [Ley 6404 de 1976]. Recuperado de: http://www.aeca1.org/pub/on_line/comunicaciones_xviicongresoaecca/cd/52a.pdf
95. Lorenzetti, R. (2003). *Contratos, parte especial*. Buenos Aires-Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
96. Marqués, J. (2013). *Potential and limits of social and solidarity economy*. Ginebra: United Nation Research Institute for Social Development. Recuperado de: [http://unrisd.org/80256B42004CCC77/\(httpInfoFiles\)/1423AFF966FED3BEC1257B7200347480/\\$file/Marques%20draft%20paper%20new.pdf](http://unrisd.org/80256B42004CCC77/(httpInfoFiles)/1423AFF966FED3BEC1257B7200347480/$file/Marques%20draft%20paper%20new.pdf)
97. Martínez, G. (1997). La libertad de empresa, comentario al art. 38. En O. Alzaga (coord.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (pp. 729-745). Madrid: EDERSA.
98. Martínez, L. (2009). La economía social y solidaria: ¿Mito o realidad? *ICONOS, Revista de ciencias sociales*, 34(13), 107-113.
99. Martínez, P. y Vidal, V. (2003). *Economía Mundial*. 2ª ed. Madrid: McGraw-Hill.
100. Marzorati, O. (2003). *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires: Astrea
101. Mascareñas, J. (2011). *Fusiones, adquisiciones y valoración de empresas*. 5ª ed. Madrid: Ecobook-Editorial del Economista. ISBN: 978-84-96877-46-7.

102. Medina de Lemus, M. (2007). *Contratos de comercio exterior*. Madrid: Dykinson.
Recuperado de: <http://www.digitaliapublishing.com.ezbiblio.usfq.edu.ec/visor/8055>.
103. Meljem, S. (2016). *Por una cultura de reducción de costos*. México D.F.: ITAM - Instituto Tecnológico Autónomo de México.
104. Moliner, R. (2009). Conceptos jurídicos. En Moliner, R. (Coord.), *Persona*, cuaderno IV: La persona jurídica, (92-98), Madrid: Dykinson. ISBN: 9788498498240
105. Moreno, D. (2011). *La economía social y solidaria: su concepción e influencia en el desarrollo actual del Ecuador*. (Trabajo de grado), Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador. Recuperado de: <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/2959/T-PUCE-3452.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
106. Mouchet, C. & Zorraquín, R. (2005). *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: LexisNexis.
107. Murphy, R y Lawson, R (2018). Extending the Economic Freedom of the World Index to the Cold War Era. *Cato Institute*. Recuperado de: <https://www.cato.org/cato-journal/winter-2018/extending-economic-freedom-world-index-cold-war-era>
108. Núñez, M. (2007). *Implicaciones de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en el comercio internacional*. (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar).
109. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2010). *Competition Issues in Joint Ventures*. Recuperado de: <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/2379097.pdf>
110. Osorio, N. (2008). *Autonomía de la voluntad y joint venture en la contratación estatal*. Bogotá: IBÁÑEZ
111. Ospina, E. y Ospina, G. (2009). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. 7ª ed. Bogotá: Editorial TEMIS
112. Oviedo, J. (2009). *Contratos de colaboración empresarial en el derecho comercial colombiano*. En J. Avendaño (ed.), *Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda* (pp. 93-112). Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú
113. Oviedo, J. (2010). *Contratos asociativos de colaboración empresarial en el Derecho colombiano*. En J. Oviedo (coord.). *Obligaciones y contratos en el Derecho contemporáneo*. (pp. 261-310). Medellín: Universidad de La Sabana.

114. Palacios, A. (2013). El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico? *Revista digital de derecho administrativo*, 9(1). 85-100.
115. Paz-Ares, J. (2002). Ensayo sobre la libertad de empresa. En Cabanillas, A. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, 4 (4), 5971-6040, ISBN: 84-470-2108-4
116. Peña, L. (2003). De los contratos mercantiles, negocios del empresario. Bogota: Ecoe ediciones
117. Peña, L. (2012). Contratos de colaboración empresarial. En A. Echeverri (ed.), *Responsabilidad civil y negocio jurídico*. (pp. 139-147). Bogotá: IBAÑEZ
118. Peña, L. (2014). De los contratos mercantiles: Nacionales e internacionales. Bogotá: Ecoe ediciones
119. Pérez, E. (2008). Estudio y análisis de la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
120. Pérez, S. (2000). La asociación y el derecho de sociedades: notas para un debate. Logroño: Universidad de La Rioja.
121. Pérez, T. (2003). El principio de libertad de comercio y empresa en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Jurisprudencia). *FORO, Revista de Derecho*, 10(1), 263-287. ISSN: 1390-2466.
122. Presidente Constitucional de la Republica. Reglamento para aplicación Ley de Régimen Tributario Interno. (8 de junio de 2010). [Decreto Ejecutivo 374 de 2010]. RO. 209.
123. Presidente de la Republica de Colombia. Código Comercio de Colombia. (27 de marzo de 1971). [Decreto 410 de 1971].
124. Ribo, I y Fernández, J (1998). Diccionario de derecho empresarial. Barcelona: Editorial Bosch
125. Richard, E. (2017). Contratos Comerciales. En R. Culzoni (ed.). *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 17(3), 295-328
126. Rödl, F. (2013). Contractual freedom, contractual justice, and contract law. *Law and Contemporary Problems*. (76)2, 57-70. Recuperado de: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol76/iss2/5>

127. Rodríguez, J. (2006). Contratos internacionales de asociación y colaboración. En A. Calvo y J. Carrascosa (dir.), *Curso de contratación internacional*, (pp. 505-530). Madrid: COLEX. ISBN 84-8342-023-6.
128. Rodríguez-Cano, A. (Dir.). (2017), *Contratos Mercantiles*. 6ª edición. Pamplona: Arazandi
129. Roitman, H. (2012). Los grupos en el derecho argentino. En F. Galgano (ed.), *Los grupos societarios: Dirección y coordinación de sociedades*, (pp. 265-297). Bogotá: Universidad del Rosario.
130. Rojas, V. (2013). *La Lex Mercatoria en el Derecho del Comercio Internacional y su Influencia en la formación del Derecho Uniforme*. (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
131. Rojo, A. (1983). Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española. *Revista de derecho mercantil*, 169(1), 304-344.
132. Salgado, H. (2010). *Introducción al estudio del derecho: un esbozo de teoría general del derecho*. 2ª ed. Quito: V&M Gráficas
133. Sánchez, et al. (2017). *Manual de derecho comercial I*. Buenos Aires: EDUNPAZ. ISBN: 978-987-4110-07-7
134. Santofimio, J. (2010). *El contrato de concesión de servicios públicos. Coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos*. (Trabajo de grado), Universidad Carlos III de Madrid. Madrid, España. Recuperado de: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8339/tesis_santofimio_2010.pdf
135. Sardón, J (2012). *Libertad económica y régimen político: Un estudio transnacional comparativo (1990-2009)*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
136. Sathou, H. (2004). *Trabajo, Derecho y Sociedad*. Montevideo: Fundación Cultura Universitaria. ISBN: 978-9974-2-0505-5.
137. Secretaría Nacional de Planificación. *Plan nacional para el Buen Vivir 2017-2021* (4 de septiembre de 2017). [Resolución No. 002-2017-CNP]. RO. 71.
138. Servicio Nacional de Contratación Pública. *Codifica Resolución del Sistema Nacional de Contratación Pública*. (29 de enero de 2018). [Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72 de 2018]. RO. 245.
139. Sierralta, A. (1997). *Joint Venture internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP

140. Singer, P. (2009). Relaciones entre sociedad y estado en economía solidaria. *ICONOS, Revista de ciencias sociales*, 33(11), 51-65.
141. Stoican, A. (2015). The joint venture contract, practical aspects regarding the admissibility of the request for exclusion of the associate. *Bucharest Academy of Economic Studies, Law Department*, 5(1). 83-89. Recuperado de: <http://www.tribunajuridica.eu/arhiva/An5v1/7%20Stoican.pdf>
142. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Reglamento de Organización, Funcionamiento de Registro de Sociedades. (16 de julio de 2001). [Resolución de la Superintendencia de Compañías 10 de 2001]. RO. 369.
143. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Reglamento para determinación y recaudación de contribuciones societarias. (25 de febrero de 2015). [Resolución de la Superintendencia de Compañías 1 de 2015]. RO. 445.
144. Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Reglamento sobre la información y documentos que están obligadas a remitir anualmente a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (30 de marzo de 2015). [Resolución de la Superintendencia de Compañías 3 de 2015]. RO. 469.
145. Taleva, O. (2011). Como hacer un contrato de colaboración empresarial. 4ª ed. Buenos Aires: Valletta ediciones.
146. Ternera, F. (2007). El concepto de justicia contractual. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1(2), 287-301.
147. The Heritage Foundation (2019). 2019 Index of Economic Freedom. Washington DC. Recuperado de: https://www.heritage.org/index/pdf/2019/book/index_2019.pdf
148. The Partnership Act. (8 de abril de 1932). [Act no. 9 of 1932]. Recuperado de: http://bdlaws.minlaw.gov.bd/print_sections_all.php?id=157
149. Torres, I. (2014). De las obligaciones y los contratos civiles. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
150. Urquidi, F. (2012). Lineamientos fundamentales para la regulación jurídica del contrato de franquicia en Bolivia. (Tesis de maestría), Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador. Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3262/1/T1212-MDE-Urquidi-Lineamientos.pdf>
151. Vera, C. (2010). La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del estado social. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (21)1, 197-224. ISSN 2174-0844

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **ANDREA KATHERINE BECERRA FALCONI** C.I. **050294014-1** autor del trabajo de graduación intitulado: **“CONTRATOS DE ASOCIACIÓN EMPRESARIAL CONTEMPORÁNEOS EN EL SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO”**, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADA** en la Facultad de **Jurisprudencia**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 27 de febrero de 2019

Andrea Katherine Becerra Falconí
C.I. 050294014-1