

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

“LOS ALCANCES Y LIMITACIONES DEL CONSORCIO EMPRESARIAL

EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA”

ÁLVARO BOLIVAR FREIRE GUERRERO

DIRECTORA: AB. CARMEN SIMONE

QUITO, 2011.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi directora de tesis, abogada
Carmen Simone, por sus comentarios,
recomendaciones y el tiempo dedicado a
la guía y revisión de la presente disertación.

A mis hermanos, padres y abuelos por
su apoyo incondicional durante todas
las etapas de mi vida.

A Jean Karen, mis amigos y primos
por animarme en todo momento a continuar
con mi proceso de formación personal,
académica y profesional.

ABSTRACT

El consorcio es un contrato utilizado por dos o más empresarios, ya sean personas naturales o jurídicas, que se dedican a actividades económicas similares o complementarias entre sí, que tiene como objeto lograr una organización común, que les permita potenciar las capacidades empresariales de sus consorciados, para llevar a cabo determinadas proyectos que resultarían muy difíciles de alcanzar de manera aislada.

Sin embargo, el consorcio es un contrato atípico en la legislación ecuatoriana, pues no existe norma legal que lo defina de manera clara y unívoca, salvo ciertas normas en materia tributaria y de contratación pública, que hacen una mención breve de esta figura contractual. Esto ha generado una confusión en cuanto a sus elementos y características, hasta el punto que en muchos casos se lo ha llegado a confundir con otros tipos de contratos, generando así inseguridad jurídica, tanto en el ámbito público como privado.

Para la realización del presente trabajo, se empleó el método deductivo para analizar la información recopilada. A pesar de la escasa regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se analizaron las normas pertinentes. Asimismo, se acudió a fuentes bibliográficas y derecho comparado, considerando que este tipo de contrato si ha sido regulado en otros países.

A través de la presente disertación, se pudo analizar los elementos y características propias del consorcio, que lo diferencian de otros tipos de acuerdos. De igual manera, se logró observar las ventajas que trae consigo este contrato, tales como: mantener la independencia jurídica y económica de sus miembros, concentrar de recursos y capacidades gracias al intercambio de información, alcanzar economías de escala, reducir costos de producción, potenciar pequeñas y medianas empresas; y, compartir riesgos, en especial para desarrollar proyectos de gran envergadura.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| 1. CAPÍTULO I | 4 |
| CONCEPTOS Y GENERALIDADES | 4 |
| 1.1. <i>Concepto de empresa</i> | 4 |
| 1.2. <i>Concepto de consorcio privado</i> | 6 |
| 1.3. <i>Elementos del consorcio</i> | 8 |
| 1.3.1. Naturaleza jurídica | 8 |
| 1.3.2. Personalidad jurídica | 10 |
| 1.3.3. Partes contratantes..... | 14 |
| 1.3.4. Objeto contractual | 15 |
| 1.3.5. Fondo común operativo..... | 16 |
| 1.3.6. Duración del contrato | 16 |
| 1.4. <i>Tipos de consorcios</i> | 17 |
| 1.4.1. Por su naturaleza | 17 |
| 1.4.2. Por su objeto..... | 19 |
| 1.5. <i>Legislación comparada</i> | 20 |
| 1.5.1. Consorcios de colaboración en Argentina..... | 20 |
| 1.5.2. Conzorsi Italiano | 22 |
| 1.5.3. Grupos de interés económico del derecho francés | 23 |
| 1.5.4. Consorcio en la legislación uruguaya | 23 |
| 2. CAPÍTULO II | 26 |
| GESTIÓN Y OPERATIVIDAD DEL CONSORCIO | 26 |
| 2.1. <i>El consorcio como alternativa empresarial</i> | 26 |
| 2.2. <i>Organización y gestión del consorcio empresarial</i> | 31 |
| 2.2.1. Del directorio | 31 |
| 2.2.2. Del administrador..... | 32 |
| 2.2.3. Órgano de fiscalización..... | 35 |
| 2.3. <i>De los consorciados</i> | 35 |
| 2.3.1. Derechos de los consorciados | 36 |
| 2.3.2. Obligaciones de los consorciados | 39 |
| 2.4. <i>Vigilancia y Control</i> | 42 |
| 2.4.1. A nivel interno..... | 42 |
| 2.4.2. A nivel externo | 43 |
| 3. CAPÍTULO III | 49 |
| ALCANCES Y LIMITACIONES DEL | 49 |
| CONTRATO DE CONSORCIO | 49 |
| 3.1. <i>Motivos de asociación</i> | 49 |
| 3.2. <i>Ventajas del consorcio</i> | 50 |
| 3.2.1. Autonomía de sus miembros | 51 |
| 3.2.2. Concentración de recursos y capacidades | 52 |
| 3.2.3. Aprendizaje | 53 |
| 3.2.4. Reducción de costes | 54 |
| 3.2.5. Riesgo compartido | 54 |
| 3.2.6. Mejorar la satisfacción del usuario | 56 |

| | |
|--|------------|
| 3.2.7. Mejora la competitividad | 57 |
| 3.2.8. Desarrollo de nuevas estrategias | 59 |
| 3.2.9. Nuevas oportunidades | 59 |
| 3.2.10. Alcanzar economías de escala..... | 60 |
| 3.2.11. Buena reputación empresarial | 61 |
| 3.2.12. Potenciar Pequeñas y Medianas Empresas | 62 |
| 3.2.13. No está sujeto al cumplimiento de formalidades | 63 |
| 3.3. <i>Limitaciones del consorcio</i> | 64 |
| 3.3.1. Inseguridad jurídica..... | 64 |
| 3.3.2. Representación legal, judicial y extrajudicial | 67 |
| 3.3.3. Responsabilidad de los consorciados | 71 |
| 3.3.4. Comunidad de bienes del fondo común operativo | 73 |
| 3.3.5. Conductas anticompetitivas | 74 |
| 3.4. <i>Causas que pueden afectar la gestión de un consorcio empresarial</i> | 79 |
| 3.4.1. Falta de transparencia durante la etapa de negociación | 80 |
| 3.4.2. Falta de capacidad y vocación de los consorciados | 81 |
| 3.4.3. Conflictos económicos-financieros | 81 |
| 4. CAPÍTULO IV..... | 82 |
| OTRAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES | 82 |
| 4.1. <i>Contrato de sociedad</i> | 82 |
| 4.2. <i>La sociedad de hecho</i> | 83 |
| 4.3. <i>Asociación en cuentas de participación</i> | 84 |
| 4.4. <i>Joint venture</i> | 85 |
| 4.5. <i> Holding</i> | 88 |
| 4.6. <i>Contratos en la legislación argentina</i> | 89 |
| 4.6.1. Las agrupaciones de colaboración | 89 |
| 4.6.2. Unión transitoria de empresas | 90 |
| 5. CONCLUSIONES | 93 |
| 6. RECOMENDACIONES | 99 |
| 7. BIBLIOGRAFÍA | 103 |

INTRODUCCIÓN

El instinto de supervivencia y el deseo de satisfacer necesidades inagotables han permitido que el ser humano se mantenga en un proceso de evolución continua, aprovechando de mejor manera los recursos con los que cuenta y además aplicando sus experiencias y conocimientos para desarrollar nuevas técnicas, instrumentos y herramientas que le permitan cumplir sus objetivos y en definitiva, le faciliten la vida. Esto se puede apreciar en diferentes ámbitos como la política, cultura, economía, comunicación, desarrollo tecnológico, entre otros.

A lo largo de la historia, se observa la evolución humana en el campo económico y cómo se han ido adaptando diferentes sistemas dependiendo de las condiciones sociales de una determinada época. En sus inicios, hace medio millón de años, el ser humano encontraba en la caza, la pesca y la recolección de frutos su modo de supervivencia. Tal estilo de vida duró por miles de años y no se modificó hasta que el hombre descubrió la agricultura y la ganadería, pues empezó a domesticar animales.¹

Luego, los individuos fueron asentándose en distintas áreas geográficas, juntándose con otros, formando así hordas, clanes y tribus, hasta llegar a organizarse como Estados. Los procesos de conquista entre diferentes grupos sociales dieron paso al sistema esclavista, donde el esclavo perdió su categoría humana y era considerado como una mercancía más, proceso que subsistió por varios siglos, colateralmente a otras formas de organización económica.

Posteriormente, surgió la época feudal, etapa durante la cual el poder político y económico recaía sobre la nobleza y el alto clero, pues los vasallos trabajaban sus tierras a cambio de protección por parte del señor feudal. En esta etapa también aparecen los mercaderes dedicados a la fabricación y comercialización de artesanías.

Las expediciones europeas del siglo XV y XVI, realizadas con ánimos de colonización, dieron lugar a las sociedades coloniales, dedicadas a la venta de productos propios del viejo continente a cambio de metales preciosos encontrados en las diferentes naciones colonizadas. En Ecuador y el resto de países de América Latina, este sistema se fue

• ¹ CIPOLLA, Carlo. Historia Económica de la Población Mundial. Barcelona, Editorial Crítica. 2000. Pág.16.

desestabilizando a partir del siglo XVIII y finalizó con los procesos independentistas del siglo XIX.²

A nivel mundial y especialmente en el Reino Unido, en la segunda mitad del siglo XVIII surge la Revolución Industrial como un fenómeno económico que desarrolló a pasos agigantados los procesos productivos, por el reemplazo del recurso humano por la implementación de maquinaria en una gran cantidad de industrias, que aceleraron la producción y el crecimiento de muchas compañías durante el siglo XIX.

Posteriormente, las guerras mundiales del siglo XX provocaron diversos cambios en la política y la economía; a esto se sumó la globalización como fenómeno que en un inicio se enfocaba al libre intercambio de bienes y servicios a través de la eliminación de barreras, aunque poco a poco dejó de estar limitada al campo económico y ha ido generado cambios en diferentes ámbitos de la sociedad actual.

La globalización genera un entorno económico volátil e incierto, pues, la internacionalización de empresas ha permitido que grandes multinacionales se posicionen en muchas naciones alrededor del mundo, afectando principalmente a pequeñas y medianas empresas locales, pues les resulta más difícil sobresalir en el mercado cuando existen esa clase de competidores.

Sin embargo, muchas personas dedicadas al ejercicio de actividades económicas han encontrado en la asociación empresarial una alternativa oportuna para hacer frente al proceso globalizador mejorando su desempeño a través de la cooperación. De manera general, los contratos cuyo objeto es la colaboración empresarial, permiten concentrar recursos y capacidades que posee cada integrante, optimizar los procesos de la cadena productiva común a los miembros y en definitiva, convertirlos en empresas más eficientes y competitivas en el mercado.

Existen distintas formas de colaboración empresarial tales como: consorcio, joint venture, holding, unión transitoria de empresas, agrupación de colaboración, grupos de interés económico, asociación en cuentas de participación, etcétera; pero en la presente disertación se enfocará al análisis de la figura jurídica del consorcio empresarial.

• ² HALPERÍN DONGHI, Tulio; GLADE, William; THORP, Rosemary. Historia económica de América Latina: desde la independencia a nuestros días. Barcelona, Editorial Crítica. 2002. Pag. 9.

Desde luego, al hablar de consorcios empresariales se hace alusión únicamente a los consorcios de derecho privado, pues como conocemos también existen consorcios en el ámbito del derecho público, de los cuales simplemente se hará una breve mención al respecto. El consorcio empresarial o privado consiste en un acuerdo entre dos o más empresarios para unir esfuerzos y conocimientos con el fin de optimizar una actividad económica que es común a las partes.

El consorcio privado es una alternativa a la que recurren muchos empresarios que se dedican a una misma actividad económica u otra complementaria, para conformar una organización común y así mejorar el desempeño de sus miembros. Lamentablemente, esta figura jurídica no se encuentra regulada de manera clara y precisa en la legislación ecuatoriana, lo cual genera confusiones en la práctica e indudablemente genera inseguridad jurídica.

Al no existir una norma legal que determine la naturaleza jurídica del consorcio privado, se ha dejado la puerta abierta a diversas interpretaciones al respecto, y en la práctica se han fusionado los elementos de diferentes contratos de colaboración empresarial, ya sea por beneficio propio o por desconocimiento, lo cual trae problemas. Por estos motivos, es necesario realizar un análisis de los consorcios privados en el Ecuador, para lo cual será indispensable acudir a la doctrina y a la legislación comparada, a fin de determinar las características del consorcio privado y así observar sus alcances y limitaciones de este contrato en la vida económica y mercantil en nuestro país.

1. CAPÍTULO I

CONCEPTOS Y GENERALIDADES

1.1. Concepto de empresa

Dado que el objeto de la presente disertación es el consorcio empresarial, resulta necesario entender el concepto de empresa. Primeramente, al acudir a la etimología de la palabra “empresa”, debemos señalar que esta proviene de la raíz latina *prenderé*, que significa emprender una actividad que implica trabajo o presenta dificultades.³

Por otro lado, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la define como “1.-Acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo. 2.- Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos.”⁴

La empresa es un término propio de la economía pero que se encuentra íntimamente relacionado con el mundo del Derecho, es por esto que en Colombia, incluso se la ha dado una definición en su Código de Comercio que determina que es “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios.”⁵

En el ámbito económico, se entiende a la empresa como un conjunto de factores de producción, tales como insumos o materia prima, capital y trabajo, destinados a la elaboración de bienes y provisión de servicios para cubrir las necesidades del mercado, que tiene como resultado la obtención de beneficios económicos. La clave del éxito de una empresa implica que esta tenga capacidad de respuesta frente a los cambios que se dan en la economía, implementando nuevos procesos y estrategias tendientes a satisfacer las nuevas demandas del mercado.⁶

-
- ³ MUSSONS SELLES, Jaume. La empresa y la competitividad. Barcelona, Ediciones UPC, 1997. Pág. 13.
 - ⁴ Diccionario de la Real Academia de Lengua Española.
 - ⁵ Código de Comercio de la República de Colombia. Art. 25.
 - ⁶ GARCÍA ECHEVERRÍA, Santiago. Introducción a la Economía de Empresa. Madrid, Ediciones Diaz de Santos. 1994. Pág. 11.

Muchos autores coinciden en que la empresa, entendida según los parámetros actuales, tuvo su origen durante la Edad Media, etapa en la que artesanos decidieron dedicarse a actividades empresariales y mercantiles. Sin embargo, las primeras manifestaciones de empresa, aunque de una manera más primitiva, fueron anteriores a la época feudal.⁷

Pero en los siglos XVII y XVIII aparecen las sociedades mercantiles que consistían en se acuerdos celebrados entre mercaderes que tenían como objeto aunar esfuerzos y dedicarse conjuntamente a la realización de una determinada actividad económica. De esta manera nacen las empresas coloniales, las cuales eran consideradas como privilegiadas, puesto que para operar debían contar con autorización de la máxima autoridad. Posteriormente en el siglo XIX, la revolución industrial produjo un avance acelerado de los procesos productivos, a su vez reduciendo costos y generando así crecimiento y mayor competitividad empresarial.

De tal forma que durante los siglos XIX y XX surgen miles de nuevas empresas dedicadas a diferentes tipos de industrias: agropecuaria, automotriz, textil, farmacéutica, etcétera, enmarcadas dentro de las figuras societarias previstas en las diferentes legislaciones alrededor del mundo, pero principalmente, se constituyeron como sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y también como empresas de economía mixta.⁸

La Segunda Guerra Mundial provocó un giro en la dinámica económica de la época, algunos países ganaron espacio en la política y economía mundial y se dio inicio al capitalismo financiero internacional, estructurándose la empresa como una organización y surgen modalidades de agrupación empresarial, como holdings y la consolidación de grupos económicos.⁹

Desde hace algunas décadas, a partir del fenómeno de la globalización y el gran avance tecnológico, las estrategias empresariales se han tenido que ir adaptando a estas nuevas condiciones, que se ven caracterizadas por la expansión de las empresas, tanto en capacidad productiva como en crecimiento de mercado. Actualmente, un gran número de compañías tienen como objetivo ingresar y posicionarse no sólo en el territorio nacional,

• ⁷ MUSSONS SELLES, Op. cit. pág. 13.

• ⁸ CABALLERO SIERRA, Gaspar. Los consorcios públicos y Privados. Bogotá, Ed. Temis, 1985. Págs. 53-56.

• ⁹ MUSSONS SELLES, Op. Cit. Pág. 14.

sino también a nivel regional e internacional, como sucede con las empresas transnacionales, que tienen centros de negocios en la mayor parte del mundo.

Este contexto económico, desarrollado gracias a la globalización, ha impulsado a que compañías ecuatorianas, en especial pequeñas y medianas empresas, encuentren en la asociación empresarial una opción válida para mantenerse competitivos frente a grandes transnacionales y en muchos casos como alternativa para incursionar en nuevos mercados en el extranjero.¹⁰

1.2. Concepto de consorcio privado

En la presente disertación, al hablar indistintamente de consorcios privados o empresariales, se hace alusión únicamente a aquellos constituidos por sujetos de derecho privado, es decir, no se incluye a los consorcios públicos, los cuales se hallan debidamente regulados por el Derecho Administrativo. En países como Argentina el término consorcio se ha venido utilizado por más de tres décadas por la doctrina, para calificar a las asociaciones de empresas ya sea con fines tendientes a participar en licitaciones públicas, como también en materia de consultorías.¹¹

La institución jurídica de los consorcios empresariales, no cuenta con una definición clara y precisa en ninguna norma de la legislación ecuatoriana, por lo cual es necesario su estudio y análisis, a fin de que ésta se convierta en una herramienta útil y conveniente para que empresas, en especial pequeñas y medianas, puedan llevar adelante objetivos de manera conjunta, que resultan difíciles de alcanzar de forma individual.

Por lo expuesto, a fin de analizar esta figura jurídica de gran uso en el sector empresarial, resulta necesario acudir a otras fuentes como la doctrina y la jurisprudencia. Primeramente, es preciso acudir al significado dado por la Real Academia de la Lengua Española que lo define como “La participación y comunicación de una misma suerte con uno o varios. 2.

• ¹⁰ ELIZONDO, Marcelo y Otros, Los consorcios de exportación. La experiencia latinoamericana y española. Buenos Aires, Libros de la Araucaria Fundación Standard Bank Fundación Export.Ar, 2009. Pág. 99.

• ¹¹ LLORENTE, Sara. El fatídico artículo 6° de la Ley de consorcios de cooperación. Internet. www.estudioton.com.ar/.../llorente-art%206%20ley%20consorcios%20coop.doc. Acceso: 28-X-2010.

•

Unión o compañía de los que viven juntos. Se aplica principalmente a la sociedad conyugal. 3. Agrupación de entidades para negocios importantes.”¹²

El tratadista Giuseppe Stancanelli, señala que el consorcio “es un instrumento que el ordenamiento jurídico ofrece a una pluralidad de sujetos para el desarrollo en común de cierta actividad, que consistiría en la realización de obras o en la prestación de determinados servicios, mediante la asociación de los sujetos interesados en tales resultados.”¹³ Asimismo, Francesco Messineo apunta que “el consorcio tiende a disciplinar la actividad económica de una pluralidad de empresarios con una organización común, dirigida a regular la actividad de los consorciados”¹⁴

El problema de no contar con una definición legal y unívoca del consorcio, acarrea inseguridad jurídica, que en algunos casos se ve traducida en el uso inadecuado de la denominación consorcio en otras figuras jurídicas que nada tienen que ver con su naturaleza y características propias; tal como sucede en Colombia, donde incluso se habla de consorcios comerciales, que son aquellos que tienen como objeto financiar la adquisición de bienes mediante el aportes mensuales de los partícipes; figura que no guarda relación con los elementos y características de un contrato de consorcio, como quedará demostrado más adelante.

En relación a lo mencionado en el párrafo anterior, el tratadista José Ignacio Narvárez menciona que “precisamente por desconocimiento de la naturaleza económica y jurídica a esta forma asociativa (consorcio comercial) se le ha reconocido en las más recientes legislaciones, se ha llegado al deplorable absurdo de identificar como consorcios a entidades cuyo objeto es la captación de recursos monetarios del público con el halago de financiar al suscriptor de un plan de adquisición de ciertos bienes o servicios, pero que en nada corresponden ni tienen similitud o analogía alguna con la asociación de dos o más empresarios que desarrollan una misma actividad económica o actividades conexas o complementarias, para explotar un determinado negocio bajo una organización común que

• ¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Tomo II, 1984. Pág. 364.

• ¹³ STANCANELLI, Giuseppe. Los consorcios en el derecho administrativo. Madrid, 1972. Pág. 122.

• ¹⁴ MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, Jurídicas Europa-América, 1971. Tomo IV, Págs. 16-24 en RIVAS MONTROYA, Luis. El consorcio Comercial en Colombia, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1986.

no absorbe ni interfiere la de cada uno de los asociados ni su independencia jurídica o económica.”¹⁵

En dicho país, la Ley 80/1993 define al consorcio así "cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato (...) en consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman"¹⁶.

Por otro lado, la Corte Constitucional colombiana ha señalado 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.”¹⁷

Analizando las definiciones antes citadas, a manera de síntesis se puede decir que el consorcio privado es un tipo de contrato de colaboración empresarial que consiste en un acuerdo mediante el cual dos o más empresarios, que pueden ser personas naturales o jurídicas que realizan actividades económicas similares o complementarias entre sí, deciden asociarse a fin de desarrollar una organización común que permita mejorar el rendimiento de dichas actividades.

1.3. Elementos del consorcio

1.3.1. Naturaleza jurídica

Es importante analizar la naturaleza jurídica del consorcio privado a fin de tener una idea más precisa de esta institución jurídica, lo cual permitirá una mejor comprensión de los demás elementos que lo componen.

• ¹⁵ NARVAEZ, José Ignacio. La Asociación por partes de Interés en Colombia. Bogotá, Legis Editores, 1983. Pág. 187

• ¹⁶ Ley 80-1993. Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. Art. 7.

• ¹⁷ Fallo Corte Constitucional de Colombia de 22-IX-94 en Concepto No. 2000022290-1. Internet. <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2000/consorcios003.htm>. Acceso: 09-IX-10

Para empezar, el consorcio es un *contrato consensual* puesto que se perfecciona con el consentimiento de las partes sin necesidad de cumplir formalidad alguna. Sin embargo, en la práctica los empresarios que deciden celebrar un consorcio lo suelen realizar por escrito, ya sea por documento público o privado; incluso en países como Brasil y Argentina se exige la debida inscripción del contrato de consorcio en el correspondiente Registro de Comercio, atendiendo así al principio de publicidad.¹⁸

Ahora bien, en el Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina lo siguiente:

“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.”¹⁹

Del artículo citado, se desprende que en los procesos de contratación pública, la normativa ecuatoriana exige que los contratos de consorcio sean celebrados por escritura pública para que puedan ser adjudicatarios de los respectivos contratos o proyectos a ser ejecutados.

En la legislación argentina, para los consorcios de cooperación, en caso de constituirlo a través de instrumento privado, necesariamente las firmas del contrato tendrán que ser certificadas ante la autoridad de contralor que corresponda, Registro Público de Comercio o Notario público.²⁰

Por otro lado, el consorcio al no estar debidamente normado en la legislación ecuatoriana, es lógicamente un *contrato atípico e innominado*. Esto ha generado problemas en el ámbito mercantil, puesto que los empresarios han utilizado la figura del consorcio y le han dado las más diversas interpretaciones y alcances, ajustándolo a sus conveniencias de tal modo que en algunos casos se ha alejado completamente de su verdadera naturaleza jurídica. Como señala Gaspar Caballero en su obra, el contrato de consorcio ha sido utilizado para simular alianzas estratégicas de determinados sectores económicos, que en

• ¹⁸ VILLEGAS, Carlos, *Tratado de las Sociedades*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995. Pág. 43

• ¹⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 67.

• ²⁰ Ley de consorcios de cooperación.

definitiva se tratan de carteles o trusts, que tienen como único objetivo limitar o impedir el ingreso de nuevos competidores en el mercado.²¹

De igual modo, el profesor colombiano Arrubla, refiriéndose al mismo problema que ocurre en su país, que tampoco cuenta con una regulación clara y precisa de los consorcios señala que “esta integración parcial o cooperación entre empresas independientes puede tener lugar utilizando distintos instrumentos jurídicos. No existe en el derecho comercial positivo una categoría normativa precisa para este tipo de relaciones jurídicas. Se tratará más bien de un fenómeno económico y administrativo, que se observa en la vida diaria de las empresas, al que se aplican diferentes reglas jurídicas, según sean los instrumentos legales que las partes hayan decidido adoptar en un momento determinado, pero que merece nuestra observación detenida con el fin de que el derecho ofrezca respuestas concretas frente a esas nuevas formas de negociar de las empresas.”²²

Visto lo anterior, se puede llegar a la conclusión que el consorcio de derecho privado, a pesar de no formar una nueva persona jurídica distinta de sus miembros, se constituye como una unidad económica conformada por personas naturales y/o personas jurídicas autónomas, vinculadas por intereses comunes como consecuencia de sus actividades económicas.

1.3.2. Personalidad jurídica

La mayoría de tratadistas coinciden en el consorcio no da origen a una nueva persona jurídica, a tal punto que muchos señalan que se trata de un elemento intrínseco de este tipo de contrato. Generalmente, los empresarios que deciden celebrar un contrato de consorcio, se asocian con otros que se dedican a la misma actividad económica u otra complementaria entre sí, para lograr un mejor desempeño de las empresas integrantes, de tal forma que cada una de ellas mantiene su independencia jurídica, es decir, no se llega a constituir una sociedad diferente a los miembros que lo componen.²³

Sin embargo, es importante revisar la jurisprudencia nacional y analizar lo expuesto por la ex Corte Suprema de Justicia (ahora Corte Nacional de Justicia), que en un fallo dentro de

• ²¹ CABALLERO SIERRA, Gaspar. Op. cit. Pág. 8

• ²² ARRUBLA, Jaime. *Contratos Mercantiles*, Medellín, Tomo I, Editorial Diké, 2002.

• ²³ CABALLERO SIERRA, Gaspar. Op Cit. Pág. 88.

una controversia surgida por un supuesto incumplimiento contractual, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil realizó un extenso análisis sobre la figura jurídica del consorcio a fin de resolver la excepción de ilegitimidad de personería planteada contra el consorcio (parte actora) por la parte demandada, una entidad pública. Por la importancia de dicha resolución en relación al análisis del presente trabajo, me permito transcribir un fragmento de la misma, que señala:

“La esencia de la sociedad, según lo define el ya citado artículo 1984 (actual artículo 1957 del Código Civil), radica no en la denominación sino en el hecho de que dos o más personas pongan algo en común para dividirse los beneficios que provengan de la actividad societaria. Estos elementos, que, se reitera, son de la esencia del contrato de sociedad, se cumplen claramente en este caso, en que los contratantes, que son dos personas jurídicas y una persona natural, comparecen para la constitución del consorcio y en la cláusula tercera del contrato, acuerdan que: ‘Las partes que conforman el consorcio que se constituye por el presente instrumento, se obligan a aportar, suministrar o proveer todos los capitales, tecnología, herramientas y mano de obra que se requiera para la ejecución de la obra, de tal manera que en ningún caso falte la atención necesaria para el fiel cumplimiento de la obra objeto del contrato. Los beneficios y/o pérdidas, en caso de haberlos, serán distribuidos en partes iguales’. En cuanto a la duración del consorcio, en la escritura se ha señalado como plazo precisamente la que prevé el segundo inciso del artículo 1996 del Código Civil (actual artículo 1969): ‘... si el objeto de la sociedad es un negocio de duración limitada, se entenderá contraída por todo el tiempo que durare el negocio’. Cabe preguntarse también si para la constitución de la sociedad prevista en el artículo 1984 del Código Civil (actual artículo 1957), se requiere de alguna solemnidad especial, o si basta la manifestación del consentimiento de los contratantes expresado en un documento escrito. La libertad de contratación permite que un contrato se perfeccione por el solo consentimiento, excepto cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, sin las cuales no surte ningún efecto civil; o cuando se perfecciona con la entrega de la cosa. Así lo establece el artículo 1486 del Código Civil (actual artículo 1459) al señalar la diferencia entre los contratos consensuales, que son los que se perfeccionan por el solo consentimiento, los solemnes y los reales. Por otro lado debe tomarse en cuenta que las solemnidades solo son exigibles cuando la ley lo determina de manera expresa, sin perjuicio de que las partes voluntariamente puedan someterse a la práctica de alguna solemnidad. El artículo 1984 del mismo código (actual artículo 1957) no prevé ninguna solemnidad especial para la validez del contrato de sociedad civil, pero el artículo 1995 (actual artículo 1968), en absoluta concordancia con el 143 de la Ley de Compañías,

determina que las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas, incluyendo por tanto las solemnidades exigidas para la validez del contrato de constitución. La única formalidad, de naturaleza probatoria, que sería aplicable a este contrato es que conste por escrito, en virtud de la regla del artículo 1753 (actual artículo 1726), siempre del Código Civil, que determina que deben constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos mil sucres (actualmente cosa que valga más de ochenta dólares de los Estados Unidos de América). Además debe recordarse que en virtud de la libertad constitucional de asociación, las personas naturales o jurídicas pueden asociarse para cumplir finalidades lícitas, constituyendo de esta manera una persona jurídica distinta de las personas que la integran. Y así mismo, en principio y salvo disposición contraria de la ley, basta que se cumplan las exigencias establecidas por la propia ley para que, como señala Juan Larrea Holguín, ‘automáticamente una persona jurídica esté encuadrada en el orden jurídico y pueda gozar y usar de sus derechos’²⁴

Por la importancia de este fallo del máximo órgano de justicia del Ecuador, es importante realizar un análisis de algunos de los artículos citados en dicha resolución. De esta forma, el artículo 1984 del Código Civil define a la sociedad de la siguiente manera:

“Art.1984.- Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre si los beneficios que de ello provengan.

La sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”

Por otro lado, la Ley de Compañías, en su primer artículo define a la compañía así:

“Art. 1.- Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

Este contrato se rige por las disposiciones de esta Ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil.”

Por su parte, el autor Víctor Cevallos, en su obra, al hacer referencia sobre las sociedades mercantiles señala que “en un sentido amplio denominase sociedad toda reunión de personas que buscan un determinado fin.”²⁵ Empero, en el ámbito societario el consorcio empresarial no se encuentra incluido dentro de la clasificación de las compañías de

• ²⁴ Resolución No. 40-2004. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Publicada R.O. No. 414 de 6-IX-2004

• ²⁵ CEVALLOS VASQUEZ, Víctor. Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano. Quito, Ed. Jurídica, 1992.

comercio,²⁶ a pesar de que la ley sí reconoce a la compañía accidental o cuentas en participación, figura mercantil con la cual muchas veces se confunde al contrato de consorcio, por lo cual será materia de un breve análisis en el presente trabajo.

Por lo expuesto, se observa que el criterio de la ex Corte Suprema de Justicia se justifica en el hecho de que en un contrato de consorcio, las partes se obligan a realizar los aportes necesarios para que la organización empresarial pueda cumplir con el objeto del contrato y en caso de que se generen beneficios económicos sean repartidos entre sus integrantes, por lo cual dicho órgano de la Función Judicial considera que se enmarca dentro de la definición de sociedad establecida en el Código Civil, como ya se revisó.

Por otro lado, en la Ley de Régimen Tributario Interno²⁷ el consorcio de empresas es considerado como sociedad para efectos tributarios; de igual manera se prevé en Reglamento a dicha Ley, donde además se determina que el consorcio es sujeto pasivo del impuesto a la renta y por tanto debe cumplir con sus obligaciones tributarias y deberes formales.²⁸ Regulación similar existe en la el ordenamiento jurídico colombiano donde incluso existen autores que sostienen que la inscripción del consorcio como contribuyente en la Administración Tributaria, no implica reconocimiento de la personalidad jurídica de esta figura mercantil, sino que el registro se lo exige por cuestiones estadísticas, publicitarias, de control y de identificación.²⁹

En el campo de contratación pública nada se dice sobre la personalidad jurídica del consorcio, no obstante se exige que este cuente con un apoderado para que pueda contratar con el Estado.³⁰ Sin embargo, en los Modelos de Pliegos de uso Obligatorio para Procedimientos del Instituto Nacional de Compras Públicas, dentro de las condiciones generales de contratación, del texto de la norma se podría decir que tácitamente se reconoce la personalidad jurídica a los consorcios empresariales, tal como se puede apreciar a continuación:

“3.2 Participantes:

-
- ²⁶ Ley de Compañías. Art. 2.
 - ²⁷ Ley de Régimen Tributario Interno. Art. 98.
 - ²⁸ Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno. Art. 3.
 - ²⁹ Sentencia 31-I-97. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejo de Estado de la República de Colombia.
 - ³⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 67.

(...)Cuando exista un compromiso de asociación o consorcio, para la participación en este tipo de procedimiento, se designará un Procurador Común de entre ellos, que actuará a nombre de los comprometidos. En caso de ser adjudicados, los comprometidos deberán constituirse en asociación o consorcio e inscribir tal persona jurídica en el RUP, previa la firma del contrato, dentro del término previsto para la firma del mismo; en caso contrario, se declarará a los integrantes del compromiso de asociación o consorcio como adjudicatarios fallidos.”³¹ (el subrayado me corresponde)

Si bien estos Modelos de Pliegos tienen el carácter de resolución del Instituto Nacional de Contratación Pública, esto no reduce su importancia pues nos permite apreciar la inseguridad jurídica que se suscita en el Ecuador, por falta de normativa apropiada que regule de manera unívoca al consorcio atendiendo a su naturaleza jurídica contractual.

1.3.3. Partes contratantes

Un consorcio privado puede conformarse por dos o más empresarios, ya sean personas naturales o jurídicas, naturales o extranjeras, quienes se amparan en la libertad de asociación, derecho consagrado en nuestra Constitución,³² pues se trata de un derecho inherente a la persona humana, quien dada su naturaleza de ser social, necesita relacionarse con los demás y en ciertos casos decide asociarse para cumplir determinados objetivos.

Evidentemente, para que surta efectos legales aquel contrato en el que una parte sea una persona natural, debe atender a lo dispuesto por el Código Civil, es decir, que sea legalmente capaz, que la declaración de voluntad no adolezca de vicio alguno y que recaiga sobre objeto y causa lícita.³³

Por otro lado, las personas jurídicas deben actuar a través de la persona de su representante legal. Dicho cargo y sus correspondientes facultades deben estar claramente determinadas en el estatuto social de la compañía y el nombramiento debe estar debidamente inscrito en el registro mercantil respectivo.

Es pertinente señalar que en un contrato de consorcio deciden asociarse dos o más personas que previamente se dedican a una actividad económica común o en todo caso

• ³¹ Resolución INCOP No. 35, publicada R.O. Sup. 65 de 12-XI-2009.

• ³² Constitución de la República del Ecuador. Art. 66 numeral 13.

• ³³ Código Civil. Art. 1461.

complementaria entre sí. Por ello, siguiendo el criterio Giuseppe Stancanelli se puede afirmar que es una asociación *intuito personae*, debido a que un empresario decide unirse a otro, por su determinada calidad en cuanto a su experiencia y experticia en una determinada actividad económica.³⁴

1.3.4. Objeto contractual

El objeto de un contrato de consorcio es la colaboración y cooperación de acuerdo a especialidades, recursos, técnicas y *know how* de los empresarios miembros, por lo cual no resulta imprescindible la formación de un fondo común operativo para todos los casos.

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.

Por consiguiente, el *animus cooperandi* constituye una de las características que diferencia al consorcio de la sociedad, puesto que en la sociedad, dos o más personas ponen cosas en común a fin de emprender un negocio cuyos beneficios se dividirán en partes proporcionales a los aportes de sus miembros. Por el contrario, en el consorcio se reúnen dos o más empresarios que deciden cooperar entre sí, para lograr un objetivo común; de manera que, los miembros que deciden asociarse bajo el amparo de esta figura jurídica, previamente ya se dedican a una rama económica, la cual desean optimizar a través de la cooperación. De esta manera, se puede identificar que se conforman consorcios para la consecución de diversos fines, siendo los más comunes pero no los únicos, los siguientes:

- a) Prestación y ejecución de obras y servicios públicos;
- b) Adquisición de maquinaria;
- c) Exploración y explotación de hidrocarburos;
- d) Exportación;
- e) Cualquier otro fin que acuerden las partes.

• ³⁴ STANCANELLI, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 122.

1.3.5. Fondo común operativo

En el consorcio existe una colaboración mutua de los consorciados con sus recursos tales como infraestructura, plantas industriales, maquinaria, oficinas, talento humano al igual que conocimientos tecnológicos, know how, estudios de mercado, etcétera, para formar así el fondo común operativo, que no se trata de un patrimonio autónomo sino un fondo que se forma de manera temporal por la contribución de los consorciados, pero cuya titularidad se queda en sus manos dado que mantienen su individualidad e independencia jurídica.³⁵

1.3.6. Duración del contrato

El consorcio, al igual que cualquier otro contrato, debe estipular las causas de terminación, y revisando la doctrina y la legislación comparada, se pueden determinar que las más frecuentes son las siguientes:

1.3.6.1. Cumplimiento del objeto.

Como en cualquier otro contrato civil o mercantil existe la forma normal de terminación del consorcio cuando la agrupación cumple el objeto por el cual se celebró el acuerdo.

1.3.6.2. Expiración del plazo.

Esto se da en aquellos contratos de consorcio en donde se ha determinado una obligación a plazo, tomando en cuenta un período de tiempo prudente para su realización.

1.3.6.3. Mutuo distracto.

Una vez iniciada la alianza empresarial pueden surgir diferentes inconvenientes ya sea en la parte directiva u operativa, los cuales no pueden ser resueltos de manera ágil y oportuna, por lo cual las partes deciden terminar de manera voluntaria y anticipada el contrato. A

• ³⁵ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia de 9-X-2003. Internet.
http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/concepto/cntv/2009/concepto_cntv_0132463_2009.html.
Acceso: 10-V-2010.

esto modo de terminación de un acuerdo se lo conoce como mutuo disentimiento o mutuo distracto.³⁶

1.3.6.4. Imposibilidad sobreviniente.

El consorcio se trata de un contrato *intuitu personae*, es decir, que su asociación responde a características particulares de cada uno de sus miembros, por lo cual, en caso de que uno de ellos no pueda seguir ejerciendo sus derechos y cumpliendo sus obligaciones dentro de la alianza de colaboración empresarial, éste puede darse por terminado. Esta causa de terminación apunta a situaciones en las que uno o más de sus miembros se ve imposibilitado de cumplir con sus obligaciones por incapacidad o muerte en caso de personas naturales, o por razones de quiebra o liquidación si se trata de personas jurídicas.

1.3.6.5. Si el número de integrantes llegare a ser inferior a dos.

Esta causal de terminación del contrato se halla contenida en la legislación argentina,³⁷ y tiene razón de ser dada la naturaleza del consorcio, donde se reúnen esfuerzos de dos o más empresarios para ejecutar proyectos que precisamente no pueden realizarse de manera individual y por dicho motivo se organizan con otro para complementar sus competencias y recursos.

No obstante, si el contrato de consorcio termina por alguna de las causas mencionadas anteriormente, los miembros responden solidariamente por las obligaciones contraídas con terceros, teniendo en cuenta lo analizado previamente con respecto al fondo común operativo.

1.4. Tipos de consorcios

1.4.1. Por su naturaleza

Para comenzar, el consorcio es un tipo de contrato de colaboración empresarial, que en razón de su naturaleza y fines, claramente se puede clasificar en privado y público.

• ³⁶ ARCE CÁRDENAS, Yuliana Guisela. La Resolución Contractual y otras resoluciones conexas. Internet. Revista *Essentia Iuris*. Año III, Número 4, Marzo, 2007. Internet <http://essentiaiuris.iespana.es/B4-resolucion.htm>. Acceso: 09-XI-2010.

• ³⁷ Ley No. 26005 – Argentina. Art. 10 numeral 5.

1.4.1.1. *Consortio privado*

Este tipo de consorcio es objeto de estudio del presente trabajo, por lo cual se menciona de forma breve que se refiere al acuerdo voluntario de dos o más personas naturales y/o jurídicas deciden asociarse temporalmente para la consecución de fines comunes a través de una mejor organización empresarial. Por consiguiente, es un contrato celebrado entre particulares y con fines de la misma naturaleza, que no da origen a una nueva persona jurídica distinta de sus miembros.

Actualmente, el consorcio al ser un contrato atípico e innominado se regula por lo estipulado de común acuerdo por las partes y por las disposiciones generales relativas a los contratos, contenidas en el Libro IV del Código Civil.

1.4.1.2. *Consortio público*

Un consorcio público es aquel que se conforma entre organismos o instituciones del sector público aunando esfuerzos, capacidades y experiencias con miras a alcanzar fines de interés público, que no pueden lograrse de manera individual por los miembros que deciden asociarse.

A diferencia de los consorcios privados, éstos se regulan por las disposiciones del derecho administrativo y con la particularidad que entes públicos gozan de personería jurídica, de conformidad con el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización que en su artículo 286 señala:

“Art. 286.- Naturaleza jurídica.- Las mancomunidades y consorcios son entidades de derecho público con personalidad jurídica para el cumplimiento de los fines específicos determinados de manera expresa en el convenio de creación.”

Además, el mismo cuerpo legal determina que los consorcios son aquellas mancomunidades conformadas entre dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo nivel de gobierno o entre gobiernos autónomos descentralizados de distintos niveles.³⁸

• ³⁸ COOTAD. Art. 285.

1.4.2. Por su objeto

El consorcio, al ser una figura jurídica de gran validez y de buena aceptación entre empresarios que buscan mejorar su capacidad productiva y por ende su competitividad en el mercado, se ha convertido en un instrumento para ejecutar obras de gran envergadura en distintos campos económicos, por lo cual, por su objeto, se lo ha dividido en consorcios para ejecución de obras o servicios públicos y de exportación.

1.4.2.1. Para ejecución de obras o servicios públicos

No cabe duda que el mayor número de consorcios se conforman a fin de participar en procesos de contratación pública de obras y/o servicios públicos, en los que dado su tamaño y el riesgo de inversión, resulta conveniente a los empresarios asociarse y ejecutar la obra a través de una organización común que mejore el desempeño de cada agente económico.

Los consorcios son muy utilizados para ejecutar obras de construcción de carreteras, represas, aeropuertos, etcétera y también para la prestación de servicios públicos; tal como sucede con la de recolección de basura, que en algunas ciudades del país como Quito, desde el año 2003 hasta hace algunos meses atrás, estuvo a cargo del Consorcio Quito Limpio, encargado de prestar sus servicios en los sectores centro y sur de la ciudad. Esta agrupación empresarial de carácter privado, con extensión a nivel nacional, su porcentaje de participación se encontraba repartido de igual manera que el Consorcio Vachagnon, es decir, 75% correspondiente a la sociedad Agro Industrial Valango S.A. y el 25% restante al Grupo Chagnon, de origen canadiense.³⁹

La normativa nacional de contratación pública da la posibilidad a los consorcios de participar en concursos públicos, y en caso de cumplir con las necesidades señaladas en los pliegos de la entidad contratante, ser adjudicatarios del contrato.⁴⁰

1.4.2.2. De exportación

Ante un proceso globalizador caracterizado por la expansión indiscriminada de las empresas gigantescas que buscan posicionarse en los mercados internacionales, de empresarios de países en proceso de desarrollo especialmente, han visto en pequeñas y

• ³⁹ Consorcio Vachagnon. Internet. http://www.vachagnon.com/quitolimpio_esp.php Acceso: 05-X-2010.

• ⁴⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 67.

medianas empresas “PYMES” una buena oportunidad para la generación de riqueza y la creación plazas de trabajo, para así contribuir en la difícil tarea de disminuir el desempleo.

Las PYMES de a poco se van convirtiendo en actores importantes de la economía de naciones latinoamericanas, por sus capacidades de flexibilización y respuesta para satisfacer oportunamente la demanda local. Esto ha motivado a que los estados dicten políticas, creen organismos y concedan ciertos beneficios a favor de las PYMES a fin de incentivar el desarrollo empresarial de cada nación.

Es indudable que muy pocas PYMES se encuentran en condiciones convenientes para dedicarse a actividades de exportación de manera independiente y competir en el mercado internacional. Es por esto que estas pequeñas y medianas empresas de un sector económico determinado deciden asociarse entre sí para formar consorcios de exportación.

Esta estrategia empresarial ha permitido a las PYMES aumentar su producción, dado que la unión de esfuerzos permite una gestión más organizada y eficiente al coordinar toda la cadena de producción y comercialización de los bienes y servicios. En estos consorcios de exportación, sus miembros acuerdan los precios de los productos y/o servicios ofertados; las tareas son coordinadas entre todos, desde el transporte físico de los bienes hasta la etapa de negociación y demás operaciones comerciales en el mercado de destino. Aquellos consorciados que son designados para actuar a nombre de todos los que integran la organización empresarial, además son los encargados de investigar dicho mercado extranjero y proveer con información útil para el grupo.⁴¹

1.5. Legislación comparada

1.5.1. Consorcios de colaboración en Argentina

A inicios del año 2005, con la promulgación de la Ley de Consorcios de Cooperación, se incorporó un nuevo contrato de colaboración empresarial en el ordenamiento jurídico argentino. Los consorcios de cooperación tienen como objeto facilitar, desarrollar e incrementar la actividad económica de sus miembros, para así mejorar o acrecentar sus resultados.

• ⁴¹ GARCÍA CRUZ, Rosario. Marketing Internacional. Madrid, Esic Editorial. 4ta. Ed. 2002. Pág. 206

El artículo 7 de dicha Ley,⁴² señala las cláusulas obligatorias del contrato, tales como: nombres de los miembros, denominación, domicilio, objeto y duración del acuerdo, derechos y obligaciones de acuerdo al porcentaje de participación de sus miembros, un detalle de la conformación y monto del fondo común operativo, la representación que puede ser plural y el manejo de libros contables, entre otros.

El artículo 6 de la mencionada Ley ha sido ampliamente discutido en Argentina, debido a que exige su correspondiente inscripción en la Inspección General de Justicia de la Nación o ante la autoridad controladora correspondiente de acuerdo a la jurisdicción provincial y en caso de omisión se considera como sociedad de hecho, no obstante de estar expresamente señalado en el artículo 2, que el consorcio es una figura contractual que no crea una nueva persona jurídica.

En la legislación argentina, una sociedad de hecho es aquella que funciona como tal sin haberse constituido formalmente mediante algún instrumento legal, pero es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Por otro lado, la sociedad irregular es aquella constituida formalmente, que adolece de algún vicio que acarrea su irregularidad, que en la mayoría de casos se da por falta de inscripción en el Registro de Comercio o Mercantil correspondiente.

Aparentemente la intención del legislador argentino, al exigir la inscripción del contrato, fue lograr la publicidad del mismo, pero esto es cuestionable puesto que el consorcio tiene carácter netamente contractual y por tanto no debería exigirse este requisito pues parece confundirse con el contrato de sociedad, donde la inscripción es el acto que le otorga validez jurídica, y más aún, cuando se menciona que en caso de omisión, el consorcio tendrá los efectos de la sociedad de hecho, es decir, se convertiría en sujeto de derecho y por tanto tendría personalidad jurídica, desvirtuando su verdadera naturaleza.⁴³

A pesar de ésta y otras críticas a dicha Ley, vale reconocer la iniciativa del legislador argentino de normar esta figura jurídica comercial dada su importancia en la economía de su país, ya que permite un mayor desarrollo y crecimiento de las PYMES y trae consigo la generación de empleo. Adicionalmente, el artículo 11 de dicha Ley faculta al Poder Ejecutivo Nacional la fijación de beneficios para la formación de nuevos consorcios de

• ⁴² Ley No. 26005 – Argentina.

• ⁴³ LLORENTE, Sara. El fatídico artículo 6° de la Ley de consorcios de cooperación. Internet. www.estudioton.com.ar/.../llorente-art%206%20ley%20consorcios%20coop.doc. Acceso: 28-X-2010.

cooperación y de manera especial a favor de aquellos dedicados a actividades de exportación.

1.5.2. Conzorsi Italiano

La legislación italiana ha previsto la figura jurídica del consorcio desde hace varias décadas atrás. En su primer momento, se reguló los consorcios obligatorios⁴⁴ en 1932 y cinco años mas tarde se legisló sobre los consorcios voluntarios⁴⁵; posteriormente ambas figuras fueron incluidas en el Código Civil en el año 1942.

Los consorcios obligatorios se refieren a aquellos de carácter público que se constituyen mediante disposición legal del organismo público competente. Estos están destinados a satisfacer necesidades de orden social, para lo cual resulta conveniente la agrupación de dos o más entidades del sector público, que realicen actividades similares o conexas entre sí, para que a través de la organización común cumplan de manera eficiente estos fines de interés social. Por su parte, los consorcios voluntarios son aquellos formados de manera libre, por empresarios del sector privado que desean establecer una organización común para mejorar los resultados económicos de todos sus miembros.

Ahora bien, se divide a los consorcios en internos y externos, de acuerdo a los efectos que traiga dicha organización. Los primeros son aquellos cuya organización tiene efectos únicamente al interior de los consorciados; por otro lado, los actos de los consorcios externos generan derechos y obligaciones frente a terceros y adicionalmente gozan de personalidad jurídica.

La legislación italiana determina al respecto, que el contrato de consorcio necesariamente debe ser celebrado por escrito, y debe contener cláusulas que fijen el objeto, duración, obligaciones y contribuciones de los consorciados, órganos de dirección, condiciones de admisión de un nuevo miembro, sanciones por incumpliendo de obligaciones, entre otros.⁴⁶

Vale mencionar que en caso de no haberse determinado la duración del contrato, tendrá un plazo de validez de diez años.⁴⁷

-
- ⁴⁴ Ley No. 834 de 12-VI-1932.
 - ⁴⁵ Ley No. 961 de 22-IV-1937.
 - ⁴⁶ Codice Civile Italiano. Art.2602.
 - ⁴⁷ Ibidem. Art. 2604.

1.5.3. Grupos de interés económico del derecho francés

El *groupement d'intérêt économique* es un contrato de colaboración empresarial vigente en el derecho francés desde 1967⁴⁸, que tiene como objeto mejorar la actividad económica de los consorciados a fin de acrecentar los resultados. De tal manera que no se ve enfocado al reparto de utilidades, pero se deja abierta esta posibilidad de que ello sea adoptado por sus miembros.

Existen algunas diferencias entre esta figura jurídica y el consorcio. Primeramente, en cuanto a la duración, el contrato de colaboración empresarial se caracteriza por su permanencia en el tiempo, a diferencia del consorcio que es de carácter temporal, delimitado a cierto proyecto. Adicionalmente, este tipo de contrato sí da origen a una nueva persona jurídica distinta a sus miembros y por lo tanto tiene que ser inscrita en el Registro de Comercio, a efectos de publicidad y para que otra agrupación no pueda ser registrada con la misma denominación; situación que no ocurre en los consorcios, pues carecen de personalidad jurídica, por lo que constituye la mayor diferencia entre estos contratos de colaboración empresarial.

Por otro lado, en ninguna de las dos figuras contractuales se crea un patrimonio autónomo. En el consorcio se puede formar un fondo común operativo, pero los gastos incurridos por cada uno de sus miembros que sean atribuibles al cumplimiento de su objeto social, son con cargo a restitución por parte del consorcio. En cambio en el grupo de interés económico, aunque se determina que no es requisito esencial el aporte capital de los miembros, se deja abierta la posibilidad a que de manera progresiva se vaya constituyendo un patrimonio autónomo. Por otra parte, en ambos casos los miembros responden de manera solidaria e ilimitada frente a terceros, quienes para exigir el cumplimiento de sus obligaciones deben constituir en mora a todos los miembros del grupo mediante acto extrajudicial.⁴⁹

1.5.4. Consorcio en la legislación uruguaya

El consorcio es un contrato de carácter mercantil que se halla regulado en la República Oriental de Uruguay y se encuentra incluido en su respectiva Ley de sociedades

• ⁴⁸ Ordenanza No. 67-821 de 23-IX-67.

• ⁴⁹ Código de Procedimiento Civil. “Art. 97.- Son efectos de la citación: (...)5. Constituir al deudor en mora, según lo prevenido en el mismo Código.”

comerciales, a partir del artículo 501 y siguientes. Es concebido como un acuerdo que vincula temporalmente a dos o más personas, sin dar origen a una nueva persona jurídica, para la prestación de ciertos bienes o servicios aclarándose que éste no tiene como fin la distribución de utilidades. Al igual que en la legislación argentina, se exige la inscripción del contrato en el Registro Público de Comercio, pero en este caso su omisión no da a lugar a que el consorcio se lo asimile a una sociedad de hecho.

Una peculiaridad contenida en la Ley de Sociedades Comerciales de dicha nación, es la posibilidad de rescisión parcial del contrato de consorcio, esto en razón del derecho de receso⁵⁰ que gozan los consorciados, que les permite separarse del acuerdo. Además señala que en caso de ser posible, la participación del integrante que se separa se acrecienta al resto.⁵¹

La importancia en la vida comercial y económica de Uruguay dio paso a que se regule de manera adicional y específica a los consorcios de exportación a través de la Ley No. 18.323.⁵² Este tipo de asociación puede adoptar la forma de grupo de interés económico o de consorcio, conforme la Ley de Sociedades Comerciales. Además este tipo de contratos tienen un objeto exclusivo que será “facilitar, promover, preparar, celebrar, ejecutar o tramitar la exportación de los bienes o servicios producidos por sus integrantes. La producción de los bienes a exportar puede ser individual o conjunta de los miembros del consorcio de exportación, considerándose especialmente la complementación productiva entre los integrantes del consorcio de exportación y/o terceros.”⁵³

En caso de ser constituido como grupo de interés económico, su capital se integrará como el de una sociedad de responsabilidad limitada y sus miembros no responderán por las obligaciones contraídas por éste. En cambio, si adopta la figura consorcial, sus integrantes responden personalmente frente a terceros, pero sin solidaridad, salvo pacto en contrario.

Los consorcios de exportación están bajo el control del Ministerio de Economía y Finanzas y además se faculta al Poder Ejecutivo a brindar varios beneficios para estas asociaciones empresariales, como la exoneración del impuesto a la renta para los consorciados.

• ⁵⁰ “Se denomina derecho de receso a la facultad propia del socio de desvincularse de la sociedad mediante su rescisión parcial, en los casos previstos en la Ley o en el contrato.” Internet. <http://www.derechocomercial.edu.uy/RespSociedadReceso01.htm>. Acceso 10-XII-2010.

• ⁵¹ Ley de Sociedades Comerciales. Arts.501-509.

• ⁵² Ley 18.323 publicada el Diario Oficial No. 27540 el 5-VIII-2008.

• ⁵³ *Ibidem*. Art. 2.

Asimismo, pueden ser exoneradas del impuesto a las transferencias patrimoniales por la enajenación de bienes inmuebles y los derechos de usufructo efectuada por los integrantes del consorcio a su favor.

Estos beneficios se dirigen en especial a consorcios que se hallen debidamente inscritos en el Registro de Comercio, y además, que se hallen formados por pequeñas y medianas empresas, cuya gestión puede demostrar el incremento de sus exportaciones, que en un plazo de veinticuatro meses desde el inicio de operaciones registren exportaciones a un promedio de cien mil dólares, y por ende, que generen empleo en cada una de sus empresas partícipes.

2. CAPÍTULO II

GESTIÓN Y OPERATIVIDAD DEL CONSORCIO

2.1. El consorcio como alternativa empresarial.

A pesar de las diversas posturas a favor o en contra de la globalización, resulta innegable afirmar que es un fenómeno que lo estamos viviendo y que trae consigo efectos a nivel político, cultural, económico y demás ámbitos de la vida en sociedad, ya que todos los individuos formamos parte de esta “Aldea Global”⁵⁴. De tal manera que las empresas también se ven inmersas en la globalización, y en caso de no estar preparadas para enfrentar estos nuevos retos generados por la eliminación de fronteras entre los países, en especial en los campos económico y comercial, podría causar su desaparición del mercado.

La clave para que una empresa sobresalga en el mercado es que se dedique al desarrollo de una actividad económica que no sea explotada o que lo esté en menor medida en el campo donde se dirige. Sin embargo, en caso de que dicha actividad sea desarrollada por muchos competidores, el éxito del empresario recae en su capacidad de diferenciar los bienes y/o servicios que oferta en el mercado, es decir, dar un valor agregado a su negocio.

Una empresa, ya sea desarrollada directamente por una persona natural o por medio de una sociedad con personería jurídica, debe tener el acierto de contar y tener claramente identificadas sus competencias funcionales y dinámicas. Las primeras se refieren a aquellas relacionadas directamente con el proceso productivo de la empresa y se las puede dividir en capacidades directivas, organizacionales, financieras, de comercialización e investigación, publicitarias, etcétera. Por otro lado, las competencias dinámicas son aquellas que permiten a una empresa responder de manera oportuna a los diferentes cambios que sufre el mercado, innovando sus procesos de producción o fabricación de bienes y/o servicios, adaptándose a esas nuevas condiciones y aprendiendo de dichas experiencias, permitiendo así su permanencia en el tiempo.

Estas competencias obviamente varían entre las empresas; además, el grado de importancia entre competencias funcionales y dinámicas varía de acuerdo a la actividad económica

• ⁵⁴ Término usado por primera vez por el filósofo canadiense Marchall McLuhan en su obra Guerra y paz en la aldea global, publicada en 1968.

desarrollada y a las condiciones del mercado. Por ejemplo, en países con una cultura respetuosa de derechos de propiedad intelectual, resultan de gran importancia las competencias funcionales. Por otro lado, en mercados donde es más común la fuga de información y secretos industriales, o donde se tolera prácticas de piratería, resultan de trascendental importancia las competencias dinámicas, pues estarían encaminadas a generar respuestas frente a esas condiciones del mercado que les permita mantener ventaja competitiva frente al resto de competidores.⁵⁵

Es indudable que una o más personas que deciden arrancar con una empresa lo hacen pues esperan obtener como resultado beneficios económicos, para lo cual deben contar con las competencias arriba mencionadas, que les permitan posicionarse en el mercado, tarea que no es para nada fácil, pues los bienes y servicios ofertados deben ganar aceptación entre los consumidores. Las ventas generadas deben cubrir los costos operativos y productivos, y además debe haber un exceso que viene a constituir la utilidad para el empresario.

Por ejemplo, un empresario con una cartera de clientes limitada que se siente conforme con ello, pues le genera utilidades que le permita subsistir a él y a su empresa, quizás no le va a interesar buscar cooperación mutua con otros colegas dedicados al mismo campo mercantil. Pero en cambio, una empresa con un horizonte más amplio, que busca posicionarse en el mercado, puede recurrir a la cooperación empresarial para aunar esfuerzos y alcanzar mayor competitividad.

Además, es oportuno señalar que competitividad es clave para que un negocio sea exitoso, porque como se ve en la práctica, los consumidores no se guían hacia ofertantes de bienes y servicios únicamente por razones de confianza o estima, sino que se dirigen hacia aquellos que cubren de mejor manera sus necesidades.

Es reducido el número de empresas que cuentan con todos los recursos necesarios para desarrollar su actividad económica de manera autónoma e independiente, permitiéndoles generar productos con valor agregado frente a otros que se encuentran en el mercado. Es normal que una empresa dependa de otros agentes económicos para proveerse de los insumos que necesita para su proceso productivo o servicios de transporte y

• ⁵⁵ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Esteban y Otros. La competitividad de la empresa: un enfoque basado en la teoría de recursos. Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997. Pág. 66.

comercialización, etcétera, de tal manera que indudable que existe dependencia mutua entre empresas.⁵⁶

Adicionalmente, la globalización ha dado lugar a un desarrollo tecnológico a pasos agigantados, por lo se ha vuelto casi imposible que una sola empresa cuente con todas estas nuevas tecnologías y además con los conocimientos necesarios para aplicarlos a su actividad o industria económica. Por esto, las empresas han visto la necesidad de especializarse en una determinada etapa de un proceso productivo, que les permita situarse en una mejor condición y con mayores capacidades frente a la competencia, y dando un mayor valor agregado a sus productos con respecto a los que se hallan en el mercado.

De esta manera, los contratos de colaboración empresarial resultan una alternativa idónea para aquellos empresarios que buscan mejorar su desempeño productivo, asociándose con otros dedicados a la misma actividad económica u otra complementaria, para así ganar espacio en el mercado. De esta forma, mediante la colaboración entre empresas, en especial pequeñas y medianas, los partícipes se organizan para perseguir objetivos que son propios y coincidentes. En muchos casos, empresarios recurren a alianzas empresariales con miras al ingreso hacia nuevos mercados, sobre todo en el extranjero, como estrategia de crecimiento y desarrollo.

Esta alianza estratégica es la vía de acceso para que una empresa acceda a recursos y capacidades de otra, permitiéndole así mejorar su desempeño productivo, ya que gracias al intercambio de información y conocimientos, estos son incorporados en la cadena productiva de sus bienes y servicios, agregándoles valor.

Estos acuerdos empresariales se sostienen en el principio de la autonomía de la voluntad reconocido por nuestro Código Civil como fuente de obligaciones.⁵⁷ Asimismo, en el artículo 319 de la Constitución de la República que reconoce y protege las diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

• ⁵⁶ ESCRIBÁ ESTEVE. Alejandro. Hacia una perspectiva dinámica en el estudio de las Alianzas Estratégicas: Una revisión de la evolución de la literatura. Revista CEPAD Valencia, 2003. Internet. <http://www.revistadyo.com/index.php/dyo/article/viewFile/146/146>. Acceso: 25-XI-10.

• ⁵⁷ Código Civil. Art. 1453.

Ahora bien, vale decir que la cadena de valor es entendida como el aporte de valor durante todo el proceso de producción, desde la obtención de la materia prima hasta conseguir el producto final, por parte de todos los agentes económicos para satisfacer de mejor manera las necesidades y preferencias del consumidor. Este valor agregado se ve traducido en aspectos como calidad y presentación del producto, precio, durabilidad, mantenimiento, garantía y también la imagen de la empresa, que básicamente se traduce en el reconocimiento, confianza y buena reputación de la marca.⁵⁸

La empresa que decide asociarse cuenta con capacidades que la diferencian de su competencia pero a pesar de eso, no dispone de los recursos necesarios para lograr la cadena de valor deseada, por lo cual busca dichos recursos y capacidades que le hacen falta en otros empresarios, de tal manera que la asociación empresarial consiste en una estrategia para mantenerse vigente en el mercado.

La concentración de recursos y capacidades reduce las debilidades empresariales, ya que los riesgos se comparten entre sus miembros permitiendo así el crecimiento tanto individual como de todo el grupo, a fin de realizar actividades y ejecutar proyectos que hubieran resultado imposibles de alcanzar aisladamente o en caso de hacerlo, no gozarían de la calidad como cuando se los realiza mancomunadamente mediante la cooperación interempresarial.

En estas alianzas empresariales, cada uno de sus miembros mantiene su autonomía e independencia jurídica, lo cual flexibiliza su gestión operativa y permite mejorar su rendimiento. En muchos casos, ello da como resultado economías de escala, es decir, se alcanza un nivel óptimo de producción que se traduce en el aumento de la productividad a medida que se reducen los costes. Las economías de escala son factibles en condiciones de indivisibilidad de los factores productivos o cuando hay una integración absoluta de ellos.⁵⁹

“En la actualidad, la estrategia empresarial es analizada como un concepto global: la gestión estratégica implica no solo la capacidad de la empresa para adaptarse a la evolución futura de su mercado, sino la capacidad de crear nuevas necesidades en el mercado en el que actúa, es decir, de inventar el futuro. En este sentido, la gestión

• ⁵⁸ SAINZ DE VICUÑA ANCÍN, José María. La Distribución Comercial: Opciones Estratégicas. Madrid, ESIC Editorial. 2da. ed., 2000. Pág. 54.

• ⁵⁹ AVILA Y LUGO, José. Introducción a la Economía. México, Plaza y Valdes Editores. 2004. Pág. 155.

estratégica precisa, además de los análisis precedentes, una mayor capacidad de reflexión a todos los niveles de la empresa e incluye conceptos tales como la motivación, la cultura empresarial o la descentralización lo cual tiene como resultado una mayor eficiencia en la toma de decisiones.”⁶⁰

Ahora bien, en el mundo económico se pueden encontrar diferentes tipos de contratos de colaboración empresarial, utilizados por muchos empresarios tomando en cuenta su situación, sus necesidades y los fines que buscan alcanzar. El legislador de cada país les ha dado diferentes nombres a estos acuerdos empresariales, aún cuando exista gran similitud en las características entre una y otra figura, sin embargo, dentro de los de mayor trascendencia se puede hablar del consorcio, joint venture, asociación en cuentas de participación, unión transitoria de empresas, entre otros, cuya naturaleza y características se analizarán más adelante en el presente trabajo.

El contrato analizado es el consorcio empresarial, que consiste en el acuerdo de voluntades de dos o más empresarios, que se dedican a una misma actividad económica o complementaria entre sí, quienes se comprometen a prestarse colaboración mutua para así formar una organización productiva en común que les permita mejorar su desempeño empresarial y tengan como resultado un crecimiento empresarial de todos sus miembros.

Los consorcios privados pueden conformarse para perseguir diferentes objetivos empresariales, pero dichos objetivos son coincidentes entre los consorciados, es decir, son anteriores a la conformación del consorcio, pues el fin de este contrato es alcanzar un fin que es común a sus miembros, a diferencia del contrato de sociedad donde los socios deciden entre todos perseguir un determinado fin y deciden arrancar con la empresa.

El consorcio empresarial se basa en la cooperación mutua de sus miembros, lo cual implica transferencia de conocimientos productivos, tecnológicos y de mercado entre sus consorciados. Evidentemente, esto ocurre pues cada uno goza de una calidad empresarial particular que lo diferencia de la competencia y consecuentemente resulta de interés para otros empresarios que necesitan de dichas capacidades en su proceso productivo.

Por lo tanto, para el correcto funcionamiento de un consorcio empresarial, es necesario crear órganos de decisión y administración para la ejecución de directrices y políticas. Se

• ⁶⁰ FERNÁNDEZ DE ARROYABE, Juan Carlos y ARRANZ PEÑA, Nieves. La cooperación entre empresas. Madrid, ESIC Editorial, 1999. Pág. 41.

debe definir y regular el aporte de cada consorciado en la cadena de valor; en caso de que exista contribución de dinero para el fondo común, especificar el modo y la cantidad en que se lo realiza y en caso de considerarlo conveniente, crear un órgano de fiscalización.

2.2. Organización y gestión del consorcio empresarial

2.2.1. Del directorio

El consorcio al constituir una alianza empresarial que reúne un interés común de las partes, necesariamente debe contar con órganos de decisión y ejecución de las políticas y estrategias del grupo. En la práctica, se hace una analogía con las sociedades comerciales, se conforma un directorio y se nombra un administrador.⁶¹ En Uruguay se prevé que en cuanto a la administración del consorcio, lo que no se halle regulado en la ley o el contrato se estará a lo dispuesto para las sociedades en nombre colectivo.⁶²

El directorio constituye el órgano máximo de gobierno del consorcio, el cual será el encargado de emitir las directrices, en cuanto a la organización del proceso productivo de la actividad económica desarrollada por sus integrantes, con miras al cumplimiento del objeto del contrato, las cuales deben ser ejecutadas y controladas por el administrador.

El directorio se conforma por todos los consorciados, ya sean personas naturales o jurídicas, éstas últimas a través de la persona de su representante legal; y en ambos casos también pueden actuar en las sesiones por medio de un mandatario debidamente acreditado por una carta poder. Las reglas sobre la convocatoria y quórum de instalación de las sesiones de directorio, deberán determinarse en el contrato; además podrán ser convocadas por el administrador del consorcio.

Las decisiones del directorio serán adoptadas por mayoría simple, excepto en casos de modificación o terminación anticipada del contrato pues se necesita la unanimidad de todos los consorciados.

Ahora bien, en las sociedades comerciales el voto de los socios o accionistas en las Juntas Generales es conforme al porcentaje del capital social de la compañía. En el caso del consorcio, se debe atender al porcentaje de contribución de los miembros al fondo común

• ⁶¹ <http://www.derechocomercial.edu.uy/ReSocGieConsor.htm>. Acceso: 4-XI-2010.

• ⁶² Ley de Sociedades Comerciales - Uruguay. Art. 504.

operativo, el cual se mantiene indivisible durante la ejecución del consorcio, pero sin olvidar que la titularidad de dichos aportes se mantiene en manos de cada uno de los consorciados.

El directorio, al ser el máximo órgano de gobierno, tiene el deber de tomar las decisiones de vital importancia para el desempeño del consorcio, tanto a nivel interno como externo. Entre las más importantes encontramos:

- Adoptar las resoluciones referentes a la organización y gestión del consorcio.
- Emitir políticas y directrices tendientes al cumplimiento del objeto del contrato.
- Vigilar y controlar el cumplimiento de las disposiciones emitidas por dicho órgano.
- Nombrar el administrador del consorcio, que puede ser uno o varios.
- Aprobar los estados financieros y libros contables elaborados por el administrador.
- Revisar y aprobar el plan de actividades propuestas por el administrador.
- Revisar y aprobar los informes de gestión del administrador.
- Aprobar y resolver de manera unánime cualquier modificación al contrato original.
- Aprobar y resolver de manera unánime el ingreso de un nuevo miembro interesado en participar en el acuerdo empresarial.
- En caso de terminación del consorcio, revisar y aprobar el programa para la liquidación y partición de los bienes que conforman el fondo común operativo.
- En caso de retiro anticipado de alguno de sus miembros, resolver sobre la parte que le corresponda y modalidades de restitución.

2.2.2. Del administrador

En la mayoría de casos, el administrador del consorcio es nombrado en el mismo contrato que da origen a la agrupación empresarial, del mismo modo que sus derechos, atribuciones, obligaciones, periodo de duración y causales de remoción.

En Uruguay, la gestión del administrador se sujeta a las reglas del mandato civil, convirtiéndose éste en apoderado de todos y cada uno de los integrantes del consorcio,

dado que el consorcio como tal no goza de personalidad jurídica y por ende no puede ser representado legalmente por un tercero.⁶³

El administrador puede operar bajo la figura del mandato en el sentido que los mandantes vienen a ser los integrantes del consorcio, ya sean personas naturales o jurídicas quienes otorgan un poder a favor del administrador, quien representa conjuntamente el derecho de todos sus miembros, más no al consorcio como tal. Por lo tanto, el administrador puede ser removido en cualquier momento por decisión del directorio del consorcio.

En caso de ser adoptado unívocamente este criterio en el Ecuador, el administrador del consorcio sería responsable hasta por culpa leve. Nuestro Código Civil, en su artículo 29 define la culpa leve como:

“Art. 29.- La ley distingue tres especies de culpa o descuido: (...)”

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.(...)”

Si la gestión del administrador se asimila al mandato, de igual manera debería cesar por cualquier forma de terminación prevista en el artículo 2067 del Código Civil, las cuales son:

- Cumplimiento del negocio encargado.
- Expiración del término o por el cumplimiento de la condición prefijados para la terminación del mandato.
- Renuncia del mandatario.
- Muerte del mandante o del mandatario.
- Quiebra o insolvencia del mandante o del mandatario.
- Interdicción del uno o del mandante o del mandatario.

• ⁶³ Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01. Sala de Casación Civil de Colombia. Consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. – Dicon Ltda vs. Granbanco S.A. Bancafé.

Sin embargo, hay que considerar que los mandantes son los consorciados, por lo cual no operaría de manera inmediata la terminación del mandato por falta temporal o definitiva de uno de los consorciados, salvo si dicha ausencia acarrea la imposibilidad de que el consorcio siga operando y puede alcanzar el objetivo principal por el cual se conformó en primer lugar.

2.2.2.1. Atribuciones del administrador

Dentro de las principales atribuciones del administrador se encuentran:

- Ejercer funciones de dirección y administración. Como se mencionó en párrafos anteriores, si éste se rige por las reglas del mandato puede ser apoderado de los miembros del consorcio, más no del consorcio como entidad independiente por su falta de personería jurídica.
- Velar por los intereses de los consorciados y todo su desempeño con miras al cumplimiento del objeto contractual.
- Cumplir y ejecutar las decisiones del directorio.
- Elaborar y ejecutar un plan de trabajo, para aprobación del directorio.
- Presidir las reuniones del directorio.
- Elaborar y custodiar las actas de las reuniones del directorio.
- Rendir cuentas de su gestión ante el directorio.
- Utilizar de manera responsable el fondo común operativo atendiendo a los fines del consorcio; tiene la obligación de llevar un registro detallado de los ingresos y gastos en que se incurra en el desempeño de sus funciones.
- Proveer la guardia, custodia, mantenimiento y conservación de los bienes parte del fondo común operativo.
- Controlar que no se incurra en alguna de las causales de terminación del contrato, y en caso de que suceda, informar y poner en consideración del directorio.
- Cumplir con las obligaciones legales del consorcio.
- Determinar y pagar los tributos que correspondan pagar al consorcio.

- En caso de terminación del consorcio, proponer plan para la liquidación y partición de los bienes que conforman el fondo común operativo.
- Cualquier otra que se hiciera al cumplimiento de la ley y del objeto del presente contrato.

La persona que ejerce las funciones de dirección y administración del consorcio es nombrada por resolución del directorio, por lo cual su remoción debe realizarse mediante el mismo procedimiento. El administrador goza del derecho de renuncia, la cual debe ser notificada al directorio con un plazo de anticipación de conformidad con el contrato.

2.2.3. Órgano de fiscalización

Ni la doctrina ni la legislación comparada hablan sobre un órgano específico dentro del consorcio que realice tareas de fiscalización de su gestión, pero esto queda a discreción de los consorciados, quienes en caso de considerarlo oportuno, deben estipularlo en el contrato, pero dada la naturaleza temporal del consorcio, podría resultar innecesario crear un cuerpo colegiado regulador para revisar a esta unidad temporal.

Sin embargo, en contratos de exploración y explotación hidrocarburífera celebrados entre el Estado y un consorcio empresarial, debe necesariamente constar un órgano fiscalizador para el control de todas las etapas contractuales.⁶⁴

No obstante, esta facultad recae sobre todos y cada uno de los consorciados, quienes pueden ejercer control sobre los negocios realizados, estados financieros, libros contables y cualquier otro documento que considere necesario.

2.3. De los consorciados

Primeramente, el término “consorciado” ha sido utilizado por la doctrina y adoptado en algunas legislaciones para hacer mención de los miembros participantes de un contrato de consorcio, quienes pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. La condición para que dos o más empresarios decidan asociarse radica en que éstos se dediquen a una misma actividad económica u otra complementaria entre sí.

• ⁶⁴ Ley de Hidrocarburos. Art. 18-E.

Como de cualquier otro contrato, de este acuerdo de colaboración empresarial se desprenden derechos y obligaciones para las partes, los cuales son claramente establecidos ya sea en un instrumento público o privado.

2.3.1. Derechos de los consorciados

La palabra derecho tiene diferentes acepciones, pero en esta parte se alude al derecho subjetivo entendido como “facultad o poder de un sujeto de exigir a otro, o eventualmente una abstención a todos, bajo coacción jurídica. Es el lado activo de la relación jurídica; derecho del acreedor al cumplimiento de la obligación, o del usufructuario al goce de la cosa usufructuada sin interferencia de nadie, o del accionista al reconocimiento y efectividad de su condición de tal (derecho al dividendo o a participar en la junta general), etc.”⁶⁵

En países como Uruguay, se exige que el contrato de consorcio conste por escrito y en sus cláusulas, debe estar determinada la participación de los consorciados al igual que los derechos que nacen con la suscripción de dicho instrumento.⁶⁶ En nuestro país, en la práctica de igual manera se lo hace por escrito y en todo aquello no se encuentre regulado se estará a las disposiciones generales comunes a todos los contratos, contenidas en el Código Civil. A continuación se analizarán los derechos de los que normalmente gozan los partícipes de un consorcio.

2.3.1.1. Obtener colaboración

Es evidente que un empresario decide participar en un consorcio porque espera obtener beneficios individuales y para todo el grupo. Este contrato de colaboración empresarial, a diferencia de la sociedad, no persigue fines de lucro, sino que se forma para mejorar la organización y el desarrollo de una actividad económica, común a sus miembros.

De lo anterior, se observa que gracias a una cualidad o condición específica de tal empresario, motiva a otro empresario con la misma calidad a emprender junto al primero, una asociación de carácter empresarial que se ve plasmada en un contrato de consorcio.

• ⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. Madrid, Dykinson, Cuarta edición, 2004. Pág. 51.

• ⁶⁶ Ley de Sociedades Comerciales - Uruguay. Art. 502.

Por ende, el consorciado espera recibir toda la colaboración de los otros miembros, ya sea de carácter financiero, técnico, apoyo de maquinaria e infraestructura o cualquier otro aporte al que cada uno se haya comprometido para con el resto de partícipes del consorcio. Asimismo, el consorciado tiene derecho a recibir asesoramiento por parte del administrador y del directorio para la ejecución de la parte que le corresponda realizar para el cumplimiento del objeto del contrato.

2.3.1.2. *Derecho de rescisión parcial*

La rescisión parcial es un derecho que gozan los miembros de los consorcios creados al amparo de la legislación uruguaya. Esta facultad consiste en la posibilidad de que uno de los integrantes del consorcio, se separe sin que esto implique la terminación del contrato para el resto de miembros.⁶⁷ La doctrina al referirse a la rescisión parcial la define como “el instituto jurídico que deja sin efecto para el futuro el contrato social respecto de un socio en lo referente a la actividad futura de la sociedad, que subsiste como sujeto de derecho, en razón que el contrato social conserva plena vigencia en lo atinente a los demás socios.”⁶⁸

Revisando la legislación nacional, se observa que el Código Civil ecuatoriano habla de la rescisión, pero en un sentido diferente, como uno de los modos de extinguir las obligaciones.⁶⁹ La rescisión es una acción ejercida por una parte contratante en contra de otra, cuando existe algún vicio que produce nulidad relativa.⁷⁰ El juez actuando a petición de parte, es la autoridad competente para declarar la nulidad relativa de un contrato y tiene como efectos retrotraer las cosas a su estado anterior. Este vicio puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes, pero la acción prescribe en el plazo de cuatro años.

De lo expuesto se desprende que el Código Civil hace una mención en un sentido distinto a lo previsto en la ley uruguaya de sociedades comerciales. Sin embargo, se puede hacer una

• ⁶⁷ Ley de Sociedades Comerciales - Uruguay. Art. 508.

• ⁶⁸ VILLEGAS, Carlos. Op. cit. 195. Pág. 179

• ⁶⁹ Código Civil. Art. 1583 numeral 9.

• ⁷⁰ Íbidem. Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

• Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

• Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

comparación análoga a lo contemplado por la Ley de Compañías, referente al derecho de receso⁷¹ que gozan los socios o accionistas en casos de transformación de una sociedad, el cual les permite separarse de ella y al mismo tiempo, pueden exigir el reembolso de sus acciones o participaciones. Para que proceda la separación de un miembro, éste deberá notificar por escrito al representante legal de la sociedad, dentro de un plazo de quince días contados a partir de la fecha de celebración de la junta general en la cual se aprobó la transformación de la compañía.⁷²

En síntesis, rescisión parcial es un derecho inherente a los integrantes de un consorcio en la legislación uruguaya mientras que en el Ecuador, el receso es una facultad que gozan los socios o accionistas de una compañía, para no participar en casos de transformación de la sociedad.

Una posible regulación del consorcio en el Ecuador debería prever que sus integrantes gocen del derecho de rescisión parcial, en los términos previstos en la legislación uruguaya, íntimamente relacionado con el derecho constitucional de libre asociación⁷³ y así en un consorciado pueda separarse del grupo sin acarrear la terminación del consorcio.

2.3.1.3. *Derecho de decisión*

Como se observó anteriormente, no hay un órgano de gobierno determinado para el consorcio tal como ocurre en las sociedades comerciales, sin embargo en otras legislaciones se ha adoptado la figura del directorio, el cual se halla conformado por todos sus miembros. Los consorciados gozan del derecho a participar en las reuniones del directorio y adoptar las resoluciones que serán de cumplimiento obligatorio para todos sus miembros.

Los miembros actúan en dichas sesiones de manera directa, pero también pueden nombrar una persona que los represente con todas sus facultades de voz y voto. Los consorciados tienen un poder de deliberación traducido en votos iguales al porcentaje de participación en la constitución del contrato.

Por regla general, las decisiones se toman bajo el régimen de mayoría, salvo cuando se trate de alguna modificación o terminación del contrato, que deben ser adoptadas por

• ⁷¹ Ley de Compañías. Art. innumerado a continuación del Art. 221.

• ⁷² Íbidem. Art. 333.

• ⁷³ Constitución de la República. Art. 39.

unanimidad de los partícipes, salvo estipulación en contrario que debe estar expresada en el contrato de consorcio.⁷⁴

2.3.1.4. *Propiedad sobre los bienes aportados*

Como se analizó, la formación de un fondo común operativo no es una característica intrínseca a la figura del consorcio, lo cual lo diferencia claramente con el contrato de sociedad, donde cada socio o accionista debe realizar aportes en dinerario y/o bienes para constituir el capital de la compañía, de tal manera que se constituye un patrimonio autónomo.

Sin embargo, como señala el tratadista José Narváez García, el fondo común operativo solo se formará si es indispensable para el cumplimiento del objetivo que se persigue.⁷⁵ Esto atiende al objeto mismo del consorcio, puesto que no se celebra este tipo de contrato para obtener utilidades y repartirlas entre los socios o accionistas como sucede en las compañías, sino que el consorcio es un acuerdo de colaboración empresarial y lo que persigue es la organización común de la actividad de sus miembros, que se realiza a través de cooperación técnica, financiera, *know how*, etcétera.

En este punto, el consorcio se asemeja a los grupos de interés económico del ordenamiento jurídico francés, los cuales pueden constituirse sin capital y pueden formar eventualmente un patrimonio autónomo en caso de ser necesario para el cumplimiento del objeto contractual.⁷⁶

El administrador del consorcio no tiene la facultad de adquirir bienes en nombre del consorcio y en caso de que los consorciados consideren necesario la compra de algún bien, por ejemplo maquinaria, esta se registrará bajo las reglas de la comunidad, es decir, la titularidad de dicho bien recaerá sobre todos ellos, con relación a su cuota de participación.

2.3.2. Obligaciones de los consorciados

De manera general, los consorciados están obligados a cumplir con la Constitución, leyes y reglamentos aplicables, y todas las obligaciones que se desprendan del contrato de

• ⁷⁴ Ley No. 16060. Art. 507.

• ⁷⁵ NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio. Obligaciones y Contratos Mercantiles. Bogotá, Ed. Temis, 1990. Pág. 62.

• ⁷⁶ CABALLERO SIERRA, Gaspar. Op. cit. Pág. 60.

consorcio.

2.3.2.1. Participación activa

De inicio, al observar la naturaleza del consorcio, sabemos que es un acuerdo de colaboración empresarial, esto evidencia que la principal obligación de cada consorciado consiste en colaborar en la búsqueda de los fines y objetivos, obrando con lealtad y diligencia, de acuerdo a los parámetros del contrato.

Esto implica una participación activa y directa de cada partícipe del consorcio, que se puede ver traducida de diferentes maneras, por ejemplo, facilitando el uso de infraestructura empresarial, transferencia de tecnología, colaboración con talento humano y demás elementos necesarios para la consecución del objeto contractual.

2.3.2.2. Responsabilidad

Con respecto a la responsabilidad de los integrantes de un consorcio, no hay unanimidad de criterio, puesto que algunos tratadistas señalan que la obligación que nace entre los consorciados es conjunta y en cambio otros consideran que es solidaria.

En el primer caso, si la obligación es divisible, el consorciado responde con su patrimonio individual por la parte o cuota en la que se haya obligado frente a terceros, en relación a su fase a cargo. Por otro lado, si se determina que el consorciado se obliga solidariamente con el resto de miembros, se traduce en que el deudor puede dirigir su acción en contra de cualquier miembro del consorcio por la totalidad de la obligación.

Otros tratadistas diferencian la responsabilidad dependiendo la actividad realizada por el consorciado. De esta manera, en cuanto a las obligaciones contraídas directamente entre el consorciado y un tercero, para desarrollar una fase del negocio u actividad determinada en el contrato, es de responsabilidad personal del consorciado que contrató a nombre de la alianza empresarial. Asimismo, si el consorcio como tal contrata directamente con un tercero, las obligaciones contraídas son de responsabilidad solidaria entre todos los integrantes del consorcio.

Además, se suele estipular cláusulas tendientes a limitar esta responsabilidad al monto de los aportes destinados al fondo común operativo. Sin embargo, nuestra ley señala que la responsabilidad solidaria nace de la ley y de la convención; esta última debe estar claramente expresada en el instrumento utilizado. En ese caso no se puede dejar a un lado

el hecho que el consorcio no tiene personalidad jurídica ni cuenta con un patrimonio autónomo, por lo cual las obligaciones por cumplir deberán ser satisfechas con el patrimonio individual de los consorciados, de tal forma que una cláusula contractual no puede ser contraria a la ley y de serlo, resultaría nula.

2.3.2.3. *Aportes al fondo común operativo*

Los consorciados tienen la obligación de cumplir con todos los aportes y obligaciones establecidas en el contrato. No existe obligación de crear de inicio un fondo común operativo, pero en algún momento éste puede resultar necesario para la consecución de sus objetivos, por lo cual puede ser creado cuando los integrantes del consorcio lo consideren necesario.

La doctrina manifiesta que este fondo común operativo se mantiene indivisible durante el plazo de duración del consorcio y sus miembros responden solidariamente por sus obligaciones frente a terceros. Nuestro Código Civil, con respecto a la responsabilidad solidaria determina lo siguiente:

“Art. 1527.- En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, está obligado solamente a su parteo cuota en la deuda; y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda; y entonces la obligación es solidaria o in sólidum.

La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley.”

Es importante analizar los dos últimos incisos del artículo citado, pues de estos se desprende que la responsabilidad solidaria de los miembros sí puede nacer de la convención, pero ésta debe estar debidamente expresada en todos los casos en que no se encuentre determinado en la ley.

En nuestra legislación hay algunos cuerpos normativos que establecen la responsabilidad solidaria entre consorciados, como es el caso de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en uno de sus artículos señala:

“Art. 99.- Responsabilidades.- En todos los procedimientos precontractuales previstos en

esta Ley, los oferentes participarán a su riesgo.

Los miembros de la asociación o consorcio contratista serán responsables solidaria e indivisiblemente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, indistintamente del plazo de duración de la asociación. La ejecución del contrato es indivisible y completa para los asociados, a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento.(...)”

De igual modo, se pueden observar normas similares en el campo tributario, el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno que indica en el su artículo 3, inciso tercero determina que “los miembros del consorcio serán solidariamente responsables, por los tributos que genere la actividad para la cual se constituyó el consorcio.”

Como se observa, este tema ha sido objeto de mucha discusión y en muchas ocasiones se ha llegado a confundir el consorcio con el cuasicontrato de comunidad. Lo que queda claro, es que la solidaridad debería estar expresamente señalada, en el contrato de colaboración empresarial, sobre todo en lo pertinente a la responsabilidad sobre obligaciones civiles y mercantiles, puesto que actualmente no existe norma aplicable al respecto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con excepción de los casos antes señalados que son específicos.

Por otro lado, la conformación del fondo común operativo inicial no se debe entender como una limitación al administrador para solicitar a los consorciados nuevos aportes no previstos en los presupuestos anuales, tendientes a cumplir con las resoluciones que emita el directorio.

2.4. Vigilancia y Control

2.4.1. A nivel interno

El consorcio a nivel interno no requiere contar de manera obligatoria con un órgano de fiscalización, esto depende de la voluntad de sus miembros y en caso de crearlo, sus funciones y atribuciones deben estar detalladas en el contrato y además debe ser debidamente nombrado por el directorio.

2.4.2. A nivel externo

A nivel externo, la vigilancia y control estatal sobre los consorcios empresariales varía en cada legislación. El consorcio es un contrato consensual, es decir, que no está sujeto al cumplimiento de formalidades para su perfeccionamiento, sin embargo en el caso del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a pesar de no regular de manera precisa al consorcio, podemos encontrar en diferentes cuerpos normativos disposiciones que exigen ciertas formalidades a este contrato, como se verá a continuación.

2.4.2.1. A cargo de la Superintendencia de Compañías

La Superintendencia de Compañías es el órgano encargado de vigilar y controlar las sociedades mercantiles que operan en nuestro país y se hallan reguladas por la Ley de Compañías.⁷⁷ A pesar de que dicha Ley no define al consorcio ni señala los alcances de la figura del consorcio, en su artículo 432 sobre las entidades sometidas a su control, incluye dentro de este grupo a las asociaciones formadas entre las sucursales de compañías u otras empresas extranjeras que operan en el Ecuador.

Dicho artículo se complementa con lo dispuesto en el Reglamento para la organización, y funcionamiento del registro de sociedades expedido por la Superintendencia de Compañías, el cual prevé la existencia de un Registro Nacional de Asociaciones y Consorcios, formados entre sí o con sociedades nacionales vigiladas por la entidad las sucursales de compañías y otras empresas extranjeras organizadas como personas jurídicas, que se hubieren establecido en el Ecuador. Tal registro deberá contener⁷⁸:

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.

• ⁷⁷ Ley de Compañías. Art. 431

• ⁷⁸ Resolución No. 10. Art. 2. R.O. 369 de 16-VII-01.

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 lo anterior se observa que se establece el registro de consorcios formados por personas jurídicas naturales y/o extranjeras, pero no se hace mención de aquellas asociaciones formadas por personas naturales y jurídicas entre sí. A lo anterior vale agregar la última resolución emitida por la Superintendencia de Compañías, sobre la información a presentar a dicha entidad, que rige a partir del presente año, cuyo artículo 5 impone dicha obligación a consorcios formados entre sucursales de sociedades extranjeras, que deberán presentar lo siguiente⁷⁹:

1. Estados Financieros debidamente suscritos por el apoderado o representante y el contador.
2. Informe de auditoría externa, en caso de ser necesario.
3. Nómina de apoderados o representantes.
4. Formulario suscrito por el apoderado o representante certificando con información general de la compañía;
5. Copia legible del Registro Único de Contribuyentes;
6. Impresión del comprobante de digitación del estado financiero en el portal web de la Superintendencia de Compañías;
7. Número y clasificación del personal ocupado que preste sus servicios en la empresa.

La Superintendencia de Compañías recibe un aporte anual de todas las sociedades sujetas a su control, por lo cual el Reglamento para determinación y recaudación de contribuciones societarias señala que para el caso de consorcios que dicha contribución “se calculará tomando como base los activos reales de la asociación, debiendo deducir de su monto total

• ⁷⁹ Resolución No. 2. Art. 5. R.O. 400 de 10-III-11.

el valor de las aportaciones hechas por las compañías asociadas, siempre que estas aportaciones se reflejen en sus propios balances.”⁸⁰

Ahora bien, el contrato de consorcio al ser de naturaleza consensual no debe estar sometido al cumplimiento de formalidades para su perfeccionamiento. Sin embargo, en nuestro país se han dado varios casos en que los consorcios han sido inscritos en el Registro Mercantil del cantón respectivo e incluso los nombramientos o poderes generales que recaen sobre sus administradores, lo cual demuestra la falta de unicidad de criterio al respecto, originado por la falta de normas legales suficientes e inequívocas que regulen los consorcios de empresas que operan en el Ecuador.⁸¹

2.4.2.2. *A cargo del Servicio de Rentas Internas*

Por el otro lado, el consorcio se constituye como una unidad económica independiente de la de sus miembros, pero sin constituir una nueva persona jurídica, pero para efectos tributarios éste es considerado como sociedad y por tanto obligado a cumplir con sus deberes formales y materiales frente a la Administración Tributaria. Es decir, en el campo tributario el Servicio de Rentas Internas, SRI, ejerce un cierto control sobre los consorcios, pues ante éste deben presentar declaraciones de impuesto a la renta, estados sobre repartición de utilidades, etcétera.

2.4.2.3. *A cargo del Instituto Nacional de Compras Públicas*

En nuestro país, un gran número de consorcios se constituyen para participar en concursos públicos para lograr ser adjudicatarios de contratos que consisten en la ejecución de obras y servicios públicos de gran envergadura. Esta materia es competencia del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual se halla conformado por el Instituto Nacional de Contratación Pública “INCOP” y por las instituciones públicas que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública.⁸²

El INCOP dentro de sus atribuciones se encuentra facultado para establecer lineamientos generales sobre planes de contrataciones de las entidades públicas, expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, fiscalizar resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública, en especial de los procesos,

• ⁸⁰ Resolución No. 83. Art. 3. R.O. 48 de 16-X-09

• ⁸¹ Registro de Sociedades. Internet. www.supercias.gov.ec. Acceso 20-II-11.

• ⁸² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 7.

facilitar mecanismos de veeduría ciudadana y monitorear el efectivo cumplimiento de los procesos de contratación pública, entre otras.⁸³

De esta manera el INCOP puede verificar el cumplimiento de todas las disposiciones de la ley en la materia, como el uso obligatorio de herramientas del sistema, uso de modelos contractuales, que los proveedores estén inscritos en el Registro Único de Proveedores y que no se encuentren inhabilitados o sufran incapacidad antes de contratar, que la información sea real y actualizada, etcétera.

La ley de la materia, determina que el consorcio debe celebrarse mediante escritura pública y debe contar con un apoderado; sin embargo, la Resolución No. 46 emitida por el INCOP señala algunas cláusulas obligatorias para este contrato, adicional a las mencionadas, que son las siguientes⁸⁴:

- a) Partes contratantes con su respectiva información;
- c) Detalle valorado de los aportes de cada uno de los miembros, tangibles o intangibles;
- d) Determinación de los compromisos y obligaciones que asumirá o asume cada parte en la fase de ejecución contractual;
- e) Porcentaje de la participación;
- f) Identificación del proceso de colaboración entre consorciados;
- g) Determinación de la responsabilidad solidaria e indivisible de los asociados para el cumplimiento de todas y cada una de las responsabilidades y obligaciones;
- h) Cualquier cambio interno de la agrupación deberá contar con autorización expresa de la entidad contratante;
- i) El objeto social exclusivo y detallado para dicho contrato con el Estado;
- j) Plazo de duración, contando desde la etapa precontractual hasta noventa días adicionales desde la terminación del contrato, o un plazo mayor de conformidad con los pliegos.

• ⁸³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 10.

• ⁸⁴ Resolución No. 146 INCOP. Art. 18.

Además el adjudicatario de un contrato deberá suscribirlo con la entidad respectiva dentro del término de quince días de haber sido adjudicado, sin embargo los consorcios cuentan con un plazo adicional de quince días, en razón del tiempo que requieran para formalizar el contrato de consorcio empresarial.⁸⁵

2.4.2.4. *A cargo de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero*

En el caso de exploración y explotación de hidrocarburos, podemos encontrar en la Ley ciertas regulaciones especiales para aquellos consorcios que se dediquen a esta actividad económica. La Ley de Hidrocarburos, al referirse a contratos de exploración y explotación de hidrocarburos, determina que “en el caso de ductos principales privados para el transporte de hidrocarburos, por tratarse de un servicio público, la Secretaría de Hidrocarburos; previa autorización del Presidente de la República; celebrará con la empresa o consorcio autorizados, el respectivo contrato que regulará los términos y condiciones bajo los cuales podrá construir y operar tales ductos principales privados.”⁸⁶

En esa materia, la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, ARCH, es el organismo encargado de regular, controlar y fiscalizar las actividades técnicas y operacionales en las diferentes fases de la industria hidrocarburífera, que realicen los consorcios que ejecutan actividades hidrocarburíferas en el Ecuador.⁸⁷

Para ser adjudicatarios de contratos de exploración y explotación de hidrocarburos el Comité Técnico debe considerar de entre las empresas o consorcios participantes, el grado de participación del Estado en la producción incremental, los programas de trabajo y montos de inversiones mínimos comprometidos; el monto del bono no reembolsable para el Estado ecuatoriano a la firma del contrato; la meta de producción y transferencia tecnológica; y, las correspondientes garantías y seguros.⁸⁸ Además el mismo cuerpo normativo determina los cláusulas obligatorias⁸⁹ que deben estar contenidas en que son:

- Partes contratantes;
- Plazo de duración;
- Participación del Estado;

• ⁸⁵ Reglamento a LOSNCP. Art. 113.

• ⁸⁶ Ley de Hidrocarburos. Art. 3, inciso tercero.

• ⁸⁷ Íbidem Art. 11.

• ⁸⁸ Íbidem. Art. 18-D.

• ⁸⁹ Íbidem. Art. 18-E.

- Programas de trabajo e inversiones mínimos a ser ejecutados;
- Monto de las inversiones a ejecutarse;
- Pago de las obligaciones tributarias de conformidad con la Ley;
- Garantías de la empresa seleccionada para con PETROECUADOR;
- Órganos directivos de administración y fiscalización del contrato;
- La facultad de inspección y control y las demás que consten en los documentos precontractuales de la licitación aprobada para el efecto.

Asimismo, el contrato para la ejecución de actividades hidrocarburíferas deberá ser inscrito en Registro de Hidrocarburos, el cual se encuentra bajo responsabilidad de la Secretaría de Hidrocarburos.⁹⁰ Asimismo antes de inscribir el contrato, el consorcio rendirá una garantía en dinero efectivo, en bonos del Estado o en otra forma satisfactoria, equivalente al veinte por ciento de las inversiones que se comprometa a realizar durante el período de exploración. Esta garantía se hará efectiva en caso de incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones estipuladas para este período.⁹¹ Además, conforme el artículo 74 numeral 12 de la Ley de Hidrocarburos, el Ministerio de Recursos No Renovables está facultado para declarar la caducidad de los contratos, si el contratista se retirare de un consorcio, o se separare uno de sus miembros, sin autorización de esa entidad pública.

• ⁹⁰ Ley de Hidrocarburos. Art. 12.

• ⁹¹ Íbidem. Art. 27.

3. CAPÍTULO III

ALCANCES Y LIMITACIONES DEL CONTRATO DE CONSORCIO

3.1. Motivos de asociación

En primer lugar, la creación de una empresa indudablemente significa un costo de oportunidad para la persona que decide arrancar con un determinado negocio, ya sea de manera individual o conjuntamente con otros. El costo de oportunidad se entiende como “el valor de la alternativa deseada por la alternativa elegida, en el mejor uso alternativo de los recursos”.⁹²

Por ejemplo, un empresario que decide invertir sus ahorros en la apertura de un restaurante deberá incurrir en gastos de arrendamiento del local, equipamiento de la cocina, decoración del lugar, contratar cocineros y meseros, etcétera, en lugar de invertir su dinero en una póliza a plazo fijo; dichos intereses que deja de percibir constituyen el costo de oportunidad para ese empresario, dado que prefiere empezar con su negocio dejando a un lado cualquier otro tipo de inversión que haya tenido como alternativa en un inicio y decide hacerlo pues espera obtener mayores ganancias que en la póliza.

El desempeño, aprendizaje, esfuerzo y división de trabajo permiten el crecimiento de los agentes económicos, de tal manera que cada empresa se especializa en determinadas actividades productivas, generando así bienes y/o servicios de calidad, pero no destinados a satisfacer necesidades personales o al menos no se restringen a eso, sino que son producidos para intercambiarlos con otras empresas, creándose así una mutua dependencia empresarial y por ende, la decisión de un agente económico puede tener efectos sobre terceros.

De lo anterior y dadas las condiciones de la economía actual, a modo de estrategia muchos empresarios acuden a la figura contractual del consorcio, para que mediante coordinación

• ⁹² ROSALES OBANDO, José. Elementos de Microeconomía. San José, EUNED, 1994. Pág. 81.

se realice el proceso productivo de manera conjunta y adecuada, reduciendo costes y que logrando generar el mayor valor añadido posible a los bienes y/o servicios producidos.⁹³

Las empresas que pretenden asociarse temporalmente hacen un análisis detenido sobre los atributos potenciales de los miembros del consorcio y además del intercambio de conocimientos y capacidades entre ellos que se espera con el acuerdo. Es importante que el aporte de cada consorciado sea diferenciable con el resto, pues una duplicidad de competencias entre miembros no sería conveniente. Adicionalmente, los potenciales empresarios consorciados deben discutir sobre la planificación del consorcio, las facultades del administrador y demás órganos internos y sobre métodos de solución de conflictos que puedan ocurrir durante la operatividad del acuerdo.

De tal forma que una empresa busca complementar su cadena de valor con aquellas competencias con las que cuentan otros empresarios. En general, para que un contrato de consorcio prospere debe existir un clima de confianza entre sus miembros que permita mantener el acuerdo durante el tiempo suficiente para obtener los resultados esperados por todos y que consiga el descubrimiento de nuevas capacidades y por ende nuevas oportunidades para los miembros del consorcio.

De manera amplia, el proceso de aprendizaje es fundamental para el crecimiento y desarrollo de una empresa. Lo mismo sucede en un consorcio, pues producto de la sinergia cada uno adquiere nuevos conocimientos sobre condiciones y características del mercado, desarrollo tecnológico, al igual que políticas de calidad de procesos, manejo del talento humano y optimización de recursos, entre otros. La incorporación de estas nuevas habilidades en la gestión de cada una de las empresas se reflejan en la mejora de la eficiencia y productividad del consorcio.

3.2. Ventajas del consorcio

El consorcio empresarial sin duda es un instrumento jurídico de gran utilidad en el campo económico por lo cual este contrato es ampliamente utilizado alrededor del mundo. Un caso de gran relevancia se puede observar con el consorcio Airbus Industries, que se

• ⁹³ ROBERTS, John. La Empresa Moderna: Organización, Estrategia y Resultados. Madrid, Ed. Antoni Bosch, 2006. Pág. 66.

•

dedica a la fabricación de aviones, caracterizados por su gran tamaño y la tecnología de punta con la que cuenta. “En este consorcio, cuatro empresas producen diferentes partes de un avión: Deutche Airbus (Alemania) se encarga del fuselaje, British Aerospace (Inglaterra) fabrica las alas, French Aerospatiale (Francia) es la responsable de la cabina y Construcciones Aeronáuticas (España) fabrica la cola de avión.”⁹⁴

Partiendo de las consideraciones anteriores, en caso de que el consorcio sea manejado responsablemente, que sus integrantes cumplan las obligaciones pactadas en el contrato y sobre todo que exista confianza entre sus miembros, permite que este acuerdo pueda alcanzar objetivos cada vez mayores.

3.2.1. Autonomía de sus miembros

Sin duda, esta es una característica del contrato de consorcio que despierta interés en empresarios que deciden asociarse con otros para desarrollar proyectos de manera conjunta u organizarse entre sí para alcanzar determinados fines dentro de la actividad económica. Este contrato cada miembro mantiene su autonomía e independencia jurídica y por tanto aparece como opción para quienes no se ven interesados en formar una nueva compañía.

En nuestro país, el proceso de constitución de una compañía debe cumplir varias formalidades para que surta efectos legales. Primero, los socios obligatoriamente deben abrir una cuenta de integración de capital en una institución financiera del país; después el contrato debe celebrarse mediante escritura pública, la cual debe ingresar para su revisión en la Superintendencia de Compañías y en caso de que el estatuto social no se contraponga con la legislación ecuatoriana, ese organismo de control emite una resolución de aprobación. De conformidad con lo ordenado por dicha resolución, se debe publicar por una vez un extracto de la misma en un diario de circulación en el domicilio de la compañía y se debe sentar la razón de la resolución de aprobación en la Notaria Pública donde se celebró el instrumento de constitución. Finalmente, esta escritura debe ser inscrita en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad, fecha desde la cual tiene vida jurídica.

• ⁹⁴ MIHAESCU, Olga; RIALP, Alex; RIALP, Josep. La internalización de la empresa española en los nuevos estados miembros de la UE: Guía Práctica. Barcelona, Centro de Economía Industrial, 2005. Pág. 43.

Como se observa, el consorcio al ser un contrato consensual, se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades de las partes y no se ve sujeto al cumplimiento de formalidades como ocurre con el contrato de sociedad, tal como se mencionó brevemente en el párrafo anterior.

Ahora en el campo económico, la autonomía empresarial y patrimonial de los consorciados permite una flexibilidad operativa pues cada uno puede utilizar todos sus recursos para desarrollar una determinada fase del proceso productivo del consorcio, y a su vez no se ven limitados en su gestión de manera individual.

3.2.2. Concentración de recursos y capacidades

A pesar de que no sea requisito necesario el aporte de capital de los miembros para formar un fondo común operativo, en el mayor número de consorcios, cada miembro aporta con parte de sus activos, para ser utilizados en el proceso productivo de bienes y/o servicios por parte del consorcio; no obstante, dichos aportes se mantienen en propiedad de cada uno de los consorciados.

A diferencia de la sociedad mercantil, el consorcio no cuenta con un patrimonio autónomo, pero en cambio su estructura flexible permite una concentración de recursos cognoscitivos, financieros, técnicos y de talento humano, que en caso de ser organizados correctamente pueden ser de gran provecho para el acuerdo empresarial.

Principalmente en sectores económicos caracterizados por los continuos avances tecnológicos, tales como: informática, telecomunicaciones, industria farmacéutica, pero sin limitarse a aquellos, la concentración y transferencia de *know-how* promueve una innovación industrial acelerada, pues acorta o elimina tiempos requeridos para el desarrollo del conocimiento de cada empresa, con respecto a todas las fases del proceso productivo de una determinada actividad económica.

El término *know-how* ha recibido diferentes definiciones pero todas guardan similitud entre ellas, por eso vale decir que se refiere al conjunto de conocimientos, ideas y técnicas desarrolladas por una empresa, por tanto no son de dominio público, que les sitúa en una condición de ventaja frente a sus competidores, pues son necesarios para la fabricación y/o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización

de una unidad empresarial; el know-how pertenece al patrimonio de las empresas, quienes cuidan su confidencialidad. Por lo tanto, para este tipo de acuerdos se requiere una gran confianza entre empresarios consorciados para que cada uno aporte con sus conocimientos y no vaya a darse el caso que simplemente ocurra una fuga de información.

3.2.3. Aprendizaje

La asociación temporal de dos o más empresarios lógicamente involucra un proceso de adaptación entre ellos a las distintas políticas empresariales, pues dentro de sus aportes en la actividad de la alianza empresarial, cada uno procederá conforme sus conocimientos, capacidades y experiencia en el mercado, pero es preciso armonizarlas para lograr una estructura organizacional que permita alcanzar aquellos fines por los cuales se creó el consorcio.

Para viabilizar esta organización del consorcio, deben existir canales de comunicación adecuados que permitan una transferencia de información entre los consorciados durante toda la etapa productiva, desde la selección de materia prima hasta la distribución y comercialización de los productos, dependiendo los objetivos propios del contrato empresarial. Una comunicación continua y transparente entre sus miembros genera confianza y por ende acelera el interacción dinámica de los conocimientos tácito y explícito.

El conocimiento tácito “está asociado al factor trabajo y cuenta con elementos técnicos y cognoscitivos del tipo de experiencia práctica, habilidades y calificaciones difíciles de detallar”⁹⁵, de tal manera que radica en el contexto personal de los administradores y empleados de cada empresa. Por otro lado, el conocimiento explícito se refiere a aquel susceptible de transmitirse a otros mediante un lenguaje formal y sistemático. Sin embargo, puede darse un proceso de conversión de conocimiento que consiste en la

• ⁹⁵ LLADÓS, Joseph. Análisis de la economía española: Hacia un nuevo modelo de crecimiento. Barcelona, Editorial UOC. 2005. Pág. 106.

socialización de los dos tipos de conocimiento a través del diálogo y el compartir experiencias entre los empresarios.⁹⁶

En definitiva, la organización consorcial no debe limitarse únicamente a reunir empresarios con recursos y capacidades de gran importancia dentro de la cadena de valor, sino que es fundamental el aprendizaje mutuo que permita retener dichos conocimientos y así adecuarlos a la gestión a nivel interno y externo de cada una de las empresas.

3.2.4. Reducción de costes

De lo anterior, el consorcio reúne las capacidades y recursos de todas las empresas partícipes las cuales son aprovechadas para el desarrollo del objeto del contrato y en definitiva sirven para el proceso productivo del grupo.

La cadena de valor se ve beneficiada de esta asociación empresarial pues tiende a reducir los costos de producción debido a que cada uno se dedica a la fase productiva que se encuentra en el ámbito de su experticia, de tal manera que aumenta la eficiencia de los procesos y coloca al grupo en una situación competitiva favorable frente al resto de competidores.

La coordinación de actividades, recursos y capacidades complementarias en un consorcio empresarial posibilita a economías de escala, producto de la disminución de costes. Además, esta cooperación evita costes individuales de proyectos de investigación y desarrollo al igual que detiene la adquisición innecesaria de activos, ya que existe esta complementariedad de recursos entre todos los consorciados.

3.2.5. Riesgo compartido

Tanto en el consorcio privado como en cualquier otro contrato que implique compartir riesgos para ejecutar un proyecto determinado, es necesario tener claramente definido lo que se pretende lograr, es decir, aspiraciones y presunciones de las partes. En el caso del consorcio, los objetivos individuales de los miembros son coincidentes entre sí y por tanto

• ⁹⁶ CALDERÓN HERNÁNDEZ, Gregorio y CASTANO DUQUE, Germán. Investigación en Administración en América Latina: Evolución y Resultados. Manizales. Universidad Nacional de Colombia, 2006. Pág. 389

éstos se convierten en el objeto del contrato el cual queda plasmado en el instrumento mediante el cual se celebre el acuerdo. Compartir riesgos incentiva la cooperación empresarial pues fomenta el esfuerzo de las partes para alcanzar propósitos que resultarían muy difíciles o imposibles de alcanzar de manera aislada.

Por ejemplo, un contrato con el Estado para la construcción de carreteras de varios cientos de kilómetros, es una obra que ninguna o muy pocas compañías se encuentran en la capacidad de realizar de manera individual y además el riesgo grande que implica dicho proyecto podría frenar la decisión de sus administradores en participar en esa licitación. Pero si la propuesta a dicho proyecto es presentada por un grupo de empresarios que se dedican a dicha actividad económica, sí les puede resultar atractivo al considerar que el riesgo se compartiría entre todos. Adicionalmente, las empresas que ejecutan eficientemente este tipo de proyectos, ganan reconocimiento en el mercado sin dejar a lado los buenos beneficios económicos que reportan los consorciados.

Lo propio sucede cuando empresas buscan ingresar en mercados nuevos o extranjeros. Su buen desempeño se ve condicionado por diferentes factores, entre ellos, conocimiento del comportamiento del mercado y las trabas que puedan encontrar en competidores que ya están relativamente consolidados. Para estos fines se constituyen los consorcios de exportación, en los que generalmente se asocian empresas con buena capacidad productiva con empresas que tienen experiencia en ese nuevo mercado, que tienen experiencia en exportación y en negociaciones con clientes del lugar de destino. El compartir los riesgos hace atractivo al proyecto pues ninguno de los empresarios estarían interesados en asumir todo el riesgo por sí solos.

Los ejemplos mencionados anteriormente son una clara muestra de la economía cambiante que se vive en la actualidad, pues durante esta etapa de globalización se ha evidenciado cómo las decisiones de una empresa pueden traer impactos y consecuencias a un gran número de empresas y en definitiva, afectar a muchos países alrededor del mundo, tal como ocurrió en la última crisis financiera del año 2008. Esta alta volatilidad del mercado indudablemente incrementa los riesgos en todos los ámbitos de la economía, por lo cual la cooperación es una buena alternativa para compartir y dispersar riesgos en proyectos de gran magnitud.

3.2.6. Mejorar la satisfacción del usuario

Primeramente vale aclarar los conceptos de cliente, consumidor, proveedor y usuario que muchas veces son utilizados en los ámbitos jurídico y comercial como sinónimos. Cliente se refiere a aquel que compra los productos de la empresa para distintos fines como insumos para nuevos procesos productivos o para distribución y comercialización, etcétera, es decir puede ser o no el usuario final; además gracias a los clientes hay flujo de capitales y la empresa mantiene su liquidez. Por otro lado, consumidor es aquel destinatario final de los bienes y/o servicios producidos, quien los adquiere para uso personal.⁹⁷

Ahora bien, la Constitución de la República del Ecuador, en su capítulo II, título II, sección novena, garantiza los derechos de usuarios y consumidores, refiriéndose a ellos indistintamente, que entre otros tienen “derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características.”⁹⁸ Además, el mismo artículo señala que la ley determinará mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de sus derechos.

Sin embargo, el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, dentro de la definición de términos, diferencia los conceptos de consumidor y proveedor, como se aprecia a continuación:

“Proveedor.- Toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes, así como prestación de servicios a consumidores, por lo que se cobre precio o tarifa. Esta definición incluye a quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción o transformación, así como a quienes presten servicios públicos por delegación o concesión.

Consumidor.- Toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello. Cuando la presente ley mencione al Consumidor, dicha denominación incluirá al Usuario.”⁹⁹

Revisado lo anterior se observa similitud en las definiciones de cliente y proveedor, entendido como aquel que adquiere bienes o servicios para integrarlos en procesos

• ⁹⁷ FERRÉ TRENZANO, José María y FERRÉ NADAL, Jordi. La conducta del consumidor y del cliente. Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 1997. Pág. 2.

• ⁹⁸ Constitución de la República del Ecuador. Art. 52.

• ⁹⁹ Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Art. 2.

productivos. Por su parte, se asemejan los términos de consumidor y usuario entendidos como aquel destinatario final de bienes o servicios.

“Las empresas actuales son concientes de que conseguir la satisfacción de sus clientes es una de sus prioridades, y prueba de ello es el creciente interés de las mismas por realizar estudios que permitan medir de una forma precisa el nivel de satisfacción y que proporcionen datos fiables sobre los que se puedan tomar decisiones de gestión y controlar las mejoras en el rendimiento.”¹⁰⁰

En el caso del consorcio, sus integrantes, haciendo uso de la información del mercado que cada uno posee o sino a través de un estudio de marketing, pueden obtener datos del mercado que les permitan identificar necesidades de sus proveedores y usuarios, su comportamiento y las condiciones del mercado en el que van a incursionar de manera conjunta.

En definitiva, el consorcio, al contar con miembros capaces de detectar las necesidades tanto de proveedores como usuarios, tiene la capacidad de formular estrategias más efectivas, desarrollar nuevos productos, identificar competidores, implantar mejores estrategias de marketing, dirigidas a la creación de valor al cliente, permitiéndole así incrementar su poder de mercado.

3.2.7. Mejora la competitividad

La competitividad es un elemento fundamental para el crecimiento empresarial, aún mas en la economía actual con mercados llenos de competidores a todo nivel que buscan posicionarse en el mercado. En muchos casos, la competitividad se logra a través de la diferenciación del producto y la reducción de los costos de producción.

Esta ventaja del consorcio del mejoramiento de la competitividad de la organización y de sus miembros en general, se ve íntimamente relacionado con otras ventajas que trae consigo el consorcio, como son la concentración de recursos y el proceso de aprendizaje mutuo de sus miembros. Este contrato abre la posibilidad de concentrar todas las etapas del

• ¹⁰⁰ SETÓ PAMIES, Dolors. De la calidad de servicio a la fidelidad del cliente. Madrid, ESIC Editorial. 2004. Pág. 53.

proceso productivo y en ciertos casos controlar toda la cadena de comercialización, que definitivamente lo coloca en una buena situación en el mercado.

El funcionamiento del acuerdo empresarial le permite contar con un talento humano altamente calificado, estar bien relacionado con distintos proveedores y clientes, acceso a conocimientos tecnológicos, productivos y de marketing. Consecuentemente, el consorcio mejora su eficiencia productiva y tiene ventajas competitivas para realizar proyectos nuevos y de gran magnitud, que no fuera posible sin la cooperación activa de todos sus miembros.

Estas agrupaciones se forman para diferentes fines y en distintos ámbitos dependiendo las condiciones y necesidades de la economía de un país; en el caso ecuatoriano es destacable la gestión de los consorcios de exportación formados entre empresas florícolas, un sector donde la mano de obra representa aproximadamente un 45% de los costos de producción, es decir, un negocio que genera muchos puestos de empleo, especialmente alrededor de las plantaciones ubicadas en sectores rurales. Además se caracteriza porque la mayoría de sus trabajadores son jóvenes de un promedio de 24 años y un 60% de ellos son mujeres.¹⁰¹

Los productores y exportadores de flores han encontrado en los consorcios privados una alternativa jurídica, válida y eficiente para desarrollar proyectos que mejoren la competitividad de todos y cada uno de sus miembros. Más de cuatrocientos exportadores entre pequeñas y medianas empresas, altos costos de producción y dificultades de ingreso del producto a nuevos mercados, entre otros, fueron factores determinantes para que floricultores conformen consorcios a fin de aunar esfuerzos para mejorar su competitividad.¹⁰²

Los consorcios florícolas han permitido organizar dicha actividad económica que incluye la compra de insumos, producción, distribución y comercialización, a nivel nacional e internacional. Además es una herramienta útil para la investigación y desarrollo del sector como obtenciones vegetales; incluso han creado marcas comunes. Por ejemplo, el caso de la marca “Ecuador” ha logrado que contactos comerciales a nivel mundial busquen entablar negocios con dicha marca, de esta forma no se beneficia una empresa en particular, sino todos al ser miembros de la asociación, que pueden participar de manera

• ¹⁰¹ CEVALLOS, Bolívar. Op. Cit. Pág. 100.

• ¹⁰² *Íbidem*.

igualitaria, sobre todo en ferias internacionales. De igual forma se pueden encontrar marcas como “Ecuador Spirit” y “Ecuador Empaidar” que han traído consigo una mejora en los precios de comercialización, aumentando los ingresos las empresas hasta en un 50%. Por otro lado, el consorcio florícola Dimacor busca alcanzar economías de escala, seguridad de abastecimiento, posicionamiento en el mercado, entre otros. Asimismo, se plantean objetivos como la producción de plantas orgánicas, alternativas de producción con aplicación de tecnologías limpias, unir potencialidades y reducir costos de importación de insumos. Lo antes expuesto, nos permite entender la importancia de una organización empresarial bajo unidad de dirección para alcanzar mayores niveles de competitividad.¹⁰³

3.2.8. Desarrollo de nuevas estrategias

Los directivos de una empresa juegan un rol muy importante en el desempeño de la misma, pues tienen injerencia directa en el proceso de toma de decisiones como en los resultados.¹⁰⁴ En un consorcio, las decisiones también dependen de la relación de confianza que exista entre todos sus integrantes. Considerando la particularidad de este contrato donde sus miembros persiguen objetivos afines entre sí, puede ser un factor que facilite el diseño e implementación de estrategias de la agrupación.

La integración en el proceso productivo entre varias empresas permite al consorcio el acceso a información valiosa, que puede ser decisiva al momento de planificar la organización estratégica de la asociación, así como dispersar riesgos y consecuentemente plantearse objetivos cada vez más grandes. En definitiva, la agrupación empresarial acordada mediante un contrato de consorcio no es una estrategia en sí misma, sino un medio para alcanzar la estrategia empresarial común a los miembros.

3.2.9. Nuevas oportunidades

La obtención de sinergias gracias a la cooperación que se da en un contrato de consorcio, incrementa las capacidades del grupo y le abre el campo a nuevas posibilidades, sin

• ¹⁰³ CEVALLOS, Bolívar. Op. Cit. Pág. 100.

• ¹⁰⁴ FALCONÍ, Fander y OLEAS MONTALVO, Julio, compiladores. Economía ecuatoriana. Antología. Quito, Flacso-Ecuador, 2004. Pág. 18.

necesidad de incorporar y desarrollar nuevos recursos y habilidades de manera separada por cada empresa, sino que estos conocimientos se comparten y se vuelven comunes a la organización. Estos beneficios del consorcio frente a otros competidores facilitan la entrada a nuevos mercados, la ejecución de nuevos negocios y el desarrollo de proyectos de gran envergadura.

La asociación empresarial permite alcanzar la dimensión óptima al consorcio privado para realizar proyectos de gran magnitud, sin que eso implique un incremento no justificado de su tamaño, pues evita la duplicidad de esfuerzos en el proceso productivo, que es compartido por todos sus miembros, y permite a empresas con pocos recursos el hacer frente a proyectos que, por su magnitud o coste, difícilmente podrían lograrse de manera individual.

Un consorcio empresarial resulta de gran utilidad sobre todo al momento de ingresar en mercados extranjeros, donde un acuerdo de cooperación con compañías locales permitiría conocer y enfrentar problemas en cuanto a la cultura, idioma, costumbres y cuestiones sobre el comportamiento de clientes del lugar donde se pretende iniciar una actividad económica.

Las empresas que deciden formar un consorcio pueden tener nuevas oportunidades de negocios gracias al apoyo estatal, tal como sucede en algunos países como Argentina, donde el Poder Ejecutivo puede establecer beneficios dentro del Presupuesto General del Estado, tendientes a promover la conformación de consorcios y en especial aquellos creados para actividades de exportación.¹⁰⁵ De igual manera, esta iniciativa se prevé en la legislación uruguaya, donde se dispone que los Ministerios competentes prestarán las medidas necesarias para colaborar y facilitar al máximo para el cumplimiento de los fines de los consorcios de exportación.¹⁰⁶

3.2.10. Alcanzar economías de escala

La unión de capacidades y esfuerzos de los consorciados aporta a la consecución de sus objetivos comunes de una manera óptima gracias a una buena organización de todos los recursos y conocimientos que poseen todos sus miembros. Por este motivo este contrato de

• ¹⁰⁵ Ley No. 26005 - Argentina. Art. 12.

• ¹⁰⁶ Ley No. 18323 - Uruguay. Art. 11.

colaboración empresarial aumenta el tamaño de producción empresarial lo cual puede generar una economía de escala, es decir, reducir los costos unitarios de producción conforme aumenta el número de unidades producidas.

La especialización, la división del trabajo y la implementación de nuevas tecnologías son factores que hacen factible una economía de escala. La cadena productiva se subdivide entre todos los empresarios participantes del consorcio, de acuerdo a su especialización y recursos de forma tal que la gestión se vuelve más eficiente, se mejoran y renuevan las tecnologías aplicadas, dando lugar al aumento de los volúmenes de producción, se amplía el mercado; y, por ende, los costes productivos por unidad se reducen.

La economía de escala generada por la cooperación empresarial alcanzada a través del consorcio trae como beneficios la obtención de materias primas a costos más convenientes, la disminución de costos de comercialización y el financiamiento de proyectos de investigación y desarrollo, que en definitiva producen mejoras cuantitativas y cualitativas al desempeño del grupo.¹⁰⁷

3.2.11. Buena reputación empresarial

La reputación empresarial es la imagen y opinión que genera en la sociedad una empresa o un grupo, en este caso el consorcio privado. Es un elemento que puede influenciar en el éxito de un negocio, a pesar de que sea difícil de medir, pues es de carácter intangible, por lo cual es necesario analizar la información y conocimiento que se tenga al respecto para que se pueda medir y valorar.

En términos generales, la reputación empresarial puede deberse a diversas variables, tales como la ética directiva, calidad de bienes y/o servicios ofertados, el trato al consumidor y los beneficios que gozan los administradores y empleados que prestan sus servicios en la empresa, campañas publicitarias, programas sociales, etcétera.¹⁰⁸

Cuando una empresa está inmersa en una alianza estratégica al ser parte de un consorcio privado y su desempeño cooperativo es considerado de forma positiva, esa consideración

• ¹⁰⁷ AVILA Y LUGO, José. Introducción a la Economía. México, Plaza y Valdes Editores. 2004. Pág. 156.

• ¹⁰⁸ MARTÍN DE CASTRO, Gregorio. Reputación Empresarial y Ventaja Competitiva. Madrid, Esic editorial. 2008. Pág. 54.

se va divulga poco a poco en el resto de la sociedad lo cual genera una buena opinión al respecto de la organización y en definitiva, mejora su reputación empresarial.

Una buena reputación empresarial permite un mejor posicionamiento del consorcio en el mercado gracias a que los clientes y consumidores que ya han trabajado con el grupo empresarial les interesará mantenerse con ellos y todos aquellos que no han comprado o utilizado los productos que éste ofrece, podrían guiarse por la buena imagen de la organización y decidirse en entablar negocios con el consorcio privado.

3.2.12. Potenciar Pequeñas y Medianas Empresas

Un claro ejemplo de esta ventaja que presenta el consorcio privado se lo puede observar en la realidad ecuatoriana, concretamente el caso de los floricultores, organizados en alrededor de setecientas medianas empresas. Primeramente, el sector florícola, gracias a las condiciones geográficas y climáticas del país, es uno de los ejes más importantes de nuestra economía y por ende se encuentra dentro de los principales productos de exportación nacional y se ubica en el tercer puesto de exportadores de flores a nivel mundial y primero en la exportación de rosas y de la variedad gypsophilia.¹⁰⁹

La experiencia de floricultores exportadores, que se dieron cuenta de lo difícil de entrar en un nuevo mercado por la falta de experticia y sobre todo por los grandes competidores a los que se enfrentaban, motivaron para que empresarios de este sector económico emprendan consorcios que les permita lograr una mejor organización, coordinación y desempeño en todo el proceso productivo, desde el cultivo de las flores hasta su etapa de negociación y venta en el exterior, en especial a Estados Unidos, Rusia, Holanda y el resto de Europa.

En una primera etapa, esta alianza se vio enfocada hacia el marketing en ferias y exhibiciones, donde se arrancó con la idea de presentar un solo stand que reúna a las diversas empresas floricultoras y promocionar la marca “Ecuador”. Ello beneficia a todos sus miembros puesto que permite una adecuada distribución de costos y gastos, que en caso de hacerlo de manera individual resultarían muy elevados. Inclusive, la presentación como un solo grupo de exportadores les da más presencia frente a los consumidores y en consecuencia gozan de mejores condiciones para negociar con nuevos socios comerciales extranjeros.

• ¹⁰⁹ CORPEL. Internet. <http://www.ecuadorexporta.org/contenido.ks?seccionId=702>. Acceso: 02-XII-10.

Los consorcios de exportación de flores han servido para que pequeñas y medianas empresas ingresen a mercados extranjeros, aumenten su capacidad productiva, se especialicen en las diferentes etapas de producción y comercialización, reduzcan costos en la adquisición de insumos y en todo el proceso productivo en general, todo esto enmarcado dentro de políticas de responsabilidad ambiental y social.¹¹⁰

En el año 2007, el 90% de la producción de flores en el Ecuador fue destinada a la exportación, porcentaje del cual el 72% corresponde a Estados Unidos, 9,77% a Rusia, el 6,70% a Holanda y el resto a más de 50 países. Además, el sector floricultor crece alrededor del 12% cada año y su volumen de exportaciones creció de US\$ 59 millones en 1994 a US\$ 565 millones en 2008.¹¹¹

3.2.13. No está sujeto al cumplimiento de formalidades

El consorcio empresarial es un acuerdo de naturaleza consensual que se celebra entre sujetos de derecho privado y por tanto no está sujeto al cumplimiento de formalidades para su perfeccionamiento, a diferencia de otros de carácter empresarial, tal como sucede con el contrato de sociedad, el cual tiene vida jurídica a partir de su inscripción en el Registro Mercantil del domicilio de la compañía.¹¹²

Sin embargo, en países como Argentina, se exige a este tipo de asociaciones cumplir con ciertos requisitos, que se van en contra de la naturaleza consensual del consorcio. En el año 2005, en la legislación argentina se introdujo la figura de los consorcios de cooperación a través de la expedición de la Ley 26005, esto respondiendo a la importancia de este contrato en el giro mercantil de esa nación, pero desafortunadamente el legislador cayó en el grave error de exigir la inscripción obligatoria del contrato en el Registro público de Comercio, y en caso de no hacerlo, se considera al consorcio como una sociedad de hecho.

Esta disposición contenida en el artículo 6 de la Ley de Consorcios de Cooperación ha causado gran discusión entre tratadistas argentinos pues critican esta especie de sanción que se impone a los consorcios que por falta de inscripción en el Registro de Comercio se les asigna la categoría de sociedad de hecho, debido a que en dicha legislación la sociedad

• ¹¹⁰ CEVALLOS, Bolívar. Op. Cit. Pág. 103.

• ¹¹¹ <http://www.ecuadorexporta.org/contenido.ks?seccionId=702>. Acceso: 02-XII-10.

• ¹¹² Ley de Compañías. Art. 96.

de hecho es entendida como un sujeto de derechos. De tal forma, que la sanción impuesta en la ley, podría reconocer personería jurídica a un consorcio, contradiciendo su naturaleza netamente contractual.

3.3. Limitaciones del consorcio

3.3.1. Inseguridad jurídica

Para hablar de esta limitación actual del consorcio es imprescindible partir de la acepción de seguridad jurídica, por lo cual se acude a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, como se señala a continuación:

“El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribiera cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado. Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica, lo que ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas; de la existencia de normas que atenten directamente contra la seguridad jurídica y que nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica, ya que esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo.”¹¹³

El consorcio privado es un acuerdo de cooperación empresarial que se halla dentro de la categoría de los contratos innominados, puesto que no se encuentra regulado en ninguna norma de la legislación ecuatoriana, solamente existen ciertas disposiciones que hacen una referencia breve sobre dicha figura en materia tributaria y de contratación pública.

• ¹¹³ Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 11. Página 3428.

El consorcio radica en la una organización de dos o más empresarios afines al ejercicio de una actividad económica, con miras a alcanzar fines que son coincidentes entre sus miembros. Naturalmente, el objeto del consorcio privado y su falta de normativa pertinente pueden dar lugar a confusiones con otros contratos que igualmente se celebren con motivos de cooperación empresarial, tales como la asociación en cuentas de participación e incluso en algunos casos se las asimile a sociedades irregulares y sociedades de hecho. Por su parte, el joint venture es un contrato de origen anglosajón que muchos autores lo equiparan al consorcio, cuyas características y similitudes entre ambas figuras se analizará más adelante.

Además, la falta de normativa abre las puertas a que empresarios al momento de hacer uso de este contrato, lo redacten de tal forma que éste deje de contar con las características propias de un consorcio y consecuentemente adopte la forma de otro tipo de contrato; por lo cual frente a un contrato de consorcio es importante revisar su contenido para verificar si en realidad se trata de este modo de organización empresarial o de algún otro tipo de contrato. El Código Civil prevé las reglas de interpretación de los contratos y empieza señalando que se estará a la intención de los contratantes más que a lo literal de las palabras.¹¹⁴ Además, el artículo 1578 del mismo cuerpo legal señala que si no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato.

Es común en nuestro país que compañías de responsabilidad limitada, lleven en su denominación la palabra “consorcio”, a pesar de que se traten de sociedades mercantiles sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías y nada tengan que ver con un contrato de consorcio.

Resulta pertinente revisar otras normas legales, que por el texto de sus artículos, se podría decir que en el Ecuador existen dos tipos de consorcios privados, con o sin personalidad jurídica. El Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, en su artículo 30 determina:

“Art. 30.- Dedución por pagos al exterior.- Son deducibles los pagos efectuados al exterior que estén directamente relacionados con la actividad en el Ecuador y se destinen a la obtención de rentas gravadas.(...)”

• ¹¹⁴ Código Civil. Art. 1576.

Para créditos del exterior, con partes relacionadas, además se deberán cumplir las siguientes condiciones:

Para los consorcios de empresas petroleras que carecen de personalidad jurídica, serán deducibles los intereses generados por créditos del exterior, siempre que la relación entre el total del endeudamiento externo y la diferencia neta entre sus activos y pasivos consorciales no exceda del 300%. No se considerarán créditos externos los recibidos por los integrantes del consorcio, de sus casas matrices.

De igual manera, en los Modelos de Pliegos de Uso Obligatorio para Procedimientos del INCOP, en la sección III que regula las condiciones generales de contratación pública, sucede algo parecido como se aprecia a continuación:

“3.2 Participantes: (...) Cuando exista un compromiso de asociación o consorcio, para la participación en este tipo de procedimiento, se designará un Procurador Común de entre ellos, que actuará a nombre de los comprometidos. En caso de ser adjudicados, los comprometidos deberán constituirse en asociación o consorcio e inscribir tal persona jurídica en el RUP, previa la firma del contrato, dentro del término previsto para la firma del mismo. (...)”

Este problema también se ha suscitado en Venezuela, país que tampoco cuenta con una legislación clara y unívoca sobre los consorcios empresariales. Algunos autores sostienen que en su ordenamiento jurídico existe un connotado reconocimiento legal de la personalidad jurídica del consorcio.¹¹⁵ Este criterio se fundamenta por lo dispuesto en el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación, que en su artículo 2 dispone:

“Artículo 2. A los efectos de la aplicación del presente Reglamento, se entiende por:

11. Consorcio: entidad económica, con o sin personalidad jurídica, conformada por dos o más empresas y creada mediante un contrato, con el fin de ejecutar uno o más proyectos relacionados con actividades u operaciones que forman parte del ramo de actividad de sus integrantes, independientemente de la forma que dicha entidad económica revista”

• ¹¹⁵ Rincón, Heli Saúl. La personalidad jurídica del consorcio en Venezuela. *Comercium et tributum*, Revista Electrónica Arbitrada. Volúmen I, 2008. Pág. 7. Internet. <http://publicaciones.urbe.edu/index.php/comercium/search/authors/view?firstName=Heli%20Saúl&middleName=&lastName=Rincón&affiliation=Universidad%20Rafael%20Belloso%20Chac%C3%ADn-%20Venezuela.&country=VE> . Acceso: 10-XI-11.

Asimismo por lo dispuesto por la Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones, que determina:

“Artículo 20: Condiciones subjetivas de los licitantes. Podrán participar en los procesos de licitación todas las personas jurídicas, consorcios asociaciones temporales nacionales o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar y de acreditar su solvencia económica, financiera, técnica y profesional, y cumplan los requisitos establecidos en este Decreto Ley, su reglamento y el pliego de condiciones diseñado en cada proceso.”

3.3.2. Representación legal, judicial y extrajudicial

La representación legal se refiere a la capacidad de una persona de actuar en nombre de otra que no puede obligarse por sí misma, cuyos actos gozan de validez y por ende producen efectos jurídicos; dicha gestión debe ser desempeñada de conformidad con el ordenamiento jurídico.

En la sociedad mercantil, su representante legal es nombrado por acuerdo de la junta general de socios o accionistas y su denominación responde a lo establecido en el estatuto social de la compañía, ya sea Presidente, Gerente General, Director Ejecutivo, etcétera. Este nombramiento se entenderá válido desde su inscripción en el Registro Mercantil correspondiente y a falta de éste en el Registro de la Propiedad.

En la práctica, el directorio, un cuerpo colegiado formado por los representantes de todos y cada uno de sus miembros, dentro de sus facultades es el encargado de nombrar al administrador del consorcio, quien dirige la gestión operativa de sus miembros con miras al cumplimiento de los objetivos trazados por a agrupación temporal. Sin embargo, no asume la representación legal del consorcio pues éste carece personalidad jurídica, condición necesaria para ser representada legalmente por un tercero; criterio expresado por la Comisión Nacional de Televisión de Colombia en una de sus resoluciones.¹¹⁶

De lo anterior, el consorcio no cuenta con un representante legal de la entidad en sí, sino una persona que representa los intereses de todos sus integrantes, por lo cual se acude a las figuras de apoderado, procurador común y/o procurador judicial.

• ¹¹⁶ Comisión Nacional de Televisión, Concepto 132463 de 2009. Internet. http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/concepto/cntv/2009/concepto_cntv_0132463_2009.html. Acceso 10-V-2010

3.3.2.1. *Apoderado*

El apoderado de un consorcio es aquel a cuyo favor se otorgó un poder general, atendiendo las reglas del mandato contenidas en el artículo 2020 y siguientes del Código Civil.

“Art. 2020.- Mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.”

En el consorcio, los mandantes vienen a ser los empresarios que forman el consorcio, y el mandatario es el administrador designado, que en la mayoría de casos es aquel consorciado que participa mayoritariamente en el proceso de cooperación. De igual manera, este cuerpo normativo señala las facultades naturales del mandatario en su artículo 2036, que establece:

“Art. 2036.- El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores; intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones, en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se les hayan encomendado.”

A través de este contrato, el mandatario o apoderado goza de las facultades de administración de los negocios encargados, no obstante para realizar cualquier otro acto se requiere un poder especial. El artículo 2024 del mismo cuerpo legal señala que si el negocio encomendado interesa conjuntamente al mandante y al mandatario existe un verdadero contrato de mandato, lo cual sí sucede en los consorcios, pues generalmente se nombra a uno de sus miembros como apoderado general de la asociación empresarial.

3.3.2.2. *Procurador común*

En cambio, un procurador común se nombra en procesos judiciales en los que intervienen dos o más demandantes o demandados, siempre y cuando sus derechos o excepciones no se contrapongan. Puede ser designado por el Juez a falta de iniciativa de las partes y para dicho cargo la persona nombrada no requiere ser abogado, de conformidad con el artículo 52 el Código de Procedimiento Civil. Al respecto, la jurisprudencia nacional señala que la

“procuración se limita al trámite normal de la causa; no tiene otro efecto que el que se deja de contar con las demás personas que actúan en un juicio como actoras o demandadas, cuando pasan de dos, debiendo "contarse en el juicio", como tan expresivamente dice la ley, sólo con el procurador común, y sin que puedan aceptarse peticiones de las demás, sino sólo de aquél.”¹¹⁷

3.3.2.3. *Procurador judicial*

El acceso a la justicia es un derecho constitucional consagrado en nuestra Carta Magna, en su artículo 86 y siguientes; y, es un pilar fundamental del debido proceso, pues una persona puede comparecer como parte a juicio por sus propios derechos o en representación de otra, sea natural o jurídica.¹¹⁸

La gestión del consorcio evidentemente puede generar conflictos con terceros, por lo cual esta agrupación tiene el derecho de reclamar sus derechos frente a los órganos de administración de justicia, pero lo tiene que hacer de manera debida. En el ámbito judicial es común el error en cuanto a la comparecencia de las partes dentro de un proceso judicial en el que interviene un consorcio, ya sea como actor o demandado, pues de manera equivocada se suele asumir que el administrador del consorcio es a su vez el representante legal de la agrupación y no se notifica las decisiones judiciales a todos los consorciados, considerando suficiente la comparecencia del administrador.

Por tal motivo, es común que muchos procesos no procedan por la excepción de ilegitimidad de personería del consorcio propuesta por la parte contraria. Por lo tanto, vale revisar la jurisprudencia referente a esta excepción como se observa a continuación:

“La misma doctrina enseña que la legitimación, en general, es la titularidad del derecho respecto al objeto del proceso, de donde se infiere que la legitimidad de personería es una calidad del sujeto jurídico, que determina que éste pueda actuar en un proceso por tener capacidad legal o aptitud jurídica para comparecer a juicio, así como también la de representación legal y suficiente para litigar. Legalmente, se considera que hay ilegitimidad de personería cuando comparece a juicio: a) quien por si solo no tiene capacidad para hacerlo; "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma, y sin el ministerio o la autorización de otra", según lo previsto en el artículo 1461, inciso final de la Codificación actual del Código Civil; b) quien afirma ser representante legal y no lo es;

• ¹¹⁷ Gaceta Judicial. Año LXVIII. Serie X. No. 8. Quito, 2-VII-1964. Pág. 2842.

• ¹¹⁸ Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Quito, 17-V-2001. Página 2840.

el artículo 570 del Código Civil establece quiénes representan a las personas jurídicas; c) el que afirma ser procurador y no tiene poder, situación prevista en el artículo 38 del Código Adjetivo Civil; d) el procurador cuyo poder es insuficiente; y, e) quien gestiona a nombre de otro y su actuación no ha merecido su aprobación, en el evento de que haya comparecido ofreciendo poder o ratificación.”¹¹⁹

El procurador judicial es un mandatario que comparece a juicio a nombre de otra persona; este mandato puede ser otorgado mediante escritura pública o por escrito reconocido ante el juez de la causa. El procurador judicial debe ejercer la profesión de abogado, quien esta facultado a comparecer en juicio y asistir a las juntas, audiencias y otras diligencias, en representación del mandante. El artículo 44 del Código de Procedimiento Civil determina que las facultades para transigir, comprometer el pleito en árbitros, desistir del pleito, absolver posiciones y deferir al juramento decisorio, y, recibir la cosa sobre la cual verse el litigio o tomar posesión de ella, deben ser claramente determinadas por cláusulas especiales en la procuración judicial.

Al respecto en el ámbito tributario, el Servicio de Rentas Internas al absolver una consulta con respecto a la validez que la representación legal del Consorcio SITEL recaiga sobre su Procurador Común manifestó:

“Para dar cumplimiento al Art. 111 del Código Tributario, el consorcio SITEL debe justificar la comparecencia de su representante legal o procurador, con la escritura pública de celebración del contrato de consorcio, mediante la cual se le otorga al Procurador Común la categoría de representante legal; y, con el respectivo nombramiento otorgado por el Comité de Dirección, de conformidad con la referida escritura de constitución del consorcio, sin que sea necesaria su inscripción en el Registro Mercantil.”¹²⁰

Sin embargo, en varias ocasiones el nombramiento de procurador común de consorcio ha sido objeto de inscripción en el Registro Mercantil del cantón correspondiente al domicilio del consorcio fijado en el contrato; esto debido a que los responsables de dichos registros asimilan la agrupación empresarial a una sociedad mercantil.

En definitiva, el administrador actúa a través de un mandato para ejercer todas las facultades determinadas en el mismo y también en el contrato de consorcio, pero en ningún

• ¹¹⁹ Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, No. 2. Quito, 7-VI-2006. Página 710.

• ¹²⁰ Resolución SRI No. NAC-CON-1200. Publicada en R.O. 29-VIII-2003.

•

momento puede ser el representante legal de dicha organización empresarial. En el caso de un proceso judicial, ya sea como parte activa o pasiva, el consorcio debe comparecer por medio de todos sus miembros, de manera personal y directa o sino a través de uno de ellos al nombrar un procurador común, o delegando esta facultad a un abogado mediante la procuración judicial.

3.3.3. Responsabilidad de los consorciados

La responsabilidad de los consorciados también ha sido tema de discusión por doctrinarios de la materia y su determinación varía entre uno y otro. La responsabilidad se encuentra íntimamente relacionada con la capacidad legal, que no es sino la facultad de ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo, sin el ministerio de otra persona. Esta cualidad gozan las personas naturales de manera general excepto las que determina la Ley¹²¹ como incapaces; las personas jurídicas son incapaces relativas quienes deben actuar por intermedio de su representante legal.

En el Ecuador, se puede tomar como guía el criterio expresado por la Procuraduría General del Estado, al referirse a los consorcios empresariales ha manifestado que “de conformidad con nuestra Legislación, no constituyen personas jurídicas capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones. Son sus integrantes, sean personas jurídicas o naturales, los que asumen y cumplen tales derechos y obligaciones, y han de hacerlo en forma solidaria e indivisible.”¹²²

La responsabilidad solidaria es aquella que es asumida por todos los partícipes, en este caso específico los consorciados, quienes se obligan por las operaciones realizadas y los terceros pueden cumplir y hacer cumplir sus obligaciones en relación a todos los empresarios agrupados o uno de ellos, sin que por esto pueda oponérsele el beneficio de división, conforme lo dispuesto en el Código Civil ecuatoriano en su artículo 1530.

De lo anterior se desprende las actividades propias del consorcio generan responsabilidad de obligaciones contraídas con terceros, la cual no recae sobre la organización empresarial

• ¹²¹ Código Civil. Art. 1463.

• ¹²² Criterio de la Procuraduría General del Estado dentro de la Consulta Jurídica dirigida por el Comité de Contrataciones de la Policía Nacional, publicada en la Revista Jurídica No. 5, Año 1, diciembre-enero de 1998, págs. 19-20.

como tal, pues no es un sujeto de derechos, sino que esta responsabilidad solidaria e ilimitada recae sobre todos los consorciados.¹²³

En Argentina por su parte, la Ley de consorcios de cooperación al respecto determina:

“Art. 9.- Para el caso que el contrato de constitución no fijare la proporción en que cada participante se hace responsable de las obligaciones asumidas en nombre del consorcio, de acuerdo a lo estipulado en el inc. 9º) del art. 7º, se presume la solidaridad entre sus miembros.”

De esta manera, se abre la posibilidad a los miembros de un consorcio para compartir su responsabilidad de acuerdo a porcentajes convenidos libremente, ya sean iguales o distintos entre sí, conforme su gestión y grado de cooperación de los consorciados. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico argentino, la responsabilidad solidaria de los integrantes del contrato de cooperación empresarial opera únicamente cuando dicha distribución de responsabilidad no ha sido fijada en el contrato.

Por otro lado, en Colombia la responsabilidad de los partícipes de un contrato de consorcio ha sido objeto de análisis por su Consejo de Estado, donde se determinó que los efectos y consecuencias que se desprendan de actos y contratos celebrados por un consorcio involucran a todos sus integrantes y no solo a esta agrupación de manera autónoma pues carece de capacidad legal. Asimismo, dentro de su análisis del caso, el Consejo aclaró que las medidas cautelares dirigidas en contra de uno de sus miembros no pueden ser extendidas al consorcio.¹²⁴

De igual forma la legislación colombiana prevé que “cuando se constituye un consorcio para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, los dineros depositados en nombre de sus integrantes, como anticipo para la ejecución del pacto, están exentos de cualquier medida cautelar.”¹²⁵ Esto se hizo referencia pues en el caso analizado, por una controversia con uno de los consorciados, el juez a quo erróneamente dirigió una medida cautelar sobre una cuenta de ahorros perteneciente al consorcio.

En Ecuador frente a un caso de esta naturaleza me parece que podría darse una situación similar, puesto que el desconocimiento de esta figura jurídica crea inseguridad jurídica y

• ¹²³ Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01. Sala de Casación Civil de Colombia.

• ¹²⁴ Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01. Sala de Casación Civil de Colombia. Consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. – Dicon Ltda vs. Granbanco S.A. Bancafé.

• ¹²⁵ Código de Procedimiento Civil - Colombia. Art. 684 numeral 4.

por ende confusión sobre los derechos y obligaciones de los partícipes de este contrato. De conformidad con leyes tributarias aplicables de nuestro país, el consorcio está obligado a llevar contabilidad separada de conformidad con leyes tributarias aplicables por ende dicha cuenta corriente constituye un activo del consorcio, pero éste al no contar con patrimonio autónomo se rige como una comunidad de bienes de todos sus miembros. Por lo cual, en mi opinión si se podría suscitar en nuestro país que una medida cautelar contra un consorciado dictada por un juez, termine recayendo sobre un bien de titularidad compartida con todos sus miembros, precisamente por estos vacíos legales en nuestro orden normativo.

3.3.4. Comunidad de bienes del fondo común operativo

Como se ha señalado en varias ocasiones, el consorcio es un contrato celebrado entre empresarios que no forman un nuevo ente dotado de personalidad jurídica tal como ocurre con el contrato de sociedad. De tal manera que el consorcio no es un sujeto de derechos y obligaciones y éstas recaen directamente sobre cada uno de sus integrantes, de acuerdo a lo convenido por ellos.

Se puede dar el caso que los consorciados no decidan formar este fondo operativo puesto que las actividades a las que se dediquen como organización empresarial, puedan desarrollarse de manera separada, por ejemplo, en un proyecto en el cual cada consorciado se responsabiliza por una etapa del proyecto, pero no necesariamente tengan que trabajar juntos, pero siempre bajo una organización común.

La falta de capacidad del consorcio para obligarse por sí mismo también se traduce en la ausencia de un patrimonio autónomo para solventar las inversiones, costos y gastos incurridos durante los procesos productivos realizados de manera conjunta entre los consorciados. De tal forma que los consorciados no realizan de manera obligatoria aportes de dinero o bienes para la organización empresarial, a diferencia de la sociedad mercantil donde es indispensable la formación de un capital autónomo cuya titularidad recae sobre la compañía y no sobre sus socios o accionistas.

La ausencia de un patrimonio autónomo sí podría generar problemas en cuanto a la relación del consorcio con terceros, pues como se ha visto, la responsabilidad de los actos celebrados por la organización empresarial presenta consecuencias y efectos sobre todos y

cada uno de los consorciados, quienes responden solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas; aunque como en la legislación argentina se prevé la posibilidad de que los integrantes del contrato limiten dicha responsabilidad y sea repartida de común acuerdo entre ellos, cláusula que debe estar expresamente señalada en dicho instrumento.

Además, al momento de celebrar algún contrato el consorcio con un tercero, un proveedor de insumos por ejemplo, en caso de conocer este particular del fondo común operativo y la responsabilidad solidaria de sus miembros, es posible que exija garantías adicionales para ejecutar el contrato.¹²⁶

En caso de formar el fondo común operativo, a pesar de su carácter temporal, éste se debería regir por las normas pertinentes al cuasicontrato de comunidad. El Código Civil lo define de la siguiente manera:

“Art. 2204.- 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.”

El artículo 2027 del mismo cuerpo legal determina que en cuanto a las obligaciones contraídas por uno de los integrantes a nombre de la comunidad estas recaen sobre quien las contrajo, pero puede pedir el reembolso de lo pagado. En cambio si los comuneros contraen obligaciones de manera conjunta, todos responden en partes iguales, salvo que se haya estipulado solidaridad entre ellos.

3.3.5. Conductas anticompetitivas

El consorcio reúne a dos o más personas naturales y/o jurídicas que cuentan con habilidades empresariales que pueden complementarse entre sí en el desarrollo de una determinada actividad económica, que buscan mejorar su desempeño y por ende su competitividad. Como se habló en un inicio, los consorcios y otros contratos de

• ¹²⁶ Fundación Standard Bank, Ventajas y limitaciones de los consorcios de exportación que se forman en el marco de la ley 26.005. Internet <http://www.fstandardbank.com.ar/institucional/inst/sec-idsea/index.php?page=marco-legal/ventajas-y-desventajas-ley-consorcios>. Acceso: 28-X-2010

colaboración empresarial nacen como respuesta a las condiciones actuales del mercado, pero éstos no constituyen en sí mismos acuerdos restrictivos de la competencia.¹²⁷

Ahora bien, al hablar de competencia no se hace alusión a aquella denominada como *perfecta*, donde hay equilibrio entre oferta y demanda, pues la tendencia actual de los economistas apunta hacia una *competencia efectiva*, atendiendo a las condiciones reales de la economía y se señala que existe un régimen mixto de libre competencia y monopolio.¹²⁸

El derecho de la competencia ha sido muy desarrollado en la Unión Europea, donde existe legislación comunitaria que restringe prácticas restrictivas a la competencia dentro de sus países miembros; de igual manera en otros países alrededor del mundo han promulgado las denominadas *leyes antitrust* para combatir dichas prácticas.

La Constitución de la República del Ecuador, señala que una de las políticas del Estado es evitar la concentración de factores y recursos productivos,¹²⁹ asimismo determina que el Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de competencia desleal.¹³⁰

En el Ecuador, a pesar de no contar con una ley nacional que regule el derecho de competencia, actualmente se rige por las disposiciones contenidas en la Decisión 608 de la Comunidad Andina y por el Decreto Ejecutivo 1614 que regula la aplicación de dicha normativa comunitaria. En el año 2009, dentro del Ministerio de Industrias y Productividad, se creó Subsecretaría de la Competencia y Defensa del Consumidor.

El titular de dicha Secretaría de Estado es la autoridad nacional en materia de competencia y es el encargado de promocionar difundir, investigar y sancionar todo lo relacionado a dicha rama del Derecho.¹³¹ Existe un proyecto de ley, que a pesar de aún no haber sido discutido en el pleno de la Asamblea Nacional, es un avance importante pues plantea la creación de un órgano de vigilancia y control estatal que prevenga, conozca y sancione prácticas anticompetitivas.

• ¹²⁷ CABALLERO SIERRA, Op. cit. Pág. 62.

• ¹²⁸ GARRIGUES, Joaquin. La defensa de la competencia mercantil. Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones.1964. Pág. 31.

• ¹²⁹ Constitución de la República del Ecuador. Art. 334 numeral 1.

• ¹³⁰ *Ibidem*. Art. 335.

• ¹³¹ Acuerdo Ministerial MIPRO No. 247. Art. 2.

Existen varias conductas anticompetitivas, tal como se determina en el artículo 7 de la Decisión 608, el cual establece:

“Art. 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- 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; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.”

La doctrina actual tiene una visión diferente sobre los monopolios, los cuales ya no son considerados ilícitos de manera inmediata, sino que se debe analizar si éste se ha convertido en una herramienta de abuso de posición en el mercado de manera que atente contra los intereses de los usuarios y de la sociedad en general.¹³²

Es común que los integrantes sociedades mercantiles utilicen la compañía como medio para ejecutar practicas como el abuso de posición dominante en el mercado, concentración económica, cometer actos de competencia desleal grave y cualquier otra conducta anticompetitiva antes señalada. De esta forma los socios o accionistas de una compañía se esconden detrás de la personalidad jurídica del ente empresarial para perseguir fines ilícitos. Por este motivo, dentro del derecho de competencia se ha desarrollado la doctrina conocida en el derecho anglosajón como “*disregard of legal entity*”.

Dicha teoría traducida al idioma castellano corresponde a la teoría del levantamiento del velo corporativo,¹³³ la cual permite a las autoridades competentes, al momento de analizar una posible conducta anticompetitiva, dejar a un lado la personalidad jurídica de la compañía a fin de determinar los fines ilícitos perseguidos y por ende dirigir las acciones

• ¹³² CABALLERO SIERRA, Gaspar. Op. cit. Pág. 65.

• ¹³³ RINCÓN Heli Saúl. La Personalidad Jurídica del consorcio en Venezuela. Revista Electrónica Arbitrada: Commercium et Tributum. Vol. 1. Ed. 1. Octubre, 2008. Pág. 9. En <http://www.publicaciones.urbe.edu/index.php/commercium/article/view/176/189>. Acceso: 06-IX-10.

pertinentes en contra de sus beneficiarios reales, es decir, sus socios o accionistas según corresponda.

La normativa ecuatoriana establece que para admitir a trámite la investigación sobre una supuesta conducta restrictiva a la competencia de un agente económico, la Subsecretaría de Competencia, deberá considerar la afectación del mercado tomando en cuenta el producto, el área geográfica y la estacionalidad; y en caso de que dicha afectación no corresponda al 25% del mercado, éste organismo podrá declarar improcedente la investigación por afectación insignificante.¹³⁴

De lo anterior y como lo señala Osvaldo Marzorati en su obra,¹³⁵ el derecho de competencia es la rama que estudia, investiga, analiza y sanciona conductas de sociedades mercantiles, es decir que gozan de personalidad jurídica, creadas por la agrupación de dos o más empresas que buscan monopolizar un sector del mercado y así reducir o eliminar a competidores reales o potenciales. De tal forma que la teoría del levantamiento del velo corporativo no podría aplicarse en los consorcios pues no originan un nuevo ente dotado de personalidad jurídica, y en cuanto a sus derechos y obligaciones, recaen directamente sobre sus consorciados.

No hay que olvidar que el consorcio de empresas trae consigo implícitamente la concentración de conocimientos y recursos de sus miembros que les permite posicionarse en una situación ventajosa frente a otros competidores que actúan aisladamente en el mercado; de tal forma que el consorcio permite el crecimiento empresarial de sus miembros y mejora su posición en el mercado. Ahora bien, vale analizar si esto puede considerarse como concentración económica y por ende conducta restrictiva a la competencia.

Dromi define a la concentración económica como la “conformación de estructuras empresarias por reagrupación de empresas independientes en unidades económicas de mayor volumen que consolidan un poderío económico y productivo en el mercado.”¹³⁶ Además señala que la concentración económica, a pesar de traer efectos positivos tales

• ¹³⁴ Decreto Ejecutivo 1614. Art. 6.

• ¹³⁵ MARZORATI, Osvaldo. Alianzas estratégicas y joint ventures. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996. Pág. 34.

• ¹³⁶ DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1999. Pág. 115.

como economías de escala, reducción de costos y mejoramiento de la calidad de productos, entre otros, también puede constituir un peligro potencial para los usuarios, dado que si una empresa alcanza un poder significativo en el mercado, puede ejercer influencia sobre variables productivas de calidad, cantidad y precio.

Las concentraciones económicas pueden alcanzarse a través de la fusión de compañías, transferencia de activos y adquisición de acciones para formar parte del grupo empresarial y cuyas decisiones sean tomadas por la empresa dominante. El tratadista Farina, también menciona la celebración de acuerdos empresariales como un modo de concentración económica, cuando cada empresa a pesar de mantener su independencia jurídica renuncia en todo o en parte a tomar decisiones autónomas y éstas deben ceñirse al criterio de la empresa dominante del grupo.¹³⁷

Por otro lado, Dromi determina tres condiciones que se deben cumplir para que exista una concentración económica, y son las siguientes:¹³⁸

1. Sea de carácter permanente;
2. Implique modificación estructural de las empresas;
3. La nueva empresa goce de autonomía jurídica y económica.

Si bien el consorcio es un acuerdo empresarial que establece una organización común preliminarmente se podría considerar como un medio para alcanzar concentración económica al tener influencia sobre las decisiones de administración; sin embargo, este contrato forma un cuerpo colegiado formado por todos sus miembros o quien los represente y toman las decisiones de común acuerdo y no existe la imposición de una empresa sobre las otras al momento de deliberar.

Asimismo, vale analizar si en el contrato de consorcio se cumplen las tres condiciones para que exista una concentración económica, de acuerdo a lo señalado por Dromi. Primero sobre la permanencia de la organización, el consorcio tiene carácter temporal dado que su objeto se enfoca a la ejecución de un proyecto determinado, aunque esto no limita a que sus integrantes decidan ampliar su plazo de duración y así continuar trabajando bajo una organización empresarial en común.

• ¹³⁷ FARINA, Juan. Contratos comerciales modernos. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005. Pág. 427.

• ¹³⁸ DROMI, Roberto. Op. cit. Pág. 116.

Por otro lado, sobre la modificación estructural de las empresas tampoco ocurre en el consorcio dado que cada una mantiene su autonomía, simplemente existe una organización y coordinación de la actividad económica sin que haya cambios estructurales al interior de las empresas.

Por último, el autor señala que con la concentración económica se forma una nueva empresa con autonomía jurídica y económica. Como se revisó anteriormente, la legislación tributaria ecuatoriana considera al consorcio como sociedad, entendida como una unidad económica, aunque carente de personería jurídica.¹³⁹ Por otro lado, la doctrina señala que el contrato de consorcio celebrado entre sujetos de derecho privado, no da origen a una nueva persona jurídica distinta de sus miembros.

Por lo expuesto, el consorcio por sí mismo no puede ser considerado como una concentración económica. No obstante, la falta de regulación en la legislación nacional con respecto a los elementos de sustancia y forma del contrato de consorcio, este tipo de convención si podría ser utilizado para simular un acuerdo fraudulento cuyos fines sea restringir o limitar la competencia en un determinado sector económico.

3.4. Causas que pueden afectar la gestión de un consorcio empresarial

El consorcio es una alternativa para aquellos empresarios que cuentan con capacidades y recursos favorables para el desarrollo de una determinada actividad económica, lo cual les permite tener un cierto nivel de experticia dentro de un determinado proceso productivo o una de sus etapas. Los consorciados buscan destacarse en su desempeño empresarial, posicionarse de manera fuerte en el mercado y afrontar cualquier dificultad que se presente como sucede en la economía actual.

Como se observó en párrafos anteriores, el consorcio goza de muchas ventajas que lo hacen atractivo para aquellos empresarios que deciden aunar esfuerzos para lograr una organización en común, sin perder su individualidad jurídica. Pero obviamente tiene algunas limitaciones, en especial en nuestro entorno por no contar con un cuerpo normativo que regule de manera clara y unívoca la figura jurídica del consorcio de derecho privado.

• ¹³⁹ Ley de Régimen Tributario Interno. Art. 98.

Al igual que cualquier otro contrato de cooperación empresarial para que tenga un resultado beneficioso y esperado por sus integrantes, necesita legislación que le brinde seguridad jurídica en especial en cuanto a sus relaciones internas y con terceros; además es necesario un alto grado de compromiso y colaboración entre sus consorciados. A continuación mencionaré algunos de los principales problemas a los que se puede ver expuesto este acuerdo empresarial.

3.4.1. Falta de transparencia durante la etapa de negociación

En un mundo empresarial tan competitivo como el actual, la estrategia de muchas compañías se basa en resguardar lo máximo posible todos los conocimientos e información con los que cuentan, para que esto marque la diferencia ante sus competidores y les permita mantenerse a flote en el mercado.

El pilar fundamental del consorcio es la cooperación mutua de sus miembros para lograr una organización empresarial en común, de manera que la selección de los empresarios potenciales para formar un consorcio se basa en cualidades particulares de los empresarios, en especial lo referente a conocimientos y recursos necesarios para agregar valor a los bienes y/o servicios que serán producidos por el grupo.

Por lo anterior, es fundamental que exista una comunicación clara y directa entre los potenciales integrantes del consorcio, pues al ser un contrato *intuitio personae*, las capacidades, recursos y limitaciones de uno u otro empresario deben estar debidamente conocidas entre sí, pues esta información es la que incentiva la celebración de este acuerdo empresarial, o también puede provocar que alguno ya no se encuentre tan interesado en tal propuesta.

Un proceso de negociación realizado de manera frontal atenúa los riesgos a asociarse temporalmente con un empresario que únicamente busque aprovecharse de los conocimientos del otro miembro; la honestidad desde esta etapa previa al consorcio puede generar confianza entre sus miembros y a la vez puede reducir posibles conflictos a futuro durante la gestión de la organización.

Un empresario que tiene interés en agruparse con otros a través de un consorcio no se debe valer únicamente en la información que le proveen los potenciales integrantes, sino que

también debe tomar el cuidado de realizar estudios de mercado, de la oferta y demanda de los bienes y/o servicios que se van a producir, para así determinar si es conveniente o no formar parte de dicho acuerdo empresarial.

3.4.2. Falta de capacidad y vocación de los consorciados

La capacidad y especialización de los consorciados en un área determinada del proceso productivo es un pilar fundamental para el buen desempeño del consorcio, pues aquello motiva a un empresario a agruparse con otro de su misma rama económica u otra conexas.

El consorciado no debe contar únicamente con esas cualidades que le diferencian de otros de la competencia, sino que también es necesaria la voluntad de participar activamente durante toda la gestión de la organización empresarial, porque puede darse el caso que los integrantes del consorcio cuenten con gran capacidad pero que lamentablemente no estén dispuestos a transferir sus conocimientos en el proceso de aprendizaje, una característica inherente a este contrato de cooperación empresarial.

Si el proceso de aprendizaje no se realiza de manera equilibrada entre los partícipes, esto puede generar asimetrías en el grado de cooperación de uno y otro, lo que puede conllevar a conflictos internos y una terminación anticipada del contrato.

3.4.3. Conflictos económicos-financieros

Es recomendable que en un contrato de consorcio participen empresarios que tengan la capacidad y voluntad de cooperar entre sí, por lo cual es ideal que se agrupen personas y/o sociedades con recursos económicos y financieros similares.

La falta de patrimonio autónomo genera que en caso de necesitar capital para la ejecución de algún proyecto, el grupo tenga que recurrir a los recursos financieros de cada uno de los consorciados, pero al momento de restituir esos valores puede causar conflictos debido a los resultados esperados y en el tiempo de retorno de la inversión, entre otros.

4. CAPÍTULO IV

OTRAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES

4.1. Contrato de sociedad

El término sociedad se halla definido en el Código Civil¹⁴⁰ y en la Ley de Compañías,¹⁴¹ de lo cual se desprende que es un contrato mediante el cual dos o más personas ponen algo en común para emprender un negocio de carácter mercantil, dando origen a un nuevo ente dotado de personalidad jurídica, con miras a generar beneficios económicos a ser repartidos entre sus miembros.

La sociedad y el consorcio son contratos de gran uso en el tráfico mercantil pero que presentan muchas diferencias entre sí. En primer lugar, la sociedad da origen a una nueva persona jurídica distinta de sus miembros, lo cual no ocurre en el consorcio. De esto se desprende que la sociedad puede ser representada legalmente por una persona elegida por la Junta General de Socios o Accionistas mientras que en el consorcio, se nombra un administrador que solo tiene facultades de administración como su nombre lo indica, porque cada uno de los consorciados se obliga a título personal.

Algunos tratadistas consideran que la sociedad es un contrato consensual porque se perfecciona con el consentimiento.¹⁴² Sin embargo, en nuestra legislación una compañía mercantil tiene vigencia jurídica a partir de la inscripción del contrato en el Registro Mercantil. Por otro lado, el consorcio sí es un contrato consensual porque no está sujeto a formalidad alguna.

La personalidad jurídica de la sociedad mercantil le permite que cuente con un patrimonio autónomo formado por los aportes de capital de cada uno de los socios o accionistas, por lo cual su responsabilidad se limita al porcentaje de participación en el capital social. En cambio, el consorcio puede o no formar un fondo común operativo para la gestión de la organización empresarial, pero que en todo caso, los aportes se mantienen en propiedad de cada uno de los consorciados, por lo cual la responsabilidad es solidaria e ilimitada.

Otra gran diferencia entre ambas figuras es que mientras en el contrato de sociedad existe

• ¹⁴⁰ Código Civil. Art. 1984.

• ¹⁴¹ Ley de Compañías. Art. 1.

• ¹⁴² RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, Adolfo. Manual de Derecho Mercantil. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1999. Pág. 201.

un *affectio societatis*, en el consorcio hay un *animus cooperandi*, Esto quiere decir que en la sociedad dos o más personas se ponen de acuerdo en objetivos a seguir y por tal motivo forman la nueva compañía mientras que en el consorcio, simplemente se reúnen los fines por cumplir que cada uno de sus integrantes ya poseen con anterioridad a la celebración del contrato, objetivos comunes a todos ellos.¹⁴³

4.2. La sociedad de hecho

Una sociedad civil o mercantil que no cumpla con todos los requisitos de constitución como la aprobación judicial o la inscripción en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad, tiene como consecuencias que sea categorizada como sociedad de hecho.

A las sociedades de hecho, a pesar de no cumplir con todas las formalidades, muchos tratadistas como Bonelli les reconocen la calidad de sujetos de derechos y obligaciones por lo cual vienen a gozar de personería jurídica, mientras no sea declarado nulo.¹⁴⁴

De lo anterior, la sociedad de hecho al contar con características similares al contrato de sociedad, de igual manera presenta diferencias con respecto del consorcio. La sociedad de hecho persigue el reparto de beneficios económicos mientras que el consorcio se forma con miras a establecer un órgano de decisión empresarial común.

La Ley de Compañías prevé la posibilidad de convalidar una sociedad de hecho en una sociedad mercantil, cuando reúne todas sus características pero que por alguna omisión en el proceso de constitución no se formó como una compañía y la convalidación se entenderá realizada desde la misma fecha de la escritura convalidada.¹⁴⁵ No obstante, la ley prohíbe la convalidación de una sociedad con objeto y causa ilícita, cuando tienda al monopolio de cualquier clase, se hubiere formado por personas incapaces o cuando cuyo contrato constitutivo no haya sido celebrado mediante escritura pública.

• ¹⁴³ CABALLERO SIERRA, Gaspar. Op. cit. Pág 69.

• ¹⁴⁴ OLAVARRÍA, Julio. Manual de Derecho Comercial. Santiago, Universidad de Chile, Tercera Edición, 1970. Pág. 259

• ¹⁴⁵ Ley de Compañías. Art. 34.

4.3. Asociación en cuentas de participación

En Ecuador, la Ley de Compañías¹⁴⁶ reconoce a este tipo de contrato y 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.”¹⁴⁷

De esta definición se puede ir analizando los elementos que lo componen. Primero, se puede identificar a dos tipos de miembros: el asociante, quien actúa a cuenta y en nombre propio, y se encarga de la gestión del negocio y realiza todos los actos frente a terceros. Por otro lado, se encuentra el participante, quien contribuye con una prestación, que generalmente se traduce en una obligación de dar, para la formación de un capital que permita la gestión y operatividad de la asociación, a fin de que el gestor genere utilidades distribuibles con sus asociados al final del ejercicio económico. Pero también puede realizar una obligación de hacer o no hacer, por ejemplo, abstenerse de realizar la misma actividad económica objeto del contrato.

Los participantes no tienen derecho de propiedad sobre los bienes aportados para la formación del capital y sus derechos se limitan a obtener ganancias a partir de los fondos aportados. De tal forma que el asociante, el gestor del negocio, es el único que aparece, contrata y es responsable frente a terceros. Por tal motivo los acreedores no pueden iniciar acciones en contra de los asociados, quienes en caso de quiebra son considerados dentro del pasivo del fondo común, en la parte que exceda a las pérdidas según corresponda de acuerdo a los aportes de cada asociado.

Evidentemente, este contrato tiene marcadas diferencias con el consorcio; la asociación en cuentas de participación es un contrato nominado pues como se señaló, se encuentra regulado en la Ley de Compañías, mientras el consorcio no se halla regulado como tal en nuestra legislación, simplemente se lo menciona de manera breve en diferentes cuerpos legales, por lo que se trata de un contrato atípico e innominado.

Por su objeto, el consorcio no va orientado a la distribución de utilidades como sucede en la asociación en participación, donde los aportes de los asociados se utilizan para la consecución de un negocio que genere utilidades distribuibles a sus miembros, a diferencia

• ¹⁴⁶ Ley de Compañías. Art. 2.

• ¹⁴⁷ *Íbidem*. Art. 423.

del consorcio que busca mejorar su desempeño empresarial a través de una buena organización conjunta.

En el consorcio todos sus miembros aparecen frente a terceros quienes además responden de manera personal por las obligaciones contraídas, mientras que en la asociación en cuentas de participación, solo uno de los integrantes del contrato participa de manera externa y actúa a su nombre solamente, dado que los demás son ocultos en el ámbito externo.

Además, en cuanto a la responsabilidad en la asociación en participación recae únicamente en la persona gestora de la operación mercantil, mientras que en el consorcio la responsabilidad es solidaria e ilimitada entre los consorciados.

4.4. Joint venture

La expresión “joint venture” de origen anglosajón, que en el idioma castellano viene a ser traducido literalmente como “aventura conjunta”, se trata de un acuerdo de carácter legal, económico y comercial que con el pasar de los años, se ha hecho popular entre miles de empresarios alrededor del mundo. El joint venture es una figura contractual que se originó en los Estados Unidos de América, cuyos primeros antecedentes se remontan a fines del siglo XIX.

A pesar de ser un acuerdo empresarial de gran utilización en nuestra economía, lamentablemente no tiene una definición legal unívoca y consecuentemente no existe una determinación precisa sobre sus elementos característicos ahí que trae como resultado inseguridad jurídica.¹⁴⁸ Las características del joint venture se han ido desprendiendo de análisis jurisprudenciales emitidos por las cortes norteamericanas, aunque tampoco existe unanimidad de criterio de los tribunales y ninguno se ha encargado de resolver y delimitar los diferentes temas relativos a esta forma contractual.¹⁴⁹

Por lo tanto, es natural que exista diversas definiciones y clasificaciones de esta figura jurídica. Halperín señala que el joint venture “es una institución no legislada elaborada por

• ¹⁴⁸ PAULEAU, Christine. Régimen Jurídico de las “Joint Ventures”. Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2003. Pág. 49.

• ¹⁴⁹ MARZORATI, Oswaldo. Op. cit. pág. 76.

la doctrina judicial en centenares de litigios a que ha dado lugar su funcionamiento en poco más de ciento cincuenta años.”¹⁵⁰

El joint venture se entiende como una “asociación de dos o más personas para llevar adelante una empresa individual con fines de lucro, a cuyo efecto combinan sus activos, dinero, efectos, habilidades y conocimiento.”¹⁵¹ Por otro lado, Villegas señala que el joint venture es “una asociación de empresarios unidos para la realización de un específico proyecto con el propósito de obtener una utilidad que, como las pérdidas, serán divididas entre ellos.”¹⁵²

Asimismo, se dice que los joint ventures son “esquemas de cooperación empresarial formales o informales entre dos ó más firmas, donde se acuerden un cierto nivel de colaboración sobre bases contractuales, pero no societarias. Las operaciones de éstas dos ó más firmas son parcial y funcionalmente integradas para llevar a cabo actividades en una ó más áreas. Las relaciones legales internas entre las partes así como de esas partes y terceros, son estructuradas y regladas sobre una base contractual.”¹⁵³

A partir de la doctrina y las definiciones antes señaladas, se desprenden las siguientes características de este contrato:

- a. Acuerdo entre dos o más empresarios.
- b. Objeto recae sobre un proyecto determinado.
- c. Aportes a un fondo común.
- d. Finalidad de lucro.
- e. Representación legal puede ser ejercida de manera individual por cada uno de sus miembros.

La importancia de este contrato ha generado diferentes foros de discusión para conocer sus alcances y limitaciones. Es así que la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, en una mesa redonda para analizar los problemas de competencia generados

• ¹⁵⁰ VILLEGAS, Carlos. Op. cit. Pág. 436.

• ¹⁵¹ “People v. Miller” citado en MARZORATI, Oswaldo. Op. cit. 75.

• ¹⁵² VILLEGAS, Carlos. Op. cit. Pág. 437.

• ¹⁵³ COLAIACOVO, Juan Luis; AVARO, Rubén Daniel; DE SA RIBEIRO ROSADO, Marilda; NARBONA VELIZ, Hernán. Joint Venture y otras formas de cooperación empresarial internacional. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1992.

por los joint ventures, los definió como “empresas participantes que acuerdan, mediante contrato u otra forma asociativa que no implique fusión de activos productivos importantes, tangibles o intangibles, enfocándose más allá de una cooperación ad-hoc. Fundamentalmente, estos acuerdos tienden a desarrollar una etapa de la actividad económica y no se limitan únicamente a adoptar decisiones de negocios en común. Los acuerdos empresariales que no cumplan con los requisitos del joint venture se los denominará como simples “acuerdos”.¹⁵⁴

Sin embargo, otros autores al hablar de las formas que puede adoptar un joint venture se señala que éste puede constituirse como un contrato o como una entidad societaria dotada de personalidad jurídica. Por lo cual, sobre este contrato se puede determinar la siguiente clasificación:

- a. *Joint venture contractual*: las partes celebran un acuerdo empresarial, en el cual cada uno conserva su autonomía jurídica.
- b. *Joint venture corporativo*: los miembros de dicho acuerdo deciden asociarse para iniciar una empresa en común, formando una nueva sociedad dotada de personalidad jurídica; las doctrinas francesa y alemana se refieren a tal agrupación como una “doble sociedad”.¹⁵⁵
- c. *Joint venture internacional*: se refieren a aquellos acuerdos celebrados entre personas nacionales y extranjeras, ya sean naturales y/o jurídicas, para ejecutar un proyecto determinado.

Muchos autores coinciden en asimilar el consorcio al joint venture contractual, esto debido la similitud de elementos característicos entre ambas figuras, sin embargo, otros como Anibal Sierralta señalan que existen ciertas diferencias entre una y otra. Primero en cuanto al plazo de duración, el autor señala que el consorcio es de carácter permanente mientras que el joint venture contractual tiene un fin ad-hoc y consecuentemente temporal.

• ¹⁵⁴ OCDE. Competition Issues in Joint Ventures. Policy roundtables. 2000. For the purposes of this paper, "joint ventures" will be defined as participating firms agreeing by contract or otherwise to combine, other than by merger, significant productive (tangible or intangible) assets, and to do this by going beyond ad hoc co-operation. Crucially, they agree to perform a business function rather than simply agreeing to make a business decision in common. Inter-firm agreements that do not qualify as joint ventures will be referred to as "agreements". Internet. <http://www.oecd.org/dataoecd/0/33/2379097.pdf>. Acceso: 02-11-2010.

• ¹⁵⁵ PAULEAU, Christine. Op. Cit. Pág. 239.

Otro elemento diferenciador relacionado al anterior se refiere al objeto del contrato, por un lado el consorcio persigue un fin que resulta común a sus miembros pero que mediante una organización común resulta más factible alcanzar, es decir, se trata de objetivos coincidentes pero anteriores a dicho acuerdo empresarial, mientras que el joint venture se forma para ejecutar un determinado proyecto y por ende alcanzar un nuevo objetivo. Relacionado a esto, se señala que el consorcio se forma con fines de organización común, mientras que el joint venture persigue fines de lucro.¹⁵⁶

Además, otros autores señalan que en el consorcio la participación de sus miembros es activa y directa, y, por otro lado, en el joint venture puede ser el caso que algunos de sus miembros se limiten a proveer recursos dinerarios para financiar el proyecto; considerando que la adquisición de bienes a nombre del joint venture se caracteriza por significar un monto importante de dinero.¹⁵⁷

No obstante, de lo anterior se aprecia que las diferencias que existen entre el consorcio y joint venture no son incompatibles entre sí, dado que esta comparación depende en gran medida del concepto de consorcio asumido por cada tratadista pues a pesar de que estas dos figuras contractuales son muy utilizadas por empresarios, no han sido claramente delimitadas. Por tal motivo, considero que entre joint venture y consorcio existe una relación género y especie, correspondiendo éste último a la figura del joint venture contractual, pues no hay que olvidar que el joint venture también puede adoptar la estructura de una sociedad mercantil.

4.5. Holding

El holding, también conocido en idioma castellano como compañía tenedora de acciones es aquella cuyo objeto es comprar el porcentaje mayoritario de acciones o participaciones de varias compañías para lograr vincularlas entre sí y tener poder de decisión y control de las mismas formándose así un grupo empresarial. Esta decisión de cada compañía en formar parte del grupo debe ser adoptada mediante resolución de la Junta General de Accionistas o Socios, ya sea sociedad anónima o de responsabilidad limitada respectivamente.

• ¹⁵⁶ SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Joint Venture Internacional. Lima. Fondo Editorial PUCP, 1997. Pág 90.

• ¹⁵⁷ TALLEDO, César. La asociación en participación, el consorcio y el joint venture: Aspectos contractuales y tributarios. Internet. http://www.ifaperu.org/publicaciones/62_02_CT22_CTM.pdf Acceso: 12-XI-10.

Las compañías miembros deben llevar libros contables independientes del grupo, por motivos de reparto de utilidades en el ámbito laboral y para declaración de tributos en el ámbito impositivo. Pero nuestra Ley de Compañías faculta al Holding a elaborar estados financieros conjuntos para cualquier otro fin, por ejemplo, como insumo necesario para la adopción de nuevas políticas y estrategias para el grupo empresarial.

Al igual en las otras formas de colaboración empresarial, se pueden observar distintos elementos diferenciadores entre éste y el consorcio privado o empresarial. El holding se constituye como una compañía, es decir, está dotada de personalidad jurídica, lo que no ocurre con el consorcio que es una alianza contractual.

Por otro parte, se puede ver una cierta similitud en cuanto al fin entre estas figuras, puesto que ambas buscan de cierta manera la agrupación empresarial. Sin embargo, el medio utilizado por el holding es la tenencia de acciones de distintas compañías que le permita su control sobre ellas, en cambio, el consorcio se trata de una alianza empresarial para establecer una organización común que mejore el rendimiento de sus miembros.

Sobre el mismo punto, el holding tiene carácter permanente mientras que el consorcio se forma de manera temporal, durante un tiempo razonable que permita alcanzar estos fines comunes a los consorciados.

4.6. Contratos en la legislación argentina

4.6.1. Las agrupaciones de colaboración

La legislación argentina¹⁵⁸ incorporó los contratos de colaboración empresarial a partir del año 1983, los cuales se dividen en agrupaciones de colaboración y uniones transitorias de empresas. La importancia de esta reforma radicó en la necesidad de regular este tipo de asociación de índole económica a la que recurrían la mayoría de empresarios que participaban en concursos y licitaciones públicas.

Este contrato de colaboración empresarial se utiliza para formar una organización empresarial a fin de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros de manera interna y así perfeccionar o incrementar el resultado de dichas actividades.¹⁵⁹ Las agrupaciones de colaboración pueden estar conformadas por personas

• ¹⁵⁸ Ley No. 22.903 de la República Argentina.

• ¹⁵⁹ Ley No. 22.903 - Argentina. Art. 367

naturales y jurídicas, tanto nacionales o extranjeras que se encuentren debidamente establecidas en la República Argentina.

Las Agrupaciones de Colaboración Empresaria, ACE, tiene un plazo de duración máximo de diez años y no persiguen fines de lucro, ya que las utilidades obtenidas en el ejercicio de la actividad económica se ven reflejadas en la contabilidad de cada compañía miembro de la agrupación. Este contrato puede celebrarse mediante instrumento público o privado, en este último es necesario hacer el reconocimiento de firmas de las partes contratantes, y posteriormente se realiza la inscripción en el Registro Público de Comercio correspondiente, de acuerdo al domicilio fijado por los miembros en dicho instrumento. La normativa no señala de manera clara los efectos de dicha omisión, pero se puede determinar que esto podría ocasionar que sea considerada como una sociedad irregular y por ende la inoponibilidad de cláusulas frente a terceros.

Para que pueda operar una agrupación de colaboración es necesario la creación de un fondo consorcial, formado por las aportaciones de los miembros para gastos de administración de la organización, por lo cual, en caso de pérdida de este fondo, se podría considerar como causal para la disolución de la organización económica. El administrador en el ejercicio de su cargo obliga a las partes miembros de la agrupación de manera solidaria e ilimitada frente a terceros.

Asimismo, las agrupaciones de colaboración tienen como objeto únicamente actividades que se enmarcan dentro del proceso productivo mientras que en el consorcio se pueden coordinar tanto etapas de la fase interna como la externa de los procesos productivos llevados conjuntamente por los empresarios consorciados.

4.6.2. Unión transitoria de empresas

La normativa argentina¹⁶⁰ de manera expresa priva de personalidad jurídica a este tipo de uniones empresariales, a pesar de contar con varios elementos que los asemejan a las sociedades comerciales, tales como: organización empresarial, acuerdo de dos o más partes, capital operativo en común, denominación y objeto particular, entre otros. Pero esta decisión del legislador argentino se debió a la limitación contenida en su Ley de

• ¹⁶⁰ Ley No. 19.550 - Argentina. Arts. 377.

Sociedades¹⁶¹ la cual prohíbe la participación de sociedades por acciones en otra distinta a las de su clase.

La unión transitoria de empresas, UTE, tiene gran similitud con la agrupación de colaboración, pero hay ciertas características que son importantes resaltar. La denominación de este tipo de contrato puede causar confusión y se lo suele asimilar como una fusión, cuando en realidad las compañías participantes conservan su personalidad jurídica, puesto que no se crea un nuevo sujeto de derecho.¹⁶²

A diferencia de la agrupación empresarial donde las compañías se unen para facilitar los procesos de producción y mejorar la rentabilidad de los miembros, la UTE tiene como objeto la ejecución de una obra o la prestación de un servicio determinado. En cuanto al plazo de duración en la UTE, éste se condiciona al cumplimiento de dicha obra o servicio, mientras que en las ACE pueden fijar un plazo de duración de hasta diez años. Además, las ACE no persiguen fines de lucro a diferencia de las UTE.

La representación en las UTEs generalmente se encomienda a la compañía que tiene mayor participación en el proyecto y las obligaciones generadas en la actividad económica del grupo genera responsabilidad mancomunada, es decir, no se presume la responsabilidad ilimitada y solidaria de los miembros como ocurre en las agrupaciones empresariales. De tal manera que, terceros afectados deben demandar a todos los miembros de la unión, quienes son responsables de su cuota correspondiente al porcentaje de participación del proyecto.

Otra peculiaridad de este contrato se debe a que se puede excluir a alguno de los partícipes por decisión unánime de sus miembros, cuando no acaten las disposiciones determinadas por la mayoría, aunque dicha resolución puede ser apelada por el afectado, mediante juicio verbal sumario dirigido ante el juez de comercio del domicilio fijado en el contrato de unión transitoria de empresas, dentro de los treinta días contados a partir de que fue notificado con dicha resolución.¹⁶³

En caso de quiebra o fallecimiento de uno de los miembros, esto no es causal de disolución del contrato, sino que existe la posibilidad de que el resto de miembros se pongan de

• ¹⁶¹ Ibidem. Art. 30

• ¹⁶² Ibidem. Art. 377, segundo párrafo.

• ¹⁶³ Ley No. 19.550 - Argentina. Art. 15

acuerdo en la repartición de las obligaciones contraídas por dicho partícipe. Esto se diferencia a lo previsto para los consorcios en la legislación uruguaya, donde la muerte, incapacidad, quiebra o liquidación judicial de uno de sus miembros será causa legítima para la rescisión del contrato de consorcio a su respecto.¹⁶⁴

• ¹⁶⁴ Ley No. 16060 - Uruguay. Art. 509.

5. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo, recurriendo a fuentes como la doctrina y legislación comparada ha sido posible determinar las características que configuran al contrato de consorcio, que en mi opinión sí debería estar debidamente regulado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tal como se ha hecho en varios países latinoamericanos, pues en la actualidad la falta de normativa con respecto de este acuerdo empresarial, genera inseguridad jurídica en el país, tanto el ámbito público como privado, en especial a quienes se ven envueltos directa o indirectamente con este tipo de asociación, como se explica en los párrafos siguientes.

Es innegable que el consorcio presenta muchas ventajas frente a otras formas de asociación que involucran el apoyo y la colaboración de dos o más personas para dedicarse al desarrollo u organización de una actividad económica en común. Por tal motivo este contrato es frecuentemente utilizado a nivel mundial por empresarios que buscan ejecutar proyectos de manera conjunta con otros, pero sin que dicha colaboración implique la pérdida de su autonomía jurídica o económica.

Primeramente, sobre las partes del contrato, intervienen tanto personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, que se dedican a una actividad económica en común o conexas entre sí; la naturaleza misma del consorcio determina que este contrato sea de carácter *intuitu personae* debido a que los empresarios contratan entre sí, con aquellos que gozan de capacidades y condiciones empresariales determinadas que les sitúan en una posición ventajosa frente a otros competidores. En el campo de licitaciones petroleras¹⁶⁵, se reglamenta que en caso de que los miembros sean compañías extranjeras, éstas deben contar con una sucursal debidamente establecida y que opere en el Ecuador, de tal forma que el consorcio no prevé la posibilidad de que existan miembros ocultos que se limiten a financiar el proyecto, tal como sucede en el joint venture o en la asociación en cuentas de participación, contratos en los que no existiría inconveniente si sus integrantes ocultos son empresas extranjeras que no se hayan establecido en el país; en el consorcio sus miembros tienen una participación activa durante toda la ejecución del contrato.

Ahora bien, al analizar sobre su naturaleza jurídica, éste es un contrato atípico pues no existe norma legal que defina de manera clara y unívoca al consorcio, salvo ciertas normas

• ¹⁶⁵ Reglamento del Sistema Especial de Licitación. Art. 4.

en materia tributaria y de contratación pública que mencionan brevemente a esta figura contractual, pero sin una determinación clara en cuanto a sus elementos característicos, tales como: naturaleza jurídica del contrato, partícipes, derechos y obligaciones de sus miembros, capital de operación, requisitos de fondo y forma, etcétera. Esto resultaría de gran utilidad debido a que brindaría seguridad jurídica a empresarios y a la sociedad en general, al momento de celebrar el consorcio para que no se llegue a confundirlo con otros tipos de contratos mercantiles.

Por otra parte, según la doctrina, el consorcio es un contrato consensual pues se perfecciona con el acuerdo de voluntades sin necesidad de cumplir requisito de forma alguno. No obstante, en materia de contratación pública se exige que dicho contrato sea celebrado mediante escritura pública aunque ninguna norma exige su inscripción en el Registro Mercantil para que tenga validez legal.

En relación al objeto del contrato, tradicionalmente, en especial en países latinoamericanos, el consorcio fue concebido como un contrato celebrado entre empresas con el objeto único de presentar propuestas de manera conjunta para participar en concursos y licitaciones públicas. Indudablemente el consorcio sigue siendo de gran importancia en este campo, lógicamente por la dimensión de los contratos que ofertan las diferentes instituciones públicas que obligan a empresarios a asociarse para cumplir con las diferentes demandas de bienes y/o servicios requeridos por el Estado, que en la mayoría de casos resultarían imposibles de cumplir de manera individual o implicarían un alto riesgo para los ofertantes. Sin embargo, con el paso de los años, esa acepción limitada sobre este contrato ha ido cambiando pues son apreciables las ventajas del acuerdo empresarial y la diversidad de fines que se pueden alcanzar.

La legislación ecuatoriana referente a procesos de contratación pública, como se mencionó anteriormente, regula brevemente a esta figura pero dentro de lo más importante determina las cláusulas obligatorias que debe contener este tipo de contrato; de las cuales vale destacar el objeto, pues especifica que debe ser exclusivo y delimitado para un determinado proceso de contratación con el Estado. Esta restricción establecida en la Resolución No. 46 del INCOP,¹⁶⁶ me parece una limitación innecesaria que sufren los empresarios que buscan operar bajo esta modalidad de asociación, puesto que si se

• ¹⁶⁶ Resolución INCOP No. 46 publicada en R.O. 322 de 17-XI-10.

encuentran en condiciones óptimas a nivel económico, técnico y operativo, de seguro tendrán como objetivo ser adjudicatarios de varios contratos, para lo cual según esta disposición normativa, a pesar de que el contrato se celebre entre las mismas partes y se estipule bajo las mismas condiciones del primer contrato de consorcio, la agrupación empresarial tendría que celebrar un contrato diferente e incurrir en trámites y gastos notariales para cada proceso en el que desea participar.

En general, los consorcios se forman para participar en procesos de contratación pública, proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos, de exportación, adquisición de maquinaria y materia prima en general, llevar a cabo proyectos de investigación y desarrollo, entre otros. La utilización de esta figura consorcial por parte de las PYMES para iniciar o fortalecerse en procesos de exportación ha crecido de manera acelerada, como se evidencia de las opiniones expuestas durante el encuentro empresarial organizado en Argentina por la Fundación ExportAr hace pocos años atrás, espacio en el cual se expuso las experiencias positivas de diferentes consorcios formados para realizar actividades de comercio exterior a lo largo de Latinoamérica. En dicho encuentro se destacó el caso ecuatoriano de los consorcios firmados entre floricultores, quienes a través de este contrato han organizado eficientemente dicha actividad económica, han conseguido insumos a menores precios y en definitiva han alcanzado mayores niveles de competitividad, superando así barreras de ingreso en mercados extranjeros.¹⁶⁷

Por otra parte, la representación del consorcio tanto a nivel interno con sus miembros como externo frente a terceros, ha sido analizado por parte de tribunales de justicia cuando una de las partes procesales es un consorcio, donde para emitir su criterio siempre toman en consideración el aspecto de personería jurídica de la agrupación empresarial; la mayoría de autores coinciden en determinar que el consorcio no genera una nueva persona jurídica y además mantiene la autonomía jurídica de los consorciados. De tal forma que el consorcio no cuenta con un representante legal tal como sucede en las sociedades mercantiles o cualquier otra agrupación que goza de personería jurídica, por consiguiente debe acudir a figuras legales que representen de manera conjunta los derechos de todos los consorciados, tales como el mandato, procuración común y/o procuración judicial. La legislación uruguaya expresamente determina que el administrador y representante de un consorcio se somete a las reglas del mandato, lo cual me parece correcto pues a través de un poder

• ¹⁶⁷ CEVALLOS, Bolívar. Op. Cit. Pág. 100.

general los consorciados pueden otorgarle las más amplias facultades de administración, sin olvidar atribuciones como la de comparecer a juicio, formular o contestar demandas y transigir que deben constar de manera expresa en el poder y/o procuración según el criterio sostenido por la Corte Nacional de Justicia de manera reiterada en sus fallos.

No obstante a lo anterior, la Resolución No. 40-2004 de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, ahora Corte Nacional de Justicia, expone un análisis diferente con respecto a la naturaleza jurídica del contrato y en consecuencia reconoce la personalidad jurídica de los consorcios en el Ecuador, de forma que siguiendo este criterio el nombramiento del administrador de la agrupación debería ser inscrito en el Registro Mercantil del domicilio fijado en el contrato. Esto sin duda constituye un pilar fundamental para explicar la tesis del presente trabajo, pues evidencia la inseguridad jurídica generada por el vacío legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano en relación a la naturaleza jurídica del contrato de consorcio, al igual que sus alcances y limitaciones. Indudablemente, esto ha dado paso a que dicha figura sea adaptada dependiendo las necesidades de cada situación, dejando a un lado los elementos que lo caracterizan y en algunos casos terminan convirtiéndose en contratos asociativos completamente distintos.

De lo anterior, siguiendo el criterio de la ex Corte Suprema de Justicia se podría caer en el error de asumir que un consorcio privado goza de personalidad jurídica y cuenta con un representante legal para actuar frente a terceros. Por tal motivo, considero que es recomendable se regule este contrato en la normativa ecuatoriana para evitar este tipo de confusiones y permitir que más empresarios hagan uso de los beneficios de este acuerdo para emprender más negocios y consecuentemente generar más empleo que tanto necesita el país, bajo un marco de seguridad jurídica.

Con respecto al capital operativo de la agrupación, el consorcio tiene la opción de contar con un fondo común y los aportes que hagan en su momento los consorciados permanecen en su patrimonio, pero esto trae como consecuencia que ellos respondan solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas por el consorcio. Este tipo de responsabilidad resulta lógico puesto que esta agrupación carece de personalidad jurídica y de un patrimonio autónomo, por lo cual sus obligaciones recaen directamente sobre sus integrantes.

En cuanto a la duración del contrato, algunos doctrinarios señalan que el consorcio es un acuerdo de carácter temporal y el plazo de duración se ve condicionado a la culminación del proyecto. Sin embargo, considero que no debería haber limitación en cuanto al plazo de duración, pues sería ilógico que empresarios que han tenido éxito al trabajar bajo esta modalidad de colaboración empresarial se encuentren forzados a terminar dicha agrupación por una disposición legal, más no por voluntad de los consorciados.

En cuanto al control estatal sobre este tipo de contrato, a pesar de que la Ley de Compañías no hace mención alguna sobre este contrato, la Superintendencia de Compañías a través de dos resoluciones¹⁶⁸ determina la obligatoriedad de registro de consorcios formados por compañías nacionales y/o extranjeras domiciliadas en el país, por lo cual el consorcio debe proveer su información general al igual que presentar sus estados contables y financieros. Esto permite ver la incongruencia de dichas resoluciones frente a la ley de la materia, dado que ésta última en ninguno de sus artículos establece que el consorcio empresarial se encuentre bajo la vigilancia y control de dicha Superintendencia y considerando la obligación que tiene cada compañía de proveer esa información de manera independiente.

En resumen, el consorcio empresarial se puede entender como un acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más sujetos de derecho privado de actividades económicas similares o conexas entre sí, que buscan establecer una organización en común que les permite desarrollar, controlar y potenciar las capacidades empresariales de sus consorciados en beneficio de la agrupación, para llevar a cabo un determinado proyecto o cumplir objetivos que resultarían muy difíciles de cumplir de manera independiente por cada uno de ellos, aunque se deja a salvo el derecho de libertad de asociación de sus miembros en caso de que decidan ampliar el plazo de duración del contrato.

Esta asociación empresarial permite mejorar la competitividad de cada uno de sus integrantes y en caso de ser satisfactoria la alianza puede proyectar una buena reputación en el mercado trayendo como consecuencia la confianza y satisfacción de los clientes del consorcio. La doctrina coincide en señalar que el consorcio no tiene como objeto el perseguir fines de lucro, sin embargo las empresas forman un consorcio con miras a reorganizar y repotenciar su actividad económica tanto a nivel individual como grupal, por

¹⁶⁸ Resolución No. 2, publicada R.O. 400 de 10-III-2011.
Resolución No.10, publicada R.O. 369 de 16-VII-2001.

•

lo cual si la agrupación alcanza dichos objetivos tendrá como resultado directa o indirectamente la obtención o incremento de sus beneficios económicos, pues no hay que olvidar que los consorciados, ya sean personas naturales o jurídicas, persiguen fines de lucro de manera independiente, incluso antes de la celebración de este contrato de colaboración empresarial.

Adicional a lo anterior, esta figura contractual trae como ventajas a sus miembros, las siguientes: mantener su independencia jurídica y económica; concentrar recursos y capacidades gracias al intercambio de información; reducción de costos de producción; desarrollar nuevas estrategias; alcanzar economías de escala; potenciar pequeñas y medianas empresas; y, compartir riesgos en especial para desarrollar proyectos de gran envergadura. Este último es uno de los beneficios que más atrae a empresarios cuando deciden arrancar un nuevo proyecto bajo la modalidad de un contrato de consorcio.

En definitiva, la agrupación empresarial acordada mediante un contrato de consorcio no es una estrategia en sí misma, sino un medio para alcanzar una estrategia empresarial diseñada y acordada por todos los consorciados en conjunto. Esta alternativa jurídica con implicaciones económicas debería ser apoyada por el Gobierno Nacional, tal como ocurre en Argentina¹⁶⁹ y Uruguay,¹⁷⁰ legislaciones que prevén incentivos para que empresarios utilicen este contrato para arrancar con negocios de manera en conjunta, trayendo beneficios como la creación de nuevas plazas de empleo, mayores ingresos para el país y en definitiva aumentar la actividad empresarial de la nación.

• ¹⁶⁹ Ley No. 26005 - Argentina. Art. 12.

• ¹⁷⁰ Ley No. 18323 - Uruguay. Art. 11.

6. RECOMENDACIONES

Por lo expuesto, considero necesario que el legislador ecuatoriano incluya en nuestro ordenamiento jurídico la figura contractual del consorcio celebrado entre sujetos de derecho privado, tal como se incluyó a los consorcios de derecho público a través del recientemente publicado Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, debido que se observó la importancia que la agrupación de diversas entidades gubernamentales y/o seccionales puede tener para el desarrollo de proyectos públicos tendientes a alcanzar fines de carácter social.

En varios países latinoamericanos como Uruguay, Argentina y Perú este contrato ya ha sido regulado por el órgano legislativo respectivo en atención a la importancia de este contrato en cada una de sus economías, iniciativa que debería seguir nuestro legislador.

Sin embargo, no se debería caer en errores cometidos por legisladores de otros países como sucedió en Argentina, donde en su respectiva ley de consorcios de cooperación, en uno de sus artículos se prescribe la obligatoriedad de inscripción del contrato en el Registro de Comercio so pena de ser considerado como sociedad de hecho en caso de omisión, sin tener en cuenta que en dicho país a la sociedad de hecho se considera como un sujeto de derechos y obligaciones. De esta forma se estaría atentando contra la naturaleza consensual del contrato de consorcio y su falta de personalidad jurídica que lo caracterizan.

Por tal motivo, una regulación adecuada del consorcio empresarial permite brindar seguridad jurídica tanto a empresarios como a instituciones públicas de control, sobre la naturaleza jurídica, características, funcionamiento y operatividad de este contrato de colaboración empresarial. Por lo cual, la nueva normativa legal debería incluir los siguientes aspectos:

Consortio de Empresas

Concepto

El consorcio es un contrato celebrado entre dos o más personas naturales o jurídicas, dedicadas a una misma actividad económica o conexas entre sí, mediante el cual se vinculan para regular las actividades de cada uno de sus integrantes a través de una organización común. Este contrato no origina una nueva persona jurídica distinta de sus miembros.

Partes

Los partícipes de este contrato pueden ser personas naturales y/o jurídicas, nacionales y/o sucursales de compañías extranjeras debidamente establecidas en el país; y, recibirán la denominación de consorciados.

Las partes deberán tener una participación activa mutua durante toda el plazo de duración del consorcio, y no se limitará a financiar la ejecución del mismo.

Objeto

El consorcio no está destinado a obtener y distribuir ganancias entre los partícipes sino a regular las actividades de cada uno de ellos.

El objeto de consorcio será fijado por las partes en una de las cláusulas del contrato, pero en ningún caso podrá tener como fin la restricción o eliminación de la competencia, o cualquier otra práctica anticompetitiva.

Responsabilidad

Los consorciados responderán personal e ilimitadamente por las obligaciones contraídas con terceros en relación con la parte de la obra, servicios o suministros a su cargo, salvo pacto en contrario debidamente estipulado en el contrato.

Sin embargo, no requiere la inscripción del contrato en el Registro Mercantil.

Órganos de gobierno y administración

El consorcio deberá contar con un órgano de gobierno, conocido como directorio, comité de gestión o cualquier otra denominación elegida por los consorciados, compuesto por un representante de cada uno de los partícipes del contrato, quienes deberán reunirse de manera periódica para la toma de decisiones concernientes a la dirección y administración de la agrupación empresarial. Cada miembro tendrá poder de decisión en relación proporcional a su aporte en el fondo común operativo.

El administrador será nombrado por dicho órgano de gobierno y deberá cumplir con todas sus directrices tendientes al cumplimiento del objeto del contrato. La administración podrá recaer en una o más personas.

Representación

La representación del consorcio será ejercida por el administrador o las personas que el consorcio designe, que se regirá por las reglas del mandato contenidas en el Código Civil. Los derechos y obligaciones del apoderado deberán constar en el contrato. Igualmente atribuciones para comparecer a juicio y transigir en representación de los consorciados, deberán contar de manera expresa en dicho instrumento o a través de un instrumento por separado, mediante el cual se le otorgue la procuración judicial al administrador.

Resoluciones del consorcio

Las resoluciones se adoptarán por mayoría de votos, salvo aquellas que tiendan a modificar las cláusulas del contrato de consorcio o su terminación anticipada, para lo cual se requiere la decisión unánime de los consorciados.

Derecho de separación del consorciado

En caso de rescisión parcial del contrato de consorcio, en los términos previstos en la legislación uruguaya, la participación del integrante saliente acrecerá la del resto de consorciados, siempre y cuando esté previsto en el consorcio. En caso de que el consorcio sea contratista con el Estado, dicha salida deberá ser informada de manera inmediata a la respectiva entidad contratante, sin perjuicio de las consecuencias que pueda traer, como la terminación del contrato y la responsabilidad generada por incumplimiento del proyecto.

Admisión o exclusión de nuevos consorciados

Los consorciados fijarán las reglas y condiciones para la admisión de un nuevo miembro en la agrupación empresarial.

La muerte, incapacidad, quiebra o disolución de un consorciado será causa legítima para la rescisión del contrato de consorcio a su respecto, siguiendo la naturaleza *intuitu personae* de este contrato, salvo pacto en contrario.

Contenido del contrato

El contrato de consorcio deberá ser celebrado mediante escritura pública y deberá contener:

- a. Lugar y fecha del otorgamiento del contrato
- b. Su denominación, con el aditamento "Consorcio".
- c. El nombre de los consorciados.

- d. Objeto, duración y domicilio.
- e. Derechos y obligaciones de los consorciados.
- f. Fondo común operativo con la respectiva indicación de los aportes por parte de cada integrante del consorcio. En caso de que no se forme dicho fondo, especificar la forma en que se solventará económicamente dicha agrupación para perseguir sus fines.
- g. Normas relativas a la dirección y administración del consorcio, tales como regulación de atribuciones del directorio y el administrador.
- h. Derechos y obligaciones del apoderado de la agrupación.
- i. Condiciones de admisión de nuevos consorciados, causas de exclusión y normas para la cesión de derechos de los miembros del consorcio.
- j. Sanciones por el incumplimiento de las obligaciones de los miembros.

Registro

La autoridad nacional de competencia¹⁷¹ llevará un registro de agrupaciones empresariales, por lo cual el representante del consorcio deberá remitir a dicha entidad, una copia certificada de la escritura pública mediante la cual se celebró el contrato de consorcio.

• ¹⁷¹ Actualmente la Subsecretaría de Competencia y Defensa del Consumidor, pero el proyecto de Ley de Competencia, prevé la creación de un organismo de vigilancia y control, autónomo de cualquier otra función del Estado.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ARRUBLA, Jaime. Contratos Mercantiles, Medellín, Tomo I, Editorial Diké. 2002.
- AVILA Y LUGO, José. Introducción a la Economía. México, Plaza y Valdes Editores, 2004.
- CABALLERO SIERRA, Gaspar. Los consorcios públicos y Privados. Bogotá, Ed. Temis, 1985.
- CALDERÓN HERNÁNDEZ, Gregorio y CASTANO DUQUE, Germán. Investigación en Administración en América Latina: Evolución y Resultados. Manizales, Universidad Nacional de Colombia, 2006.
- CEVALLOS VASQUEZ, Víctor. Compendio de Derecho Societario Ecuatoriano. Quito, Ed. Jurídica. Ecuador, 1992.
- CIPOLLA, Carlo. Historia Económica de la Población Mundial. Barcelona, Editorial Crítica, 2000.
- COLAIACOVO, Juan Luis; AVARO, Rubén Daniel; DE SA RIBEIRO ROSADO, Marilda; NARBONA VELIZ, Hernán. Joint venture y otras formas de cooperación empresarial internacional. Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1992.
- DROMI, Roberto. Competencia y Monopolio. Buenos Aires. Editorial Ciudad Argentina, 1999.
- ELIZONDO, Marcelo y Otros, Los consorcios de exportación. La experiencia latinoamericana y española. Buenos Aires, Libros de la Araucaria Fundación Standard Bank Fundación Export.Ar, 2009.
- FALCONÍ, Fander y OLEAS MONTALVO, Julio, compiladores. Economía ecuatoriana. Antología. Quito, Flacso-Ecuador, 2004.
- FARINA, Juan. Contratos comerciales modernos. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2005.
- FERNÁNDEZ DE ARROYABE, Juan Carlos y ARRANZ PEÑA, Nieves. La cooperación entre empresas. Madrid, ESIC Editorial, 1999.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Esteban y Otros. La competitividad de la empresa: un enfoque basado en la teoría de recursos, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997.
- FERRÉ TRENZANO, José María y FERRÉ NADAL, Jordi. La conducta del consumidor y del cliente. Madrid, Ediciones Díaz de Santos, 1997.
- GARCÍA ECHEVERRÍA, Santiago. Introducción a la Economía de Empresa. Madrid, Ediciones Diaz de Santos, 1994.
- GARRIGUES, Joaquin. La defensa de la competencia mercantil. Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964.
- HALPERÍN DONGHI, Tulio; GLADE, William; THORP, Rosemary. Historia Económica de América Latina: desde la independencia a nuestros días. Barcelona, Editorial Crítica, 2002.
- JERÉZ RIESCO, José Luis. Comercio Internacional. Madrid, Esic Editorial, 3ª Ed, 2000.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho. Madrid, Dykinson, Cuarta edición, 2004.
- LLADÓS, Joseph. Análisis de la economía española: Hacia un nuevo modelo de crecimiento. Barcelona, Editorial UOC. 2005.
- MARTÍN DE CASTRO, Gregorio. Reputación Empresarial y Ventaja Competitiva. Madrid, Esic editorial. 2008.
- MARZORATI, Osvaldo. Alianzas estratégicas y joint ventures. Buenos Aires, Ed. Astrea, 1996.

- MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, Jurídicas Europa-América, 1971. Tomo IV, págs. 16-24 en RIVAS MONTOYA, Luis. El consorcio Comercial en Colombia, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1986.
- MIHAESCU, Olga; RIALP, Alex; RIALP, Josep. La internalización de la empresa española en los nuevos estados miembros de la UE: Guía Práctica. Barcelona, Centro de Economía Industrial, 2005.
- MUSSONS SELLES, Jaume. La empresa y la competitividad. Barcelona, Ediciones UPC, 1997.
- NARVAEZ GARCÍA, José Ignacio. La Asociación por partes de Interés en Colombia. Bogotá, Legis Editores, 1983.
- OLAVARRÍA, Julio. Manual de Derecho Comercial. Santiago, Universidad de Chile, Tercera Edición, 1970.
- PAULEAU, Christine. Régimen Jurídico de las “joint ventures”. Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2003.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Tomo II, 1984.
- ROBERTS, John. La Empresa Moderna: Organización, Estrategia y Resultados. Madrid, Ed. Antoni Bosch, 2006.
- ROSALES OBANDO, José. Elementos de Microeconomía. San José, EUNED, 1994.
- RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, Adolfo. Manual de Derecho Mercantil. Madrid, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1999.
- SAINZ DE VICUÑA ANCÍN, José María. La Distribución Comercial: Opciones Estratégicas. Madrid, ESIC Editorial, 2da. ed., 2000.
- SETÓ PAMIES, Dolors. De la calidad de servicio a la fidelidad del cliente. Madrid, ESIC Editorial, 2004.
- SIERRALTA RÍOS, Aníbal. Joint Venture Internacional. Lima. Fondo Editorial PUCP, 1997.
- STANCANELLI, Giuseppe. Los consorcios en el derecho administrativo. Madrid, 1972.
- VILLEGAS, Carlos. Tratado de las Sociedades. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- Resolución CSJ No. 40-2004. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Publicada R.O. No. 414 de 6-IX-2004
- Gaceta Judicial. Año CVII. Serie XVIII, No. 2. Página 710. Quito, 7-VI-2006.
- Gaceta Judicial. Año LXVIII. Serie X. No. 8. Quito, 2-VII-1964.
- Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Quito, 17-V-2001.
- Criterio de la Procuraduría General del Estado dentro de la Consulta Jurídica dirigida por el Comité de Contrataciones de la Policía Nacional, publicada en la Revista Jurídica No. 5, Año 1, diciembre-enero de 1998.

JURISPRUDENCIA COMPARADA

- Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01. Sala de Casación Civil de Colombia. Caso consorcio Pedro Gómez Ing. & Co. Ltda. – Dicon Ltda vs. Granbanco S.A. Bancafé.
- Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01. Sala de Casación Civil de Colombia.
- Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia de 9 de octubre de 2003.

- Consejo de Estado de la República de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 31-I-1997.

LEGISLACIÓN ECUATORIANA

- Constitución de la República del Ecuador.
- Código Civil.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización
- Ley de Compañías
- Ley de Hidrocarburos.
- Ley de Régimen Tributario Interno.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Decisión 608 de la Comunidad Andina
- Reglamento de Aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno.
- Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Resolución Superintendencia de Compañías No. 2, publicada R.O. 400 de 10-III-2011.
- Resolución Superintendencia de Compañías No.10, publicada R.O. 369 de 16-VII-2001.
- Resolución SRI No. NAC-CON-1200. Publicada en R.O. 29-VIII-2003
- Resolución INCOP No. 35, publicada R.O. Sup. 65 de 12-XI-2009.
- Acuerdo Ministerial MIPRO No. 247 publicado R.O 39 de 2 de octubre de 2009.

LEGISLACIÓN COMPARADA

- Ley de Consorcios de Cooperación. Ley 26.005 (Argentina)
- Ley No. 22.903 (Argentina)
- Ley No. 19.550 (Argentina)
- Ley de Sociedades Comerciales (Uruguay).
- Ley de consorcios de exportación. (Uruguay)
- Ley 80-1993. *Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública. (Colombia)*
- Ley Orgánica sobre Promoción de la Inversión Privada bajo el Régimen de Concesiones (Venezuela)
- Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Ciencia Tecnología e Innovación (Venezuela)
- Codice Civile (Italia)
- Ordenanza No. 67-821 de 23-IX-1967. (Francia)

INTERNET

- ARCE CÁRDENAS, Yuliana Guisela. La Resolución Contractual y otras resoluciones conexas. Internet.Revista Essentia Iuris. Año III, Número 4, Marzo, 2007.Internet <http://essentiaiuris.iespana.es/B4-resolucion.htm>. Acceso: 09-XI-2010.
- Comisión Nacional de Televisión, Concepto 132463 de 2009. Internet. http://www.cntv.org.co/cntv_bop/basedoc/concepto/cntv/2009/concepto_cntv_0132463_2009.html. Acceso 10-V-2010.
- Consorcio Vachagnon. Internet. http://www.vachagnon.com/quitolimpio_esp.php Acceso: 05-X-2010.
- CORPEI. Internet. <http://www.ecuadorexporta.org/contenido.ks?seccionId=702>. Acceso: 02-XII-10.

- ESCRIBÁ ESTEVE. Alejandro. Hacia una perspectiva dinámica en el estudio de las Alianzas Estratégicas: Una revisión de la evolución de la literatura. Revista CEPADE Valencia, 2003. Internet
- <http://www.revistadyo.com/index.php/dyo/article/viewFile/146/146>. Acceso: 25-XI-10.
- Fundación Standard Bank, Ventajas y limitaciones de los consorcios de exportación que se forman en el marco de la ley 26.005. Internet
- <http://www.fstandardbank.com.ar/institucional/inst/sec-idsea/index.php?page=marco-legal/ventajas-y-desventajas-ley-consorcios>. Acceso: 28-X-2010
- Jesús David Sánchez de Pablo González del Campo Pedro Jiménez Estévez. La cooperación empresarial como estrategia de crecimiento: Motivos de su formación, ventajas e inconvenientes. Internet.
- http://dialnet.unirioja.es/servlet/fichero_articulo?codigo=2499441...0 Acceso:23-XI-10.
- LLORENTE, Sara. El fatídico artículo 6° de la Ley de Consorcios de Cooperación. Internet. www.estudioton.com.ar/.../llorente-art%206%20ley%20consorcios%20coop.doc Acceso: 28-X-2010.
- OCDE. Competition Issues in joint ventures. Policy roundtables. 2000. Internet. <http://www.oecd.org/dataoecd/0/33/2379097.pdf>. Acceso: 02-XI-2010.
- RINCÓN Heli Saúl. La Personalidad Jurídica del consorcio en Venezuela. Revista Electrónica Arbitrada: Commercium et Tributum. Vol. 1. Ed. 1. Octubre, 2008. Pág. 9. En <http://www.publicaciones.urbe.edu/index.php/commercium/article/view/176/189>. Acces

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Álvaro Bolívar Freire Guerrero, titular de la cédula de ciudadanía número 1716427222, autor del trabajo de graduación intitulado: “Los alcances y limitaciones del consorcio empresarial en la legislación ecuatoriana”, previa a la obtención del grado académico de LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS 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, 22 de junio de 2011
