

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ
Colegio de Jurisprudencia

Personalidad jurídica de los consorcios
Proyecto de investigación

Lenis Katerine Orellana Maroto

Director: Oswaldo Santos Dávalos

Trabajo de titulación como requisito para la obtención del título de abogada de los
Tribunales de la República del Ecuador

Quito, diciembre de 2016

Universidad San Francisco de Quito USFQ
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN

TITULO TRABAJO DE TITULACIÓN

Lenis Katerine Orellana Maroto

Oswaldo Santos Dávalos

Director del Trabajo de Titulación

Miembro del Comité del Trabajo de Titulación

Miembro del Comité del Trabajo de Titulación

Miembro del Comité del Trabajo de Titulación

Farith Simon, Dr.

Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, 16 de diciembre de 2016

Informe del director

Alumno: Lenis Katherine Orellana Maroto
 Tema: "Personalidad jurídica de los consorcios".
 Evaluador: Oswaldo Santos Dávalos
 Fecha: 7 de noviembre de 2016

1. Importancia del tema planteado

El tema planteado por la estudiante es trascendente. Los consorcios son figuras contractuales de utilización frecuente. Sin embargo, como bien anota la estudiante, existen opiniones divididas sobre la naturaleza del consorcio. En particular, se discute si el consorcio es una persona jurídica distinta a los socios.

2. Trascendencia de la hipótesis

La hipótesis que plantea la estudiante es trascendente. Si es cierto que los consorcios son personas jurídicas, entonces pueden entablar relaciones jurídicas distintas a las de los consorciados y tienen legitimación procesal. Además, la personalidad del consorcio permitiría una separación parcial de los patrimonios de los consorciados y el consorcio porque los acreedores de los consorciados no podrían hacer efectivas sus acreencias en el patrimonio del consorcio.

3. Suficiencia de los materiales empleados

La investigación es notable. La estudiante ha realizado un trabajo diligente y metódico. Ha revisado con amplitud la legislación y la jurisprudencia aplicables, tanto domésticas como extranjeras.

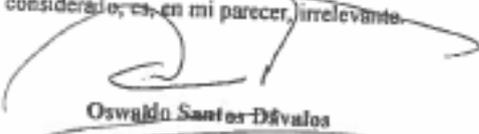
4. Contenido argumentativo

El contenido argumentativo es bueno. La estudiante explica persuasivamente por qué el consorcio es un contrato de sociedad que, como tal, da lugar a una persona jurídica. Refuta satisfactoriamente la posición contraria.

Como últimos comentarios, sugeriré a la estudiante explicar, aunque sea a título de digresión, dentro de qué tipología social se encajaría el consorcio. Si bien no es un tema determinante para dar respuesta a la hipótesis, resulta necesario que la estudiante lo mencione en aras de la exhaustividad.

También creo necesario que la estudiante sea clara con respecto a si la *affectio societatis* es un elemento esencial del contrato de consorcio. En mi opinión, sí lo es, pero consiste en el deseo de participar en las ganancias y pérdidas resultantes de la actividad consorcial. El *ánimo* de asociarse, subjetivamente considerado, es, en mi parecer, irrelevante.

Atentamente,


 Oswaldo Santos Dávalos
 Director

Este documento es fiel copia del original.

Ma. Nazaret Ramos
 Coordinadora del Colegio de Jurisprudencia USFQ

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Lenis Katherine Orellana Maroto

Código de estudiante: 00103167

C. C. 0802403154

Fecha: Quito, diciembre de 2016

Dedicatoria:

A Dios por ser mi guía.
A mis padres Víctor y Consuelo por su amor y ejemplo cotidiano, ustedes son mi
fortaleza y los gestores de este sueño.
A mis hermanos, especialmente a Edison por su apoyo incondicional.
A Jhossueth por ser mi inspiración.

Agradecimiento:

A la USFQ y a mis profesores del colegio de Jurisprudencia, quienes con mucha sabiduría supieron impartir sus conocimientos durante estos cinco años de carrera; en especial a Farith, Vladimir y Luis.

Agradezco también a Oswaldo Santos, por su valiosa dirección en la ejecución de éste trabajo investigativo, a Rodrigo Jijón por su apoyo en la entrega de importante material bibliográfico; y a José Irigoyen, por sugerir el estudio del tema sobre el que versa este trabajo.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es determinar si los consorcios privados tienen personalidad jurídica. En la doctrina hay un debate entre dos tesis: la primera sostiene que el consorcio es un contrato atípico y que, por lo tanto, no da lugar a una persona jurídica. Para la segunda tesis, el consorcio es una especie de sociedad porque cumple con los elementos esenciales de ese contrato y, en consecuencia, da origen a una nueva persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

La legislación ecuatoriana es ambigua en la determinación de la personalidad jurídica de los consorcios, pues hay disposiciones que podrían sostener una u otra posición. Este estudio procura contribuir a ese debate y explicar por qué los consorcios, en el sistema ecuatoriano, son contratos de sociedad que sí dan lugar al nacimiento de una persona jurídica.

ABSTRACT

The main objective of this work is to determine if private joint ventures have a separate legal personality. In legal doctrine there is a debate between two main theses: the first one, which states that the joint venture is a mere contract that does not give rise to a separate legal person. For the second thesis, this legal figure is species of society, because it fulfills the essential elements of this contract and, in consequence, gives origin to a new legal person, different from its members.

Ecuadorian legislation is ambiguous at establishing whether joint ventures are legal entities there are provisions that support either theses. This study seeks to contribute to this debate by explaining why joint ventures in the Ecuadorian system are society contracts which give rise to a different legal person.

Índice

| | |
|---|-----------|
| Introducción..... | 11 |
| | |
| Capítulo I. El consorcio | 13 |
| 1.1 Definición de consorcio | 13 |
| 1.2 Tipos de consorcio | 15 |
| 1.2.1 Consorcio público | 15 |
| 1.2.2 Consorcio privado..... | 16 |
| 1.3 Contrato de consorcio | 17 |
| 1.3.1 Definición | 17 |
| 1.3.2 Características..... | 18 |
| 1.4 Otras agrupaciones de empresas | 22 |
| 1.4.1 <i>Joint venture</i> | 22 |
| 1.4.2 Uniones transitorias de empresas (UTE) | 23 |
| 1.4.3 Sociedad en participación | 24 |
| 1.4.4 Grupos de interés económico (GIE) | 25 |
| 1.4.5 Sociedad comercial o mercantil..... | 26 |
| 1.4.6 Sociedad civil..... | 26 |
| 1.5 Posiciones sobre la naturaleza jurídica del consorcio | 27 |
| 1.5.1 El consorcio tiene naturaleza eminentemente contractual (tesis 1) | 27 |
| 1.5.2 El consorcio da lugar a una persona jurídica (Tesis 2)..... | 29 |
| | |
| Capítulo II: El contrato de consorcio en la legislación comparada | 31 |
| 2.1 Argentina..... | 31 |
| 2.1.1 Marco jurídico | 31 |
| 2.1.2 Denominación y definición..... | 32 |
| 2.1.3 Requisitos y características | 33 |
| 2.1.4 Naturaleza jurídica..... | 34 |
| 2.2 Perú | 34 |
| 2.2.1 Marco jurídico | 35 |
| 2.2.2 Denominación y definición..... | 35 |
| 2.2.3 Requisitos y características | 36 |
| 2.2.4 Naturaleza jurídica..... | 37 |
| 2.3 Francia..... | 37 |
| 2.3.1 Marco jurídico | 38 |
| 2.3.2 Denominación y definición..... | 38 |
| 2.3.3 Requisitos y características | 38 |

| | | |
|-------|--------------------------|----|
| 2.3.4 | Naturaleza jurídica..... | 39 |
| 2.4 | Evaluación..... | 39 |

Capítulo III: Naturaleza jurídica del consorcio en Ecuador43

| | | |
|-------|--|----|
| 3.1 | Generalidades y concepto | 43 |
| 3.2 | Marco jurídico | 46 |
| 3.3 | Elementos y características del contrato de consorcio..... | 50 |
| 3.3.1 | Participantes..... | 50 |
| 3.3.2 | Procurador común o representante | 51 |
| 3.3.3 | Aportaciones | 52 |
| 3.3.4 | Participación y reparto de beneficios..... | 52 |
| 3.3.5 | Responsabilidad frente a terceros | 53 |
| 3.3.6 | Objeto | 53 |
| 3.3.7 | Plazo de duración..... | 54 |
| 3.4 | Naturaleza jurídica del consorcio en el Ecuador..... | 54 |
| 3.5 | El contrato de sociedad y el contrato de consorcio | 56 |
| 3.5.1 | <i>Animus societatis</i> o <i>affectio societatis</i> | 59 |
| 3.5.2 | Fondo común | 60 |
| 3.5.3 | Participación en las ganancias y pérdidas..... | 63 |
| 3.6 | El consorcio como persona jurídica independiente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano | 64 |

Conclusiones67

Bibliografía.....69

Introducción

La rápida evolución de las actividades industriales y comerciales así como la incorporación de la tecnología como un componente imprescindible en el desarrollo de las empresas otorgan a las multinacionales una enorme ventaja competitiva frente a las pequeñas y medianas empresas, para la ejecución de actividades que requieren de un alto grado de especialización¹. Frente a este hecho, las pequeñas y medianas sociedades, por lo general, deciden asociarse para promover su fortalecimiento empresarial y así llevar a cabo emprendimientos que, por su magnitud, especialización y riesgo, no pueden efectuarse sin la formación de una asociación².

En el Ecuador, el consorcio es una forma de asociación empresarial que es empleada frecuentemente por las pequeñas y medianas sociedades para mejorar su competitividad en el mercado. Sin embargo, quienes actúan en el campo de la contratación, tanto pública como privada, han constatado con asombro el insuficiente desarrollo legislativo del ordenamiento jurídico ecuatoriano frente a esta forma de asociación empresarial³.

La somera regulación de los consorcios en el Ecuador ha llevado a juristas, abogados, jueces y funcionarios públicos expertos en la materia, a plantearse algunos cuestionamientos entorno a este tema: ¿Es el consorcio un contrato atípico, una sociedad de hecho o un contrato de sociedad? ¿El consorcio tiene personalidad jurídica? Estas interrogantes, entre otras, se derivan de la no uniformidad en el criterio que se utiliza a la hora de determinar cuál es la naturaleza jurídica del consorcio empresarial.

Frente al problema que se ha identificado respecto a la determinación de la naturaleza jurídica, la hipótesis que se plantea en este trabajo es que el consorcio empresarial es una especie de contrato de sociedad y, por tanto, tiene personalidad

¹ Carlos Villegas. *Tratado de las Sociedades*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 425.

² *Id.*, p. 432.

³ Rodrigo Jijón. *Régimen Legal de los Consorcios en Ecuador*. Tesis de Grado Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 1982, p. 1. Debe anotarse que la tesis en comento fue escrita antes de que entraran en vigencia disposiciones que se refieren al consorcio, a pesar de los múltiples reparos que se les puede formular y que se explicará más adelante.

jurídica, ya que cumple con los elementos esenciales del contrato de sociedad conforme al artículo 1957 del Código Civil, por lo que su constitución da origen a una nueva persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados.

La trascendencia de la hipótesis que se ha planteado, esto es, que el consorcio empresarial es una especie de contrato de sociedad resulta importante por dos consecuencias jurídicas fundamentales: 1) el consorcio tendría legitimación procesal y, en consecuencia, podría ser demandado directamente; y, 2) los acreedores de los consorciados no podrían perseguir sus acreencias en el patrimonio del consorcio.

Cabe destacar que este trabajo no pretende realizar un análisis respecto al régimen jurídico aplicable a la figura del consorcio empresarial; su objetivo es más sencillo: determinar exclusivamente si el consorcio empresarial tiene personalidad jurídica. Con ese objetivo se recurrirá a la legislación, jurisprudencia y doctrina nacionales y extranjeras.

Para verificar la hipótesis planteada, esta investigación está estructurada en tres capítulos. El primero resume la información doctrinaria sobre las nociones básicas que giran alrededor del concepto materia de este estudio. La finalidad de este capítulo es dar una visión amplia del consorcio empresarial conforme a la doctrina y plantear las tesis existentes respecto a la naturaleza jurídica del consorcio. El segundo capítulo analiza otras formas de asociación empresarial, contempladas en las legislaciones de Argentina, Perú y Francia, este capítulo tiene como finalidad el comprender cómo conciben ordenamientos jurídicos similares al nuestro a estas formas de asociación.

En el tercer capítulo se expondrá por qué, en nuestra opinión, la hipótesis planteada es verdadera, es decir, que el consorcio es una especie de contrato de sociedad. Con ese fin se hará un análisis de los distintos cuerpos legales existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tales como: Código Civil; Ley de Compañías; Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización; Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno; y sus respectivos reglamentos. Además, se recurrirá a la jurisprudencia ecuatoriana, en especial, a un importante fallo dictado por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia que fue publicado el 6 de septiembre de 2004 en el Registro Oficial número 414. Finalmente se presentará las conclusiones que recogen los principales resultados de esta investigación.

Capítulo I. El consorcio

El objetivo de este capítulo es estudiar al consorcio empresarial y establecer sus bases conceptuales. Para este efecto, se estudiará las distintas acepciones del término “consorcio” a partir de la doctrina desarrollada por juristas nacionales y extranjeros. Adicionalmente se estudiará a los dos tipos de consorcios existentes, esto es: el consorcio público y el consorcio privado, lo que permitirá delimitar el ámbito de este trabajo únicamente al estudio de estos últimos. Posteriormente, se analizará al contrato que da origen al consorcio con sus respectivas características. Asimismo, se examinará algunas de las figuras jurídicas afines al consorcio y para finalizar este capítulo se dará a conocer las dos posiciones desarrolladas a nivel doctrinario respecto a la naturaleza jurídica del consorcio empresarial.

1.1 Definición de consorcio

Para esta investigación es importante iniciar con la definición de consorcio, ya que en torno a este concepto se realizará el estudio y posterior análisis de la naturaleza jurídica del consorcio empresarial según la legislación ecuatoriana, legislación comparada, doctrina y jurisprudencia.

La Real Academia de la Lengua Española define al consorcio como: “(Del lat. *consortium*) 1. Participación y comunicación de una misma suerte con una o varias personas. / 2. Unión o compañía de quienes viven juntos, principalmente los cónyuges. / 3. Agrupación de entidades para negocios importantes”⁴. De estas tres acepciones, la que más se acerca a la materia de nuestro estudio es la tercera, ya que se refiere a la agrupación de entidades —entendiendo entidad en sentido amplio— para negocios importantes.

Esta variedad de sentidos también se refleja en los distintos tratadistas y, en consecuencia, el consorcio empresarial no tiene una definición unívoca. La doctrina plantea las siguientes definiciones: el tratadista colombiano Jaime Arrubla, define al

⁴ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española.

consorcio como “un contrato de colaboración entre dos o más empresarios con la finalidad de unir esfuerzos para lograr un determinado objetivo, generalmente la construcción de una obra, la prestación de un servicio o en general la ejecución de una empresa determinada sin que se establezca una sociedad entre ellas”⁵.

En el mismo sentido Giuseppe Stancanelli define al consorcio al manifestar que “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”⁶. James Rodner al respecto sostiene que el consorcio es un “acuerdo entre dos o más empresas para realizar un proyecto común, cada miembro conviene en que realizará una porción determinada del trabajo y como contraprestación tendrá derecho a una parte predefinida del precio de la obra, o del producto de la actividad común”⁷. Por otro lado, para el profesor venezolano Mario Feltri el consorcio constituye un contrato de sociedad que no está expresamente regulado por el Código Civil, por lo que, para entender los efectos jurídicos que su constitución produce, deben aplicarse las normas sobre el contrato de sociedad⁸.

Como se evidencia de la doctrina anotada, no existe uniformidad de criterios para proponer una definición de consorcio; la manera en la que cada autor define al consorcio varía. No obstante, vale destacar de las definiciones propuestas por los autores citados que todos coinciden con que el consorcio parte de una base asociativa; y es que cuando se habla de consorcio viene inmediatamente al entendimiento la idea de asociación, de unión entre varias personas para la gestión de intereses comunes. *Consortium*, asociación o acción concertada implica siempre un grupo de personas u organizaciones que actúan de común acuerdo. De ahí que el consorcio emerge cuando los protagonistas de la organización encuentran una actividad de interés común⁹.

⁵ Jaime Arrubla. *Contratos Mercantiles*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992, pp. 284-293.

⁶ Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Bogotá: Editorial Temis, 1985, p.11.

⁷ James Otis. *La Inversión Internacional en Países en Desarrollo*. Caracas: Editorial Arte, 1993, p. 67.

⁸ Mario Feltri. *Naturaleza jurídica de los denominados “consorcios” y de su comportamiento ante la ley de impuesto sobre la renta*. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/9/rdpub_1982_9_67-70.pdf (acceso: 27/10/2016).

⁹ Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. *Óp. cit.*, p. 3.

Dada la pluralidad de conceptos y tomando en consideración que no existe un criterio uniforme a la hora de definir al consorcio empresarial, se ha extraído de los autores citados algunos elementos y se propone para el desarrollo de este trabajo investigativo concebir al consorcio como: la asociación que surge entre dos o más personas naturales o jurídicas, que deciden unir sus esfuerzos para el desarrollo en común de una actividad, que puede consistir en la realización de una obra o la prestación de un servicio, para lo cual los participantes deciden realizar un aporte de cualesquier naturaleza para llevar a cabo un objetivo común, luego de lo cual esperan recibir un beneficio económico.

El consorcio, tal y como se lo ha definido, hace alusión exclusivamente al consorcio privado. Nos interesa la definición de consorcio privado porque nuestro trabajo versará sobre él. Sin embargo, es menester notar que la doctrina distingue dos tipos de consorcios según la calidad de sus miembros: el consorcio público y el privado. A continuación se revisará algunas de sus características.

1.2 Tipos de consorcio

La clasificación más importante de los consorcios, según la doctrina, atañe a dos grandes grupos: consorcios privados, integrados por personas del derecho privado, y consorcios públicos, conformados en su generalidad por entes públicos, con un sello indeleble de *ius publicum*¹⁰. Esta clasificación es respecto al fin perseguido y a la calidad de sus integrantes¹¹.

1.2.1 Consorcio público

Gaspar Caballero respecto al consorcio público, sostiene que no hay socios propiamente dichos, ni una búsqueda de utilidades y rendimientos, ni distribución de ganancias o pérdidas, sino un propósito de unión entre diversos entes administrativos, con o sin la colaboración de los particulares, para prestar un servicio o para ejecutar una labor, pero en todo caso movidos por el interés público general o colectivo y actuando

¹⁰ Según la definición propuesta por Guillermo Cabanellas, derecho público es el conjunto de normas reguladoras del orden jurídico relativo al Estado en sí, en sus relaciones con los particulares y con otros Estados. (*Diccionario jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2008, p. 122).

¹¹ Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Óp. cit., p. 34.

con *personalidad jurídica propia*,¹² distinta de la de los propios consorciados, como un auténtico sujeto de derechos y de obligaciones.¹³

En los consorcios de Derecho público, según Caballero, la manifestación más característica es la de los consorcios entre municipios para la mejor o más económica realización de ciertos servicios públicos. Esos consorcios están sometidos al control estatal, dado que las aportaciones para su constitución devienen de fondos del fisco¹⁴. El objeto de este consorcio, según el mismo autor, es dar nacimiento a una nueva persona jurídico-pública que satisfaga determinadas necesidades colectivas¹⁵. Cuando el consorcio se constituye entre entes públicos, las situaciones jurídicas que estructuran la organización se rigen principalmente por las normas del derecho administrativo. Y, es así, como lo conciben gran parte de los ordenamientos jurídicos de América Latina entre los que se puede destacar Colombia, Argentina y Ecuador¹⁶.

De lo expuesto, se evidencia que, en el Derecho administrativo, el consorcio público crea una nueva persona de Derecho público con prerrogativas de poder para el ejercicio de las actividades propias de los entes asociados o consorciados, y naturalmente diferenciable de los consorcios privados, como se verá a continuación.

1.2.2 Consorcio privado

Vinicio García sostiene que cuando el fin del consorcio mira al beneficio exclusivo de los participantes nos encontramos ante un consorcio privado. Así pues, contrario a lo que ocurre en el consorcio público donde el objetivo es el servicio público o reviste un interés general o colectivo, en el consorcio privado los beneficios serán directamente para los integrantes del consorcio. En el ámbito del Derecho privado, según el citado autor, el consorcio empresarial se presenta como una opción válida y eficaz con gran

¹² *Id.*, p. 3.

¹³ José Dromi agrega que “la eficacia y la complejidad organizativa estatal exigen que diversas corporaciones y entidades públicas cooperen en actividades de interés general bajo técnicas de colaboración administrativa: consorcios, corporaciones, colegios, cámaras, consejos, cooperativas, círculos, etc” (*Federalismo y Municipio*. Buenos Aires: Editorial Idearium, 1980, p. 109.)

¹⁴ Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. *Óp. cit.*, p. 88.

¹⁵ *Id.*, pp. 88-92.

¹⁶ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 286. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

aceptación, para que varios sujetos del derecho privado puedan unir sus esfuerzos en la búsqueda de un objetivo común que les beneficie mutuamente¹⁷.

En este contexto y dado que el tema central de la investigación que nos compete gira entorno a esta forma de asociación, resulta fundamental estudiar en primer lugar el contrato que da origen al consorcio empresarial, ya que es en este instrumento donde se encuentra plasmada la voluntad de las partes.

1.3 Contrato de consorcio

El acuerdo inicial o contrato es la base asociativa mediante el cual los miembros del consorcio demuestran su voluntad de unirse para la búsqueda de un objetivo común. El contrato constitutivo del consorcio será el que determinará los elementos bajo los cuales operarán los asociados para la gestión del objetivo en común. En el siguiente apartado se ensaya una definición del contrato de consorcio y se resumen las principales características de este contrato según la doctrina extranjera.

1.3.1 Definición

Para esta investigación resulta fundamental establecer una definición del contrato de consorcio, pero esta tarea ha resultado un tanto compleja ya que, en palabras de Garrigues, faltando normas jurídicas es difícil construir un concepto jurídico¹⁸. Sin embargo, de la doctrina analizada hasta ahora se puede esbozar una definición para el contrato de consorcio conforme al criterio de algunos juristas que se refieren a ordenamientos donde, al igual que en el Ecuador, no se tiene un régimen legal explícito para los consorcios. Se extrae entonces que: el consorcio es un contrato atípico por el que las partes convienen de manera libre y voluntaria llevar a cabo una gestión en común que puede consistir en la ejecución de una obra o la prestación de servicios.

No obstante, como se verá más adelante, el criterio que se ha expuesto sobre la atipicidad no es una regla general en cuanto hay juristas y ordenamientos jurídicos que

¹⁷ Vinicio García. “Los Consorcios en la Contratación Pública Ecuatoriana”. *Celebración de Contratos Administrativos*. Genaro Eguiguren (ed.). Quito: Corporación Editora Nacional, 2001, p. 98.

¹⁸ Garrigues. “Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX”. T.IV. Citado en Roberto Caizahuano. “Consortio” en Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. *Las otras clases de compañías en el Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 2009, pg. 176.

conciben de forma distinta a los consorcios. La doctrina además sostiene que el contrato de consorcio es plurilateral, oneroso, transitorio, solemne e *intuitu personae*. Estos elementos se analizan en el siguiente apartado.

1.3.2 Características

La mayoría de tratadistas sostiene que el contrato de consorcio es *atípico*. José Narváez, por ejemplo, afirma que “el consorcio no corresponde en Colombia a ningún contrato tipificado y regulado en la formación sobre los acuerdos voluntarios para crear, regular o extinguir entre las partes una relación jurídica patrimonial”¹⁹. Pero, no en todos los países se define al consorcio como un contrato atípico; en Argentina, Italia, España, entre otros, los consorcios son considerados contratos típicos. No obstante, en algunos países estos contratos no encuentran regulación por lo que son considerados contratos atípicos. Por esta razón —como señala Christine Pauleau— se ha intentado resolver los problemas relacionados con la determinación de la disciplina normativa aplicable a los consorcios, acercándolos a algunos tipos genéricos e interrogándose sobre la posibilidad de aplicar, por analogía y de forma subsidiaria, el régimen de los mismos a los pactos libremente establecidos entre las empresas fundadoras²⁰. Al ser concebido como un contrato atípico, en general, las estipulaciones del contrato de consorcio no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados²¹. Sin embargo, como se verá en el tercer capítulo, la concepción del consorcio como un contrato atípico no necesariamente debe ser aplicado en Ecuador, pues analizando las normas pertinentes se verá que el consorcio empresarial encaja en la definición de contrato de sociedad contemplada en el Código Civil Ecuatoriano.

En este sentido, el contrato de consorcio, al ser un contrato que surge ante la necesidad de las empresas de asociarse para compartir riesgos y operaciones por un tiempo determinado, y dado que algunas de las legislaciones en Latinoamérica, incluido Ecuador, no prevén un marco jurídico claro para la regulación de estas y otras

¹⁹ José Narváez. “La asociación por partes de interés en Colombia”. Bogotá. Edit. Legis. 1983. Citado en Roberto Caizahuano. “Consorcio” *Óp. cit.*, p. 176.

²⁰ Christine Pauleau. *Régimen Jurídico de las “Joint Ventures”*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 220.

²¹ Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. *Teoría General del Contrato y del Negocio jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A. p. 50.

asociaciones empresariales, los consorcios en su gran mayoría se rigen por las estipulaciones que los contratantes de común acuerdo aceptan seguir en virtud del principio de la *autonomía de la voluntad*²². Así pues, es en este tipo de contratos donde se puede evidenciar la utilidad e importancia que tiene el principio de la autonomía de la voluntad privada, sobre todo en los contratos que –como se ha dicho– no se encuentran regulados en el ordenamiento jurídico²³.

Otra de las características del contrato de consorcio es que es *principal*, en cuanto desde una perspectiva estructural, el rasgo que caracteriza al consorcio es la existencia de un contrato base que es el documento que le da vida²⁴. En este contrato se establecen las cláusulas de participación entre las partes, los compromisos, aportaciones, forma de operación, vigencia; en fin, todo lo que tenga que ver con el consorcio. De suerte que el contrato no depende jurídicamente de otro contrato para existir, sino que subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención²⁵.

El contrato de consorcio es además *plurilateral*. Esta característica tiene que ver con la calidad de las prestaciones de las partes en un contrato de consorcio, esto es considerarlas como autónomas y no recíprocas²⁶. Manuel de la Puente y Lavalle respecto a esta característica sostiene que:

[...] lo peculiar del contrato es que el vínculo jurídico obligacional que surge en virtud de dicho consentimiento contiene prestaciones que no son recíprocas entre las partes, sino que van dirigidas a un fin común corriendo suertes autónomas unas de

²² Respecto a los contratos atípicos, Javier Arce sostiene que el fundamento económico y pragmático del nacimiento de los contratos atípicos coincide con la necesidad de adaptar los contratos a los fines empíricos y a las necesidades reales de las partes contratantes. Por esta razón, los contratos atípicos se presentan con relativa frecuencia en el ámbito de las relaciones comerciales y financieras, en donde, por la dinámica de dichos actos, es común observar que se presente el fenómeno atípico de la existencia de relaciones al margen de la legislación, pero, en la medida que sean lícitas, son también válidas, asevera Víctor Castrillón. (*Contratos Mercantiles Atípicos*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1997, p. 113).

²³ Ospina al respecto sostiene que “es en virtud de este principio que los interesados consultando su mejor conveniencia, determinan los efectos que han de producir, su alcance, sus condiciones y modalidades, aunque las respectivas estipulaciones no se amolden a los actos patrones reglamentados por la ley” (Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. *Teoría General del Contrato y del Negocio jurídico*. Óp. Cit., p. 50.).

²⁴ Mario de la Madrid. *El Joint Venture como Sociedad*. archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1943/8.pdf (acceso: 25/10/2016).

²⁵ Gerardo García. *Joint Venture. Generalidades y Clasificación*. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015, p. 514.

²⁶ Arias-Schreiber Pezet, Max y Arias-Schreiber Montero, Ángela “Los Contratos Modernos”. Gaceta Jurídica Editores. Tomo I. 2da. Edición. Lima, Perú, pg. 155. Citado en Jorge Conde. *Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento*. Lima: Vox Juris, 2014, p. 57.

otras, de tal manera que la ejecución de una prestación no está sujeta a la ejecución de las demás. Falta ese paralelismo o simetría entre las prestaciones que caracteriza al moderno contrato con prestaciones recíprocas²⁷.

Por ende, existe una pluralidad de prestaciones autónomas que están a cargo de dos o más partes cuyas obligaciones sólo están encaminadas a la ejecución de un fin común.

La *onerosidad* según la doctrina, es otro de los elementos que caracteriza al contrato de consorcio. Alessandri, al respecto, sostiene que la onerosidad del contrato está dada en proporción a la utilidad que éste le reporta a las partes. Si ambas partes obtienen utilidad, es oneroso, porque en tal caso ambas deben soportar un gravamen; de otro modo no habría beneficio recíproco²⁸. En el contrato de consorcio no se observa esa mera liberalidad. Al contrario, el consorcio es un contrato oneroso por cuanto cada una de las partes ejecutan prestaciones a su cargo valoradas en dinero, en tal sentido participan en los beneficios que se obtienen, así como en las pérdidas, las que serán distribuidas según el porcentaje de participación que hayan pactado las partes en el contrato de constitución²⁹.

Al consorcio también se lo considera como una agrupación *temporal* de empresas o personas naturales que se asocian generalmente para llevar a cabo un determinado proyecto. Bajo esta premisa, resulta lógico que su terminación en forma general y normal se dé cuando se haya verificado la recepción definitiva de los trabajos contratados. Este criterio es compartido por Caballero, quien sostiene que la duración del consorcio depende de la operación, es decir hasta la finalización de la misma³⁰.

Otro aspecto distintivo del contrato de consorcio, según la doctrina, es que es un contrato *solemne*, sobre todo aquellos consorcios privados que se constituyen para participar dentro de los procesos de contratación pública cuando así la ley lo prevé,

²⁷ Manuel de la Puente y Lavalle. El Contrato en General. Perú: En Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda Parte. Vol. XV. Tomo IV, p. 465. Citado en Jorge Conde. *Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento*. Óp. cit., p. 57.

²⁸ Arturo Alessandri. *De los Contratos*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2011, p. 22.

²⁹ Louis Josserand propone el empleo de dos criterios para determinar la onerosidad del acto jurídico: a) el acto gratuito es siempre un acto de liberalidad y, por consiguiente, no debe faltar en él la intención liberal; y b) además, es necesario que esta intención tome cuerpo en la economía del acto; que efectivamente haya un servicio prestado desinteresadamente por el agente público o por alguno de los agentes en favor de otro. (Louis Josserand. *Cours De Droit Civil Positif Français*, Tomo II, 3° ed. Paris, Recueil Sirey, 1932, p. 27. Citado en Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. *Teoría General del Contrato y del Negocio jurídico*. Óp. cit., p. 53.)

³⁰ Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Óp. cit., p. 30.

según lo confirma Roberto Caizahuano³¹. Fuera de este caso, el contrato de consorcio tiene un carácter consensual y no se sujeta a ningún tipo de formalidad³². Sin embargo, autores como Jorge Conde y Vinicio García sostienen que, para seguridad jurídica de los propios contratantes y de terceros interesados, el contrato de consorcio debe celebrarse por escrito y ante notario público. Así pues, el contrato adquiere el carácter de *ad probationem*, es decir, que actúa únicamente como un medio de prueba³³. En este sentido se deduce que, para la doctrina, el consorcio es un contrato consensual, por regla general, y, excepcionalmente, para los casos de contratación pública en los que la ley exija una formalidad, es solemne.

Para finalizar con las características del consorcio empresarial, la doctrina sostiene que este, es además, *intuito personae*. En cuanto las personas físicas o jurídicas que se vinculan por este medio buscan contar con los beneficios de tener un acercamiento con la otra parte de la negociación, ya sea por el conocimiento que tiene, la tecnología con la que cuenta, el mercado al que atiende, etcétera. Al respecto, Sierralta dice que:

La especialidad en la producción de determinados productos o los conocimientos y el dominio tecnológico son los que dan motivo a una parte para acercarse a otra. De la misma manera como la posesión de las materias primas o el conocimiento de los canales de comercialización hacen que otros busquen un adventurer que los complemente. En fin, las características particulares y a veces originales de los sujetos son las que los hace unirse [...] ³⁴.

En este sentido, Gerardo García afirma que, si uno de los participantes faltare, bien podría darse por terminado el contrato de consorcio, pues —como se ha visto— los integrantes del consorcio se seleccionan de conformidad a sus características particulares.

Una vez que se han expuesto las características particulares del contrato de consorcio, en el próximo apartado se exponen otras formas de asociación empresarial que, por su semejanza con el consorcio empresarial, son relevantes para este estudio.

³¹ Roberto Caizahuano. “Consorcio”. *Óp. cit.*, p. 182.

³² Vinicio García. “Los Consorcios en la Contratación Pública Ecuatoriana”. *Óp. cit.*, p. 102.

³³ Jorge Conde. *Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento*. *Óp. cit.*, p. 60.

³⁴ Aníbal Sierralta. *Joint Venture Internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997. p. 78.

1.4 Otras agrupaciones de empresas

Hasta ahora ha quedado claro que el consorcio constituye una forma de agrupación empresarial de personas naturales o jurídicas que se unen para alcanzar un objetivo en particular. Sin embargo, es importante puntualizar que existen otras formas de agrupación empresarial contempladas en las diversas legislaciones del mundo. Rodrigo Jijón sostiene que no toda agrupación constituye un consorcio, por lo que la agrupación de empresas es el género y el consorcio la especie. Señala además que, determinar cuáles son las formas por las que se puede crear una agrupación de empresas es tarea harto difícil, dentro de un sistema fundado en la *libertad contractual* ya que los empresarios pueden elegir la forma de asociarse que más convenga a sus intereses³⁵.

Así pues, ante la existencia de incontables formas de asociación, es importante para el estudio de la naturaleza jurídica de los consorcios conocer de manera general como operan los otros grupos de asociación empresarial a fines al consorcio.

1.4.1 *Joint venture*

El *joint venture* es la figura de colaboración empresarial del derecho norteamericano por excelencia, que se ha tomado como referencia para crear nuevas figuras de colaboración empresarial. Por eso resulta complejo precisar con exactitud la naturaleza y el alcance jurídico de un *joint venture* en cuanto la figura ha sido adoptada para desarrollar distintos tipos de actividades empresariales,³⁶ que no siempre coinciden con el concepto jurídico que originalmente se tuvo de él³⁷.

¿Qué es, realmente, un *joint venture*? Mario de la Madrid señala que establecer una definición resulta complejo dada la diversa gama de modalidades que en la práctica presenta el *joint venture*; así, tenemos, según el autor: 1) El *joint venture societario*, en

³⁵ Rodrigo Jijón. *Régimen Legal de los Consorcios en Ecuador. Óp. cit.*, p. 6.

³⁶ Ernesto Martorell (Dir.). *Tratado de Derecho Comercial*. Tomo VIII: Sociedades Mercantiles y Joint Ventures. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 658.

³⁷ El *joint venture* ha sido con frecuencia involucrado con otras figuras, según la experiencia y tradición de cada país. Así, ha sido considerado como una asociación en participación, una unión transitoria de empresas, una sociedad mercantil de personas o un consorcio. Arnold Wald, respecto a esta última figura, sostiene que “el consorcio es una forma reciente de concentración empresarial [...] que corresponde al *joint venture* del derecho norteamericano”. Este criterio es compartido por José da Silva Pacheco, Fabio Konder Comparato, Waldiri Bulgarelli, entre otros, que ven en el consorcio de origen latino una forma de agrupación empresarial similar al *joint venture* americano. (Aníbal Sierralta. *Joint Venture Internacional. Óp. cit.*, p. 58.).

el que las partes emplean una sociedad-persona como vehículo para cumplir el acuerdo. 2) El *joint venture contractual*, que se presenta cuando la relación permanece en un plano eminentemente contractual, sin trascender a una persona jurídica. 3) El *joint venture mixto*, que es una mezcla de los anteriores: una parte de la relación se cumple a través de una persona jurídica y otra se ejecuta por las partes sin utilizar sociedad-persona alguna³⁸. El mismo autor define al *joint venture* de manera general, como:

[...] El acuerdo de emprender una actividad determinada, de manera conjunta, a través de los medios que también definen, para lo cual se obligan a efectuar contribuciones de diversa naturaleza, con la pretensión de alcanzar un beneficio común y, salvo pacto en contrario, participar en las pérdidas, con la posibilidad, para ambas partes, de ejercer la gestión y el control de la referida actividad o de una parte de ella [...]³⁹.

1.4.2 Uniones transitorias de empresas (UTE)

La unión transitoria de empresas (UTE) es una modalidad de los denominados grupos de colaboración empresarial, entre los que como se ha mencionado en el párrafo anterior se encuentra el *joint venture*. Esta figura está contemplada en la legislación argentina y en el artículo 1463 del Código Civil y Comercial de la Nación se establece la definición legal de la UTE, señalando que “hay contrato de unión transitoria cuando las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República. Pueden desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal”⁴⁰.

Una de las características principales de la UTE es que deben constituirse mediante contrato, que debe formalizarse por escrito, y puede otorgarse por instrumento público o privado, y debe ser inscrito en la entidad correspondiente con el único efecto de publicidad, ya que dicha inscripción no le otorga el carácter de sujeto de derecho⁴¹. De lo expuesto, se deduce que la UTE tiene un carácter exclusivamente contractual, por lo

³⁸ Mario de la Madrid. *El Joint Venture como Sociedad*. Óp. cit., p.82.

³⁹ *Id.*, p. 84.

⁴⁰ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1463. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014.

⁴¹ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1465. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014.

que no da nacimiento a una persona jurídica distinta a sus miembros; y, por ende, al no ser persona, no es un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones⁴².

1.4.3 Sociedad en participación

La sociedad en participación, según Kurlat y Ugarte, surge cuando un sujeto llamado “socio gestor”, se asocia y hace participar a otro u otros en la realización de un negocio que él mismo contrata a título individual con un tercero, el cual usualmente desconoce la existencia de esta sociedad, lo que hace que se la denomine también sociedad oculta⁴³.

Los citados autores proponen algunas características de la sociedad en participación entre las que se encuentran: 1) Es *oculta*, por cuanto uno es el socio que actúa frente a los terceros, quienes contratan sólo con él, por lo que los demás socios ocultos responderían sólo por los aportes realizados al socio gestor. 2) Es *anómala*, ya que esta sociedad carece de los elementos esenciales que caracterizan a las sociedades en general, como la personalidad jurídica, denominación social, domicilio y fondo social. 3) *Transitoria*, por cuando la sociedad agota su existencia cumpliendo el negocio para el que se constituyó. 4) De *objeto social limitado*, pues su objeto se limita a uno o más negocios determinados. 5) *No formal*, ya que no está sometido a forma alguna ni debe inscribirse. 6) *Interna*, al no poseer personalidad jurídica ni patrimonio autónomo, su funcionamiento se limita a las relaciones internas entre los socios⁴⁴.

Por las características enunciadas, con frecuencia se confunde al contrato de cuenta en participación con el *joint venture* y, por tanto, con el consorcio. No obstante, Aníbal Sierralta anota algunas diferencias entre el contrato de participación y el *joint venture*, dentro de las que se puede destacar: a) En la sociedad en participación, el socio gestor responde exclusivamente frente a terceros; mientras que, en el consorcio todos los contratantes son responsables en cuanto las operaciones importen directamente al objeto del negocio. b) En la sociedad en participación se cumple el objeto del contrato mediante la actividad del socio gestor que es quien asume la dirección. En el consorcio en cambio, cada partícipe interviene directamente en la operación. c) La asociación en

⁴² Ernesto Martorell (Dir.). Tratado de Derecho Comercial. *Óp. cit.*, p. 687.

⁴³ *Id.*, p. 630.

⁴⁴ *Id.*, pp. 634-635.

participación tiene como fin lograr utilidades, en tanto el *joint venture* —según Sierralta— busca una relación de cooperación para alcanzar objetivos comunes de los que pueden derivarse o no beneficios económicos⁴⁵. Por lo expuesto, Sierralta sostiene que es errada la afirmación hecha por Víctor Torres y Fernando O’Phelan al equiparar el *joint venture* (consorcio) a una asociación en participación⁴⁶.

1.4.4 Grupos de interés económico (GIE)

Los grupos de interés económico (GIE) tienen su origen en Francia y actualmente se regulan por el Código de Comercio de Francia. En el artículo L. 251-1 se establece que “dos o varias personas físicas o jurídicas podrán constituir entre ellas una agrupación de interés económico con una duración determinada”⁴⁷. Los GIE en Francia, son considerados como una etapa intermedia en el camino entre la asociación y la sociedad, por lo que son difíciles de conceptualizar. No obstante, algunos doctrinarios franceses como Ives Guyón y Georges Coquereau han propuesto la siguiente definición para esta institución: “los grupos de interés económico son personas morales constituidas libremente entre personas indefinidas y en principio solidariamente responsables, que se reúnen, con la mira de poner en obra los medios propios destinados a desarrollar sus actividades económicas mantenidas independientemente”⁴⁸.⁴⁹

⁴⁵ Aníbal Sierralta. *Joint Venture Internacional*. *Óp. cit.*, p. 82.

⁴⁶ *Id.*, p. 83.

⁴⁷ Código de Comercio (Francia). Artículo L. 251-1. <https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance> (acceso: 10/08/2016).

⁴⁸ Ricardo Sandoval. “Los Grupos o Agrupaciones de Interés Económico”. *Revista de Derecho. Concepción*: Editorial Andrés Bello., pp. 110-111.

⁴⁹ Patrick Durand y Jacques Latscha, establecen que los GIE constituyen una persona jurídica “*sui generis*” que goza de personalidad moral y capacidad jurídica plena desde la inscripción en el Registro de Comercio de Francia y desde que se ajustan a las prescripciones de la ordenanza de 1967. Por tanto, al ser una persona jurídica, tendrá los atributos correspondientes como un nombre, razón o denominación social; un domicilio o sede social; y, un patrimonio, aun cuando bien puede preverse su constitución sin necesidad de aportes de capital, lo que no obsta para que en el decurso de su vida vaya formando su propio patrimonio. Los GIE han tenido amplia acogida en el sector empresarial de la economía francesa, permitiendo a las partes asociarse, en vista a crear una unidad económica destinada a armonizar, concentrar y desarrollar sus actividades. (Ricardo Sandoval. “Los Grupos o Agrupaciones de Interés Económico”. *Óp. cit.*, p. 109.)

1.4.5 Sociedad comercial o mercantil

Las sociedades pueden ser civiles o comerciales. Las sociedades son comerciales cuando dos o más personas se organizan, para efectuar negocios que la ley califica como actos de comercio⁵⁰. Para Carlos Villegas la diferencia sustancial entre una y otra sociedad radica en que la sociedad comercial realiza “actos de comercio”, mientras que la sociedad civil ejecuta actos “no comerciales”⁵¹.

Guillermo Cabanellas agrega que las sociedades comerciales requieren de un procedimiento de inscripción para poder operar regularmente; ese procedimiento, implica manifestar expresamente qué tipo de sociedad se desea constituir, a falta de esa inscripción Cabanellas sostiene que la sociedad no tendría los efectos regulares de tal⁵².

La constitución de una sociedad comercial según Lisandro Peña da origen a una persona jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Así pues, la sociedad mercantil, una vez constituida legalmente por escritura pública, integra un ente independiente de cada uno de los socios, capaz de contraer derechos y obligaciones por sí sola. Su formación como una persona jurídica es determinante, ya que se genera la separación del patrimonio de la sociedad del de sus asociados individualmente considerados. El efecto constitutivo de la sociedad mercantil tiene por virtud crear la persona jurídica, y ello implica el surgimiento de una personalidad distinta de la de los socios individualmente considerados y de unos atributos, que la sociedad adquiere una vez que nace, tales como nombre, capacidad jurídica, domicilio, patrimonio y nacionalidad⁵³.

1.4.6 Sociedad civil

La sociedad civil es la que no tiene objeto comercial. En consecuencia este tipo de sociedad es la que se forma para realizar negocios calificados como actos civiles. La sociedad civil nace como “persona jurídica” por el solo hecho de la celebración del contrato de sociedad, que constituye el acuerdo de dos o más personas que estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello

⁵⁰ Carlos Villegas. *Tratado de las Sociedades*. Óp. cit., p. 235.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Guillermo Cabanellas. *Introducción al Derecho Societario*. Buenos Aires: Heliasta, 1993, p. 347.

⁵³ Lisandro Peña. *De las Sociedades Comerciales*. Bogotá: ECOE Ediciones, 2014, p.24.

provenza⁵⁴. Así, Gilberto Villegas sostiene que la sociedad nace y la persona jurídica se “crea” por el simple acuerdo de las partes. En consecuencia, es un contrato consensual que se perfecciona con la expresión de la voluntad de las partes⁵⁵.

Para concluir Guillermo Borda señala las siguientes distinciones entre las sociedades civiles y comerciales. a) Las sociedades comerciales deben inscribirse en el Registro Público; las civiles están exentas de tal requisito. b) las sociedades civiles son siempre *intuitu personae*; las comerciales no siempre. c) con relación a las primeras es competente la justicia civil; con respecto a las segundas, la comercial⁵⁶.

1.5 Posiciones sobre la naturaleza jurídica del consorcio

De la sección anterior se evidencia que existen figuras jurídicas afines al consorcio, cada una de ellas con un régimen y tratamiento especial. Sin embargo, el consorcio empresarial, como se revisó al inicio de este capítulo, es considerado por gran parte de la doctrina como un contrato atípico. No obstante, este no es un criterio uniforme, razón por la cual se ha generado un intenso debate jurídico respecto a la naturaleza jurídica del consorcio empresarial⁵⁷. En este contexto, a continuación se revisará las dos tesis que surgen del debate jurídico planteado por la doctrina y la jurisprudencia entorno a la naturaleza jurídica del consorcio como una forma de asociación empresarial.

1.5.1 El consorcio tiene naturaleza eminentemente contractual (tesis 1)

Juan Luis Colaiácovo señala que el consorcio es un mero contrato, que no provoca la creación de un nuevo ente jurídico y puede existir apenas en el ámbito de las

⁵⁴ Carlos Villegas. *Tratado de las Sociedades*. Óp. cit., p. 226.

⁵⁵ Como persona jurídica que es, distinta de los socios que la integran, debe tener un nombre y un domicilio. De igual forma, la sociedad debe tener un objeto civil, que ha de ser lícito y posible. Respecto a los aportes, cualquier bien puede ser susceptible de aporte, y cuantos bienes se quiera, especificándolos. Respecto a la división de ganancias, los socios pueden convenir cualquier forma para dividir las ganancias y soportar las pérdidas. Pero, si nada se hubiere convenido, se entenderá que las ganancias se dividirán a prorrata de los aportes efectuados y la división de las pérdidas a prorrata de la división de los beneficios. Lo mencionado se refiere de forma general al régimen de las sociedades civiles; no obstante, cada país aplicará las normas pertinentes a su ordenamiento jurídico. (Carlos Villegas. *Tratado de las Sociedades*. Óp. cit., p. 227.).

⁵⁶ Guillermo Borda. *Manual de Contratos*. 18va. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1999, p. 490.

⁵⁷ Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Óp. cit., p. 71.

estructuras internas de las empresas consorciadas⁵⁸. En su opinión, el consorcio constituye un simple contrato por el que los participantes de la asociación estipulan las obligaciones que han de cumplir para alcanzar el objetivo común, conservando cada uno su individualidad jurídica y sin crear un nuevo sujeto de derecho. El carácter contractual del consorcio es la tesis que la mayoría de abogados y juristas abrazan respecto a la naturaleza jurídica del consorcio.

Cabe destacar que en algunos de los ordenamientos jurídicos de América Latina la figura del consorcio no está regulada, principalmente porque se trata de una figura adaptada a nuestro sistema desde el derecho anglosajón. Sin embargo, en países en los que el consorcio si tiene una regulación como es el caso de Perú y Argentina se deja en claro por expresa disposición legal, que estos no constituyen personas jurídicas, sociedades ni sujetos de derechos⁵⁹. Caso similar ocurre en Brasil donde la Ley 6404 de 1976 en los artículos 278 y 279 respecto a los consorcios, establece que: “las compañías o cualquier tipo de sociedad, puede constituir un consorcio para ejecutar determinada actividad, pero no tiene personalidad jurídica y los consorciados solamente se obligan, según las condiciones previstas en el respectivo contrato, respondiendo cada uno por sus obligaciones, sin presunción de solidaridad”⁶⁰.

Por otro lado, en países como Venezuela y Colombia en los que no existe un gran desarrollo legislativo respecto al tema, la jurisprudencia contenciosa administrativa de Colombia ha señalado que:

El Consorcio no genera una nueva sociedad mercantil, porque al no estar constituida con todos los requisitos legales, no forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 98 del C. de Co.). Por similares razones tampoco es una sociedad irregular (art. 500 del C. de Co.). Tampoco es una sociedad de hecho en definición legal, y por esta misma carece de personería jurídica (C. de Co., arts. 498 y 499). Ni la ley lo considera Cuenta en Participación, que además, carece de personería jurídica (art. 509 del C. de Co.) De otra parte, el Registro del Consorcio como Establecimiento de Comercio en una Cámara de Comercio constituye

⁵⁸ Juan Colaiácovo *et al.* *Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresarial Internacional*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2015, p. 39.

⁵⁹ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1142. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014.

⁶⁰ Jorge Ibáñez. *Modelos de Cláusulas para Contratos de Unión Temporal o Consorcio*. <http://www.thesauro.com.co/CAPACIDAD/CONSORCIO%20UT%20CAMARA%20COMERCIO%20BOGOTA.pdf> (acceso: 13/10/2016).

un mero instrumento de publicidad que no genera por ley personería jurídica⁶¹. [la subraya pertenece al texto original].

La jurisprudencia venezolana mediante sentencia de la Sala Político Administrativa del 23 de enero de 2003 bajo el mismo criterio dicto que:

El consorcio carece de personalidad jurídica y patrimonio propio. En tal sentido, los consorcios al no tener personalidad jurídica no pueden equipararse por analogía a las llamadas sociedades irregulares, a las cuales el derecho sí les reconoce personalidad jurídica, en tanto que las mismas están constituidas con base en una estructura societaria, pero sin cumplir con las formalidades registrales previstas por el Código de Comercio⁶².

Así pues, se colige que en varios de los países de Latinoamérica se concibe al consorcio empresarial como una figura con carácter eminentemente contractual, por lo que las legislaciones de América Latina por lo general se adhieren a la *tesis 1* por la que el consorcio no da origen a una nueva persona jurídica.

1.5.2 El consorcio da lugar a una persona jurídica (Tesis 2)

Contraria a la posición que se ha analizado en el punto anterior, Claude Champaud considera que el consorcio constituye una agrupación que responde generalmente a un contrato con características muy peculiares, que permiten establecer vínculos multilaterales a fin de crear una unidad económica⁶³. Así, Caballero sostiene que “el consorcio está dotado de potestad jurídica, puesto que al gozar de personalidad será un centro de imputaciones jurídicas, un sujeto capaz de [adquirir] derechos [...], por lo que respecto de actividades meramente privadas será una persona jurídica propia del derecho privado [...]”. Advierte además que el consorcio es un nuevo tipo de asociación, tanto en el ámbito del Derecho privado como del Derecho público, distinto por consiguiente de todos los tipos de personificaciones conocidas hasta ahora⁶⁴.

Giuseppe Stancanelli afirma que “desde su constitución, el consorcio se convierte en el sujeto activo del ejercicio de dicha actividad; al mismo tiempo, la actividad

⁶¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512/07 del 6 de julio de 2007. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-512-07.htm#_ftn16 (acceso: 28/10/2016).

⁶² Heli Saúl Rincón. “La personalidad jurídica del Consorcio en Venezuela”. *Comercium et Tributum*. Volumen 1. Edición No. 1, 2008, p. 6. <http://www.urbe.edu/publicaciones/comercium/pdf/vol-1/1-la-personalidad-juridica-del-consorcio-en-venezuela.pdf>. (acceso: 27/10/2016).

⁶³ Claude Champaud. *Le pouvoir de concentration de la société pour action*. Paris, 1962 citado en Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. *Óp. cit.*, p. 30.

⁶⁴ Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. *Óp. cit.*, p. 29.

ejercida por el consorcio se presenta como satisfactoria de intereses de los consorciados y no ya solo de intereses que estos tienen en su calidad de miembros del consorcio. Precisamente por la circunstancia de que el consorcio no trata de conseguir fines nuevos y que antes bien pretende coincidir su actividad con la de los consorciados, se ha intentado configurarlo como un órgano común a varios entes pero dotado de personalidad jurídica”⁶⁵.

En el mismo sentido se expresa el profesor venezolano Mario Pesci, para quien el consorcio constituye un contrato de sociedad, que no está expresamente regulado por el Código Civil y por el de Comercio, por lo que, para entender los efectos jurídicos que su constitución produce, deben aplicarse las normas que sobre el contrato de sociedad, contienen los textos legales mencionados⁶⁶.

Bajo esta concepción legisló Francia, donde se permitió la creación de una forma de asociación empresarial similar a la figura del consorcio denominada Agrupamiento de Interés Económico GIE que por disposición legal goza de personalidad jurídica propia a partir de su inscripción en Registro de Comercio y de Sociedades. Esta forma de asociación empresarial tiene por finalidad –según la norma N° 821/67– el aprovisionamiento de todos los medios aptos para facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, y para mejorar o ampliar los resultados de dicha actividad⁶⁷.

⁶⁵ Giuseppe Stancanelli. *Los Consorcios en el Derecho Administrativo*. Madrid, 1972, p. 63 citado en Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. *Óp. cit.*, p.37.

⁶⁶ Mario Feltri. *Naturaleza jurídica de los denominados “consorcios” y de su comportamiento ante la ley de impuesto sobre la renta*. *Óp. cit.*, p. 67.

⁶⁷ Juan Calaiácovo *et al.* *Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresarial Internacional*. *Óp. cit.*, p. 40.

Capítulo II: El contrato de consorcio en la legislación comparada

Este capítulo tiene la finalidad de brindar una aproximación respecto a las figuras jurídicas afines al consorcio que se contemplan en las distintas legislaciones de América Latina y Europa. Como ya se ha mencionado, no todos los ordenamientos jurídicos reconocen al *consorcio* como una forma de agrupación empresarial; algunos, abrazan la institución del consorcio con los mismos efectos, pero bajo otra denominación.

Siguiendo la tradición romanista del Ecuador se escogió a Argentina y Perú, de América Latina y; Francia de Europa; para efectuar este análisis con el afán de conocer el marco jurídico aplicable a las asociaciones empresariales que se reconocen en los países en mención, para luego, en el tercer capítulo, proceder con el análisis del sistema jurídico ecuatoriano.

2.1 Argentina

La República de Argentina es el país de Latinoamérica que posee un gran adelanto jurídico respecto a las distintas formas de asociación empresarial. Así pues, su legislación reconoce a la Agrupación de Colaboración Empresarial (ACE), la Unión Transitoria de Empresas (UTE) y los Consorcios de Cooperación. Cada una de estas formas empresariales tiene sus particularidades y han sido concebidas bajo sus propias reglas como se verá a continuación.

2.1.1 Marco jurídico

En Argentina, los contratos de asociación empresarial eran considerados contratos atípicos, pero a partir de la década de 1970 las asociaciones empresariales empiezan a cobrar importancia en el sector de hidrocarburos y en el de construcción.⁶⁸ La atipicidad de estos grupos implicaba una alta inestabilidad jurídica, por lo que se expide la Ley

⁶⁸ Guillermo Prez. *Contratos de Colaboración Empresaria: Aspectos Legales y Fiscales. Boletín de Lecturas Sociales y Económicas*. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, 2007, p. 39.

22.903 modificatoria de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y, con ello, se incorpora un capítulo especial en el que se regula el funcionamiento de las ACE y UTE⁶⁹. Recientemente a partir del 2015, estas figuras fueron recogidas por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, ley 26.994 donde se contempla el marco jurídico que regula las ACE, UTE, y Consorcios de Cooperación.

2.1.2 Denominación y definición

En este apartado se revisará brevemente una definición de las tres formas de asociación empresarial contempladas en el ordenamiento jurídico de Argentina.

Agrupación de colaboración empresarial (ACE). - Ernerto Martorell define a las ACE como organizaciones formadas por dos o más personas de existencia visible o ideal, cuyo objeto es facilitar o desarrollar determinadas fases de su actividad empresarial particular en beneficio propio, o el perfeccionar o hacer más productivo el resultado. Sostiene además que aquellos que deciden formar una ACE, no lo hacen con la intención de obtener lucro “común” como consecuencia de la asociación, sino que el objetivo radica en obtener un beneficio directo en su actividad empresarial individual⁷⁰. Esta definición concuerda con el artículo 1453 y 1454 de la Ley 26.994 de Argentina.

Unión transitoria de empresas (UTE). - El artículo 1463 de la ley 26.994 define a la UTE como un contrato en el que las partes se reúnen para el desarrollo o ejecución de obras, servicios o suministros concretos, dentro o fuera de la República éstas pueden ejecutar obras o servicios complementarios y accesorios al objeto principal de las partes⁷¹. Ernesto Martorell sostiene que la UTE, no es más que un tipo de *joint venture*, mediante la cual empresarios y sociedades nacionales o extranjeras, pueden reunir sus conocimientos, tecnologías, recursos materiales y humanos para la concreción en común de un proyecto temporario y concreto.

Consorcio de cooperación. - Es definido por el artículo 1470 de la Ley 26.994 como un contrato en el que las partes establecen una organización común para facilitar,

⁶⁹ *Id.*, p. 40.

⁷⁰ Ernesto Martorell (Dir.). Tratado de Derecho Comercial. *Óp. cit.*, pp. 658-674.

⁷¹ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1463. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014.

desarrollar, incrementar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros a fin de mejorar o acrecentar sus resultados⁷².

2.1.3 Requisitos y características

A continuación se estudiará algunas características de las tres formas de agrupación empresarial citadas por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Agrupación de colaboración empresarial (ACE). - La ACE puede estar conformada por sociedades nacionales o extranjeras, y/o empresarios individuales. No puede perseguir fines lucrativos y el contrato debe otorgarse por instrumento público o privado e inscribirse en el Registro Público que corresponda. El contrato, debe contener los elementos enumerados por el artículo 1455, sin perjuicio de que los contratantes incorporen cualquier otra cláusula que consideren pertinente. En lo que respecta a la adopción de decisiones, el principio general, es que las resoluciones de la agrupación se adoptan por mayoría de los participantes, salvo pacto en contrario⁷³.

Unión transitoria de empresas (UTE). - La UTE se constituye con el objetivo de desarrollar o ejecutar una obra o un servicio complementario o accesorio al objeto principal. El contrato de la UTE debe formalizarse por escrito y puede otorgarse mediante instrumento público o privado y debe inscribirse en el Registro Público con el único efecto de publicidad⁷⁴. El contrato debe contener las cláusulas estipulas en el artículo 1464 de la Ley 26.994 además de la designación del representante quién tendrá poder suficiente para representar a los miembros de la UTE.

Consortio de cooperación. - El Consortio de Cooperación es una organización que se forma por personas físicas o jurídicas ligadas por un contrato constitutivo que debe contener los elementos estipulados en el artículo 1474 de la ley 26.994. El contrato se otorga por instrumento público o privado y persigue un fin lucrativo, en cuanto sus miembros esperan resultados económicos, que serán distribuidos entre ellos en la

⁷² Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1470. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014.

⁷³ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1465. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014.

⁷⁴ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1466. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014.

proporción que fija el contrato o en su defecto, por partes iguales⁷⁵. El consorcio contará con un representante quien actuará conforme las facultades signadas en el contrato. Para cumplir con el objeto del consorcio los miembros crean un fondo operativo común. Finalmente, los miembros del consorcio responderán frente a terceros en porción de las obligaciones asumidas en nombre del consorcio.

2.1.4 Naturaleza jurídica

Las agrupaciones de colaboración empresarial, las uniones transitorias de empresas así como los consorcios de cooperación tienen *naturaleza contractual* y no son personas jurídicas, ni sociedades, ni sujetos de derechos, pues la ley no les ha dado tal calidad. Las mencionadas figuras, al no ser sujetos de derecho, no son entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones⁷⁶. De manera que, aun cuando existan referencias que podrían de alguna medida ser soporte para la configuración de un sujeto de derecho y dado que la personalidad jurídica es un recurso técnico que el legislador adopta o no según las pautas de conveniencia o de política legislativa, se optó en el caso argentino por excluir la calidad aludida; por lo que hay que destacar que la misma ley 26.994 ha negado la condición de sujeto de derecho a las formas de asociación empresarial contempladas a partir del artículo 1442 de la ley 26.994⁷⁷.

2.2 Perú

La República del Perú en los últimos años ha generado importantes avances en el desarrollo de un marco jurídico aplicable a los contratos de colaboración empresarial mediante los cuales se gestionan negocios importantes dada la facilidad que ofrecen estos contratos para que los inversionistas puedan desarrollar actividades en campos donde se requieran recursos y tecnologías avanzadas. La Ley General de Sociedades (en adelante LGS) reconoce dos formas de colaboración empresarial: el contrato de asociación en participación y el consorcio.

⁷⁵ Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Artículo 1472. Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014.

⁷⁶ Ernesto Martorell (Dir.). Tratado de Derecho Comercial. *Óp. cit.*, p. 687.

⁷⁷ *Id.*, p. 677.

2.2.1 Marco jurídico

Actualmente, la Ley General de Sociedades, Ley 26887, regula a los contratos asociativos en su libro quinto. En los primeros artículos, esto es el 438 y 439, se establecen las generalidades comunes a todos los contratos asociativos. Hugo Huayanay, respecto a los contratos asociativos, sostiene que la regulación de este género contractual es bastante amplia, que deja abierta la posibilidad, de acuerdo a la autonomía de la voluntad, que las partes pueden celebrar otros contratos asociativos, que no necesariamente están descritos en la LGS. La Ley 26887 se ocupa del tratamiento de las dos modalidades de este género contractual que son: la Asociación en Participación y el Consorcio.⁷⁸ Respecto a ésta última forma, cabe destacar que si bien la actual LGS constituye el marco jurídico general regulatorio de los consorcios en el Perú, en el ámbito de las contrataciones del Estado, la Ley de Contratación Estatal (LCE) y su reglamento (RLCE) han creado un marco jurídico propio y especial para los consorcios que contraten con la Administración Pública⁷⁹.

2.2.2 Denominación y definición

Como se ha planteado en el primer capítulo, esta investigación versa exclusivamente sobre el contrato de consorcio en el marco del Derecho privado, de manera que se omitirá la definición del consorcio dada por la LCE de Perú y se pasará a analizar las dos figuras de asociación empresarial recogidas por la LGS.

Contrato de asociación en participación. - El artículo 440 de la LGS establece que la asociación en participación es el contrato por el cual una persona, denominada asociante, concede a otra u otras personas denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución⁸⁰.

Contrato de consorcio. - El contrato de consorcio es definido por el artículo 445 de la LGS como “el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en

⁷⁸ Hugo Huayanay. “Los Contratos Asociativos”. *Revista Esden*. Lima: Escuela de Derecho Empresa & Negocios, 2007, p. 6.

⁷⁹ Hugo Huayanay. “El Contrato de Consorcio en la Legislación Peruana”. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNMSM*. Lima: UNMSM, 2001, p. 12.

⁸⁰ Ley General de Sociedades (Perú). Artículo 440. Ley 26.887 de 7 de octubre de 2014.

forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía⁸¹.

A continuación, se analizarán cuáles son los requisitos y característica de los contratos asociativos que contempla la Ley General de Sociedad de Perú.

2.2.3 Requisitos y características

El requisito para constituir una asociación empresarial bajo la LGS en el Perú, es en general la voluntad de asociarse para cumplir un objetivo común. Luego, los contratos deben constar por escrito, sin la necesidad de que sean inscritos en el Registro Público. A continuación se estudiará brevemente algunas de las características de estas dos formas de asociación empresarial.

Contrato de asociación en participación.- Hugo Huayanay señala las siguientes características: a) la participación en los resultados del negocio que obtiene el asociado será en base a los aportes que se obliga a efectuar al asociante; b) el asociante es el único dueño y responsable del negocio; c) se trata de un contrato de naturaleza temporal, ya que comprende negocios determinados y transitorios; vencido el plazo del contrato, se procede a la liquidación del mismo; d) tiene carácter de privacidad en cuanto es el asociante quien, en nombre propio y de forma exclusiva, le corresponde la gestión y dirección del negocio; e) los asociados, como en todo negocio, tienen derecho a la rendición de cuentas y al reparto de ganancias y pérdidas (si las hubieren); y, f) existe limitación para integrar a nuevos asociados al negocio materia del contrato sin contar con el consentimiento previo y expreso del o los asociados⁸².

Contrato de consorcio. - De la definición de consorcio dada por el artículo 445 de la LGS, se extraen las siguientes características: a) desarrollo en conjunto y participación activa y directa de las partes en el negocio; b) obtención de un fin económico; c) inexistencia de un patrimonio común y carencia de personalidad jurídica; d) vinculación directa de las partes con terceros, individualmente y en conjunto; y e) administración centralizada con intervención de las partes.

Como se observa la diferencia sustancial entre una y otra forma de asociación radica en que en el contrato de asociación en participación, quien dirige y gestiona el

⁸¹ Ley General de Sociedades (Perú). Artículo 445. Ley 26.887 de 7 de octubre de 2014.

⁸² Hugo Huayanay. "Los Contratos Asociativos". *Óp. cit.*, pp. 10-12.

negocio es el asociante, quedando fuera y al margen de dicho manejo el o los asociados; mientras que en el consorcio, lo usual es que cada parte asuma en el negocio la responsabilidad a la que se ha comprometido en el contrato. Otra diferencia sustancial se evidencia en la relación con terceros; así pues, al ser el asociante quien por su cuenta y bajo su responsabilidad gestiona el negocio, es él quien responde frente a los terceros y no los asociados; en el consorcio los terceros no tienen ningún tipo de limitación de vincularse con los consorciados y viceversa.⁸³ Finalmente, respecto a los bienes aportados al negocio en la asociación en participación, se presume que los aportes pertenecen al asociante, salvo aquellos que se encuentren inscritos en el Registro a nombre del asociado;⁸⁴ en cambio en el consorcio, los bienes se presumen de propiedad de cada consorciado.

2.2.4 Naturaleza jurídica

El artículo 438 de la LGS respecto de los contratos asociativos en general señala expresamente que éstos no generan una persona jurídica; por tanto, la asociación en participación y el consorcio no tienen personalidad jurídica ya que su naturaleza es eminentemente contractual.

2.3 Francia

Francia, ante la necesidad de adaptar su legislación a las nuevas y crecientes tendencias de la globalización donde los más fuertes sobrevivían al mercado competitivo, decidió en 1967 establecer un marco legal para que las empresas puedan agruparse formando diversas combinaciones, adecuadas a su medida y adaptadas a sus actividades para suscitar su desarrollo por la cooperación.⁸⁵ Sobre este tema, Jean Guyenot sostiene que la legislación francesa creó un grupo de interés con un marco legal ágil y maleable.⁸⁶

⁸³ *Id.*, p. 14.

⁸⁴ Ley General de Sociedades (Perú). Artículo 443. Ley 26.887 de 7 de octubre de 2014.

⁸⁵ Carlos Villegas. *Tratado de las Sociedades. Óp. cit.*, p. 428.

⁸⁶ Jean Guyenot. “Los Grupos de Interés Económico y el Derecho de las Sociedades Comerciales”. *Revista de Derecho Comparado y de las Obligaciones*. 1975, p. 189. Citado en Carlos Villegas. *Tratado de las Sociedades. Óp. cit.*, p. 428.

2.3.1 Marco jurídico

Mediante ordenanza 67.821 de 23 de septiembre de 1967, se crea la figura de los Grupos de Interés Económico (conocidos como GIE) que constituyen una estructura jurídica nueva, dotada de personalidad moral, considerada como intermedia entre la asociación y la sociedad⁸⁷. La citada ordenanza fue modificada posteriormente por la Ley 89.377 del 13 de junio de 1989.⁸⁸ En la actualidad, los GIE están codificados en el Código de Comercio Francés, libro II, Título V de las Agrupaciones de interés económico a partir del artículo L. 251-1.⁸⁹

2.3.2 Denominación y definición

El GIE es la única forma de asociación empresarial contemplada por la legislación francesa. En el artículo L. 251-1 del Código de Comercio se lo define como la unión de:

Dos o varias personas físicas o jurídicas (que pueden) constituir entre ellas una agrupación de interés económico con una duración determinada. La finalidad de la agrupación será facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros y mejorar o incrementar los resultados de esta actividad. No será la consecución de beneficios en sí misma. Su actividad deberá estar ligada a la actividad económica de sus miembros y solo podrá tener un carácter auxiliar con relación a esta⁹⁰.

2.3.3 Requisitos y características

Para la constitución de un GIE se requiere de la celebración de un contrato que debe contener los elementos del artículo L.251-8 del Código de Comercio Francés. El contrato debe ser inscrito en el Registro de Comercio con lo que se confiere a la entidad *personalidad jurídica*,⁹¹ que se traduce en la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Entre las características de los GIE se debe anotar que: 1) para su constitución se requiere mínimo dos personas sean naturales o jurídicas y que tengan actividades comerciales o la calidad de empresarios pues este es un requisito indispensable ya que

⁸⁷ Ricardo Sandoval. “Los Grupos o Agrupaciones de Interés Económico”. *Óp. cit.*, p.109.

⁸⁸ Juan Galindo. *Derecho Europeo de Sociedades*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 548.

⁸⁹ Código de Comercio (Francia). Artículo L. 251-1. Ley N° 2013-504 de 14 de junio 2013.

⁹⁰ Código de Comercio (Francia). Artículo L. 251-1. Ley N° 2013-504 de 14 de junio 2013.

⁹¹ Ricardo Sandoval. “Los Grupos o Agrupaciones de Interés Económico” *Óp. cit.*, p.125-126.

los GIE buscan facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros y no iniciar una nueva⁹². 2) El GIE tiene personalidad jurídica y plena capacidad a partir de su inscripción en el Registro de Comercio y de Sociedades. 3) No es necesario que el GIE cuente con un capital propio. Si no tiene actividad externa, no requiere de fondo común, pero el reconocimiento de personalidad jurídica implica la existencia de un patrimonio autónomo⁹³.

2.3.4 Naturaleza jurídica

Antes de la ordenanza 67.821, para la legislación francesa, dos eran las formas de personas jurídicas de Derecho privado: la sociedad y la asociación. La principal distinción entre una y otra radica en que, la asociación no da lugar a la obtención y al reparto de beneficios,⁹⁴ mientras que en la sociedad busca obtener a título principal utilidades o beneficios. El GIE surge como una nueva figura intermedia entre la sociedad y la asociación dotada de *personalidad jurídica* a partir de su inscripción en el Registro de Comercio y de Sociedades según el artículo L251-4 que manda: “La agrupación de interés económico gozará de personalidad jurídica y de plena capacidad a partir de su inscripción en el Registro de Comercio y de Sociedades [...]”⁹⁵.

2.4 Evaluación

La tabla 1 esquematiza la información de los tres países que han servido de referencia para el estudio comparado de los consorcios. El objetivo de este apartado radica en evidenciar las principales características de las otras formas de asociación empresarial, así como, identificar la naturaleza jurídica de estas asociaciones contenidas en las legislaciones de Argentina, Perú y Francia.

⁹² Fédération des Entreprises Publiques Locales. *Groupment d'intérêt économique*. París, 2013, p.5

⁹³ Código de Comercio (Francia). Artículo L. 251-6. Ley N° 2013-504 de 14 de junio 2013.

⁹⁴ Ricardo Sandoval. “Los Grupos o Agrupaciones de Interés Económico”. *Óp. cit.*, p.112.

⁹⁵ Código de Comercio (Francia). Artículo L 251-4. Ley N° 2013-504 de 14 de junio 2013.

Tabla 1: El consorcio en la legislación comparada

| País | Denominación | Características | | Naturaleza jurídica |
|-----------|---|---|---|---|
| Argentina | La legislación argentina reconoce tres formas de asociación empresarial y son: a) Agrupación de colaboración empresarial b) Unión transitoria de empresas y; c) Consorcio de Cooperación. | ACE | <ul style="list-style-type: none"> - Su finalidad es la de facilitar o desarrollar determinadas <i>fases</i> de la actividad de sus miembros. - No tiene fin lucrativo. - Debe constar por escrito en instrumento público o privado e inscribirse en el Registro Público. | <p>La naturaleza de los tres contratos de asociación empresarial es eminentemente contractual.</p> <p>Estas formas de asociación carecen de personalidad jurídica por expresa disposición del inciso 2 del artículo 1442 de la Ley 26.994</p> |
| | | UTE | <ul style="list-style-type: none"> - El objeto radica en desarrollar o ejecutar obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal de los asociados. - Sí persigue fin de lucro. - Debe constar por escrito en instrumento público o privado e inscribirse en el Registro Público. | |
| | | Consorcio de cooperación | <ul style="list-style-type: none"> - La finalidad es la facilitar, desarrollar o concretar operaciones relacionadas con la actividad económica de sus miembros. - Tiene finalidad lucrativa y los beneficios se distribuyen en función de la participación de los miembros. - Posee un fondo operativo. - Debe constar por escrito en instrumento público o privado e inscribirse en el Registro Público. | |
| Perú | Perú reconoce dos formas de asociación empresarial: a) El contrato de Asociación en Participación y; b) El contrato de Consorcio | Asociación en Participación | <ul style="list-style-type: none"> - La asociación se forma con el asociante quien gestiona el negocio a nombre de los asociados quienes tienen derecho a la rendición de cuentas por parte del asociante. - El contrato debe constar por escrito. - Los asociados tienen participación en los resultados del negocio. - Tiene naturaleza temporal - Tiene fin de lucrativo. | <p>De naturaleza contractual.</p> <p>No se reconoce personalidad jurídica a ninguna de las formas de asociación empresarial en Perú por disposición expresa del artículo 438 de la Ley General de Sociedades.</p> |
| | | Consorcio | <ul style="list-style-type: none"> - Los asociados del consorcio manejan de forma directa el negocio. - Tiene fin de lucrativo. - Inexistencia de patrimonio jurídico. | |
| Francia | Francia recoge la figura del Grupo de interés económico GIE. | <ul style="list-style-type: none"> - El objeto del GIE debe estar relacionado con la actividad económica de sus miembros. - El GIE tiene origen en un contrato, el mismo que debe contener entre otros elementos: la razón o denominación social, tiempo de duración, objeto y dirección de la agrupación - Debe constituirse por escrito e inscribirse en el Registro de Comercio. - El GIE tiene personalidad jurídica y plena capacidad a partir de la inscripción. - Los miembros del GIE responderán por las deudas, y lo hará siempre que los acreedores hayan requerido infructuosamente a la agrupación. | | Si tiene personalidad jurídica, la misma que se obtiene con la inscripción del contrato en el Registro de Comercio y de Sociedades. |

De las características que se han distinguido en la Tabla 1 se colige la forma de constitución de las diversas asociaciones empresariales que se regulan en las legislaciones de Argentina, Perú y Francia. Respecto al primer país en estudio se observa que la ACE, la UTE y los Consorcios de Cooperación que constituyen los contratos de colaboración empresarial de la legislación argentina, nacen a la vida jurídica por un contrato que debe otorgarse por instrumento público o privado y que además requiere de su inscripción en el Registro Público correspondiente. Pero, vale destacar que la inscripción de estos contratos en la legislación argentina, tienen el carácter de *ad probationem*.

Lo expuesto difiere de lo reglado por la legislación peruana, donde no se exige la inscripción de los contratos de asociación empresarial en el Registro Público; el único requisito para la Asociación en Participación y para el Consorcio según la Ley General de Sociedades del Perú, es que sus contratos consten por escrito.

En la legislación francesa en cambio, el contrato que da origen al GIE debe constar por escrito y además debe ser inscrito en el Registro de Comercio y Sociedades de Francia. Contrario a lo que ocurre en Argentina, en la legislación francesa, sí se otorga al GIE personalidad jurídica y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones a partir de la inscripción del contrato en la entidad correspondiente. Así pues, la constitución del GIE, implica el nacimiento de una nueva persona jurídica en la legislación francesa.

Otra característica a destacar de las figuras jurídicas en análisis, es respecto a la responsabilidad de los miembros de estas asociaciones empresariales con los terceros. En el caso de la legislación argentina cada forma de asociación empresarial tiene un régimen de responsabilidad diferente; en la ACE, por ejemplo, los socios responden de forma solidaria ante los terceros. No así en las UTE, donde no existe solidaridad. En el caso de los consorcios, la responsabilidad con terceros será en razón de la participación de cada asociante.

En la legislación peruana, en la Asociación en Participación, el asociante es quien responde por las obligaciones librando a los asociados de cualquier responsabilidad. Pero, en el consorcio peruano, los consorciados responden en proporción a su participación pues ellos administran directamente el negocio. En el GIE de Francia los

miembros de dicha asociación responden por las deudas siempre que los acreedores hayan requerido a la agrupación infructuosamente.

Para finalizar con este análisis, resulta fundamental señalar luego de la información recopilada ¿cuál es la naturaleza jurídica de las formas de asociación empresarial, que se han identificado en la legislación comparada? Y en conclusión debe señalarse que en los ordenamientos jurídicos de Argentina y Perú las formas de asociación empresarial, tienen naturaleza eminentemente contractual. Ya que por expresa disposición legal se deja en claro que estas agrupaciones no pueden constituir una persona jurídica. De hecho, vale destacar que este es el criterio que en general recogen algunos ordenamientos de los países de América Latina donde se concibe a estas asociaciones como simples contratos.

Lo destacable de los ordenamientos jurídicos de Argentina y Perú, es el importante desarrollo legislativo que tienen respecto a este tema, pues contrario a lo que ocurre en otras legislaciones del mismo continente, en los países en mención no hay lugar a un debate jurídico respecto al tema en cuanto estos poseen un marco legal que no admite disquisición alguna respecto a la naturaleza jurídica de los contratos de colaboración empresarial.

En cuanto al Grupo de Interés Económico, la legislación francesa reconoce personalidad jurídica a esta forma de asociación empresarial a partir de la inscripción del contrato en el Registro de Comercio y de Sociedades, por lo que a criterio de Ricardo Sandoval la inscripción del GIE en el registro de comercio equivale a la “partida de nacimiento” del grupo, ya que le confiere personalidad jurídica⁹⁶.

⁹⁶ Ricardo Sandoval. “Los Grupos o Agrupaciones de Interés Económico”. *Óp. cit.*, p.125.

Capítulo III: Naturaleza jurídica del consorcio en Ecuador

En esta sección se analizará la naturaleza jurídica del consorcio en el Ecuador. Con este fin se estudiará el concepto, las generalidades y el marco jurídico de esta forma de asociación empresarial conforme a la legislación y jurisprudencia ecuatorianas.

La tesis que se ha planteado en el presente trabajo respecto a la naturaleza jurídica del consorcio es que este reúne los elementos esenciales del contrato de sociedad por lo que su conformación da origen a una nueva persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados⁹⁷. Sin embargo, vale reconocer que la mayoría de juristas ecuatorianos sostiene que el consorcio es un contrato atípico, de naturaleza transitoria, que no conlleva como resultado la integración empresarial sino la colaboración de un grupo de empresas con la finalidad de alcanzar un determinado objetivo⁹⁸.

Sorpresivamente, la jurisprudencia y la legislación ecuatorianas ofrecen argumentos para sostener ambas tesis. Esa ambigüedad es indeseable. Por ello, encuadrar jurídicamente la figura del consorcio es una tarea fundamental para evitar la inseguridad jurídica y para conocer de antemano el régimen al que deberían sujetarse los consorcios empresariales en el Ecuador. Por esta razón, en este capítulo se explicará por qué consideramos que el consorcio es un contrato de sociedad que sí da lugar al nacimiento de una persona jurídica.

3.1 Generalidades y concepto

Ante la ausencia de normas claras que regulen el funcionamiento de los consorcios en el Ecuador se ha optado por estudiar al consorcio empresarial con base en la legislación comparada de los países con tradición romanista. Se ha procedido así, ya que es necesario para este estudio entender cómo han concebido al consorcio legislaciones semejantes a la nuestra, puesto que, en Ecuador, los grupos de interés económico en

⁹⁷ Código Civil. Artículo 1957. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁹⁸ Jorge Egas Peña. “El Consorcio”. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. *Revista de Derecho Societario* N° 8. Ecuador. 2005, p. 112.

general y los consorcios en particular no cuentan con una definición legal y menos aún existe un marco jurídico que regule su conformación, salvo las referencias normativas contempladas en algunas leyes del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sobre esta falta de conceptualización jurídica, Rodrigo Jijón Letort sostiene que “al no existir una definición legal que zanje cualquier divergencia todos quienes han tenido que aplicar en la práctica este concepto lo han interpretado a su manera”. Así pues, el citado jurista sostiene que el consorcio es “la unión de empresas para realizar obras que, por su magnitud, especialización y riesgos, no pueden ser efectuados por una sola”⁹⁹. El profesor Vinicio García Vinuesa, en cambio, define al consorcio como “un contrato consensual, [...] entre dos o más personas que desarrollan una misma actividad que se vinculan en forma temporal animadas por la consecución de un objetivo común, [...] a través de la cooperación mutua regulada por una organización y reglas comunes en el cual cada empresa mantiene su independencia jurídica”¹⁰⁰.

Las definiciones que han desarrollado estos juristas ecuatorianos no se alejan de los conceptos propuestos por estudiosos extranjeros, como se revisó en el primer capítulo. Y, aunque poco se ha estudiado la figura del consorcio empresarial en el Ecuador, quienes lo han hecho han señalado la importancia que tiene el adoptar una u otra tesis respecto a la naturaleza jurídica de los consorcios. La tesis que se abraza respecto a la naturaleza jurídica del consorcio traerá consecuencias importantes como: la personalidad jurídica de la figura, sus elementos de fondo y de forma, el régimen al que estará sujeta, entre otras¹⁰¹.

El presente trabajo tiene la finalidad exclusiva de analizar la personalidad jurídica del consorcio empresarial en el Ecuador. Sin embargo, antes de centrar nuestro estudio en el tema, es importante señalar que en Ecuador se distinguen dos tipos de consorcios a saber: los consorcios privados o empresariales y los consorcios públicos. Respecto a los consorcios públicos, aunque no son materia de este estudio, en cuanto están gobernados por normas del Derecho público, es importante examinarlos brevemente para entender la diferencia entre una y otra forma de asociación.

⁹⁹ Rodrigo Jijón Letort. *Régimen Legal de los Consorcios en Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 4.

¹⁰⁰ Vinicio García. “Los Consorcios en la Contratación Pública Ecuatoriana”. *Óp. cit.*, p. 97.

¹⁰¹ Rodrigo Jijón Letort. *Régimen Legal de los Consorcios en Ecuador*. *Óp. cit.*, p. 73.

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) en su artículo 285, señala que los consorcios públicos son aquellas mancomunidades conformadas entre dos o más gobiernos autónomos descentralizados del mismo nivel de gobierno que no sean contiguos o entre gobiernos autónomos descentralizados de distintos niveles.¹⁰² A diferencia del consorcio privado, el consorcio público goza de personalidad jurídica por disposición expresa en el artículo 286 del COOTAD, que dispone que “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”¹⁰³.

Por lo expuesto, se deduce que respecto al consorcio público no existe disquisición en cuanto a su naturaleza jurídica y las normas aplicables para su conformación, ya que su marco normativo se encuentra reglado a partir del artículo 285 del COOTAD. El profesor Santamaría Pastor define al consorcio público como: “una entidad pública corporativa, de carácter no territorial, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, constituida por la asociación voluntaria de Administraciones Públicas del mismo o de distinto orden, o entre éstas y entidades sin ánimo de lucro, entre las que existe una comunidad de intereses, para la consecución de fines de interés público común”¹⁰⁴.

Del concepto doctrinario propuesto y de las normas citadas se puede anotar las siguientes diferencias existentes entre el consorcio público y privado: 1) Respecto a sus miembros, el consorcio privado se constituye con personas naturales o jurídicas del derecho privado, mientras que los consorcios públicos se conforman por entidades estatales. 2) El consorcio privado tiene por objetivo el beneficio de los intereses particulares o privados, mientras que el consorcio público tiene por objetivo la realización de intereses generales, colectivos o sociales. 3) Los aportes con los que se constituye un consorcio privado provienen de fondos particulares, mientras que los consorcios públicos se constituyen con fondos estatales. Finalmente, 4) la legislación ecuatoriana reconoce expresamente la existencia de personalidad jurídica en los

¹⁰² Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 285. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

¹⁰³ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización Artículo 286. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

¹⁰⁴ S/N. *Los consorcio de entidades locales: análisis y valoración a la luz de la nueva legislación de régimen local*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17082.pdf>. (acceso: 1/10/2016).

consorcios públicos, no así de los privados. Una vez que se han realizado algunas distinciones entre consorcio público y privado, se procederá a estudiar la figura del consorcio empresarial en el Ecuador y determinar su naturaleza jurídica.

3.2 Marco jurídico

El consorcio privado es una forma de asociación en el Ecuador. Tiene su fundamento en el reconocimiento de la *libertad de asociación* como un derecho garantizado por la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66 numeral 13¹⁰⁵. Este reconocimiento expreso faculta a las personas naturales o jurídicas a asociarse para cumplir finalidades lícitas.

Esta forma de asociación —como se ha mencionado en párrafos precedentes— no tiene un marco jurídico definido en el Ecuador, salvo algunas referencias que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) hace sobre el tema. En el artículo 26 de la mencionada Ley, respecto de las asociaciones para ofertar, señala que “los oferentes inscritos en el RUP, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas individualmente, asociadas o con compromiso de asociación o consorcio [...]”. En concordancia, el artículo 67 de la LOSNCPP establece que:

En cualquier proceso precontractual previsto en la 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 se debe constar la designación de un apoderado [...]¹⁰⁶.

De los artículos citados se colige que las personas naturales o jurídicas pueden participar de los procesos de contratación pública contemplados en la LOSNCPP por medio de consorcios o asociaciones constituidas o por constituirse. No obstante, solo para los casos en los que el consorcio contrata con un ente público, la ley prevé que

¹⁰⁵ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁰⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 67. Registro Oficial Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013.

dicha asociación o consorcio presente su constitución en escritura pública para que pueda ser adjudicataria¹⁰⁷.

El artículo 15 de la Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública para el Registro Único de Proveedores en la Contratación Pública (RUP) establece lo que el contrato de consorcio debe contener para participar en algunos de los procesos de contratación pública:

Art. 15.- [...] d.1) Identificación de los partícipes, incluido domicilio y lugar para recibir las notificaciones, con la verificación de requisitos de capacidad y representación de las partes; d.2) Designación de el o los representantes, con poder suficiente conferido en los términos del Código Civil con capacidad para representar a la asociación o consorcio, bien sea en la fase precontractual o en la fase contractual, según sea el caso; d.3) Detalle valorado de los aportes de cada uno de los miembros, sea en monetario o en especies, así como en aportes intangibles, de así acordarse; d.4) Determinación de los compromisos y obligaciones que asume cada parte en la fase de ejecución contractual; d.5) Porcentaje de la participación de cada uno de los asociados; d.6) Identificación precisa del procedimiento en el cual participó en forma asociada; d.7) Determinación de la responsabilidad solidaria e indivisible de los asociados para el cumplimiento de todas y cada una de las responsabilidades y obligaciones emanadas del procedimiento contractual, con renuncia a los beneficios de orden y excusión, independientemente de si se disuelve o no la asociación o consorcio; d.8) La obligación de no disolver o dar por terminada la asociación o consorcio por voluntad de los partícipes, y de no cambiar la conformación de sus partícipes hasta que no finalice la etapa contractual, salvo que exista autorización expresa de la entidad contratante; d.9) El objeto social, que será exclusivo para ejecutar el contrato en el cual resultó adjudicado; y, d.10) Plazo de duración, que deberá cubrir la totalidad del plazo contractual, más noventa días adicionales contados desde la terminación de la relación contractual, a menos que la entidad contratante haya definido un plazo mayor en los pliegos.

En consecuencia, los consorcios constituidos para participar en los procesos de contratación pública deben cumplir los requisitos del artículo 15, así como las formalidades contempladas por la LOSNCP y su reglamento. Fuera de este caso, hay una confusión respecto a las normas que se aplican a los consorcios privados. Es por esta razón que, en la práctica, la formación de los consorcios empresariales se rige por el principio de la *autonomía de la voluntad* que se encuentra recogido en el artículo 8 del Código Civil que reza “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”¹⁰⁸. Así pues, las partes de común acuerdo son libres de pactar las cláusulas que

¹⁰⁷ En este punto vale destacar que al igual que en Perú, en Ecuador, existe un mayor desarrollo legislativo respecto a los consorcios que se constituyen para participar en los procesos de contratación pública. En el Ecuador, estas relaciones se rigen por lo estipulado en la LOSNCP y en Perú por la Ley de Contratación Estatal (LCE).

¹⁰⁸ Código Civil. Artículo 8. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

consideren pertinentes para el mejor desempeño de su negocio siempre que no sean contrarias a la ley y no atenten al orden público.

Respecto a la naturaleza jurídica del consorcio empresarial, vale destacar que ha sido un tema muy discutido sin un consenso definitivo, en razón de que la ley ecuatoriana confunde, en las distintas normas que hacen referencia al consorcio, la naturaleza jurídica de esta forma de asociación empresarial. De manera que, contrario a lo que ocurre en Argentina y Perú, donde la naturaleza jurídica de estas formas de asociación, es clara, ya que se los concibe únicamente como contratos, en Ecuador no se supera todavía esa incertidumbre jurídica.

El artículo 11 de la Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública para el Registro Único de Proveedores en la Contratación Pública (RUP) estipula: “La participación en una asociación o un consorcio, no reviste respecto de cada uno de los proveedores partícipes la pérdida de su personería jurídica, pues la asociación o consorcio *no constituye una persona jurídica distinta* [las cursivas me pertenecen]”¹⁰⁹. De este artículo se desprende el carácter contractual del consorcio que se constituye para efectuar cualquiera de los procedimientos de contratación previstos en el Sistema Nacional de Contratación Pública. No obstante, en los Modelos de Pliegos de Uso Obligatorio para Procedimientos del SERCOP, en la sección III de las condiciones generales del pliego, se lee:

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 [las cursivas me pertenecen]¹¹⁰.

Así pues, se evidencia la inexistencia de un criterio uniforme respecto a la naturaleza jurídica del consorcio por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública. Mientras la Resolución N.º 52 del SNCP niega la constitución de una persona jurídica distinta de los asociados del consorcio, la Resolución N.º 35 de la misma institución acepta tácitamente que el consorcio constituye una persona jurídica.

¹⁰⁹ Registro Único de Proveedores en la Contratación Pública (RUP). Artículo 11. Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública N° 52. Registro Oficial No. 633 de 3 de febrero de 2012.

¹¹⁰ Modelos de Pliegos de Uso Obligatorio para Procedimientos del SERCOP. Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública N° 35. Registro Oficial Suplemento No. 65 de 12 de noviembre de 2009.

Cabe señalar que la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI), en su artículo 98, establece que el consorcio de empresas es considerado una sociedad para efectos tributarios¹¹¹; de manera que es sujeto pasivo de tributos, por lo que debe cumplir con sus obligaciones tributarias y deberes formales, entre los que están los de declarar y pagar el impuesto a la renta¹¹².

Adicionalmente, vale mencionar que la Superintendencia de Compañías aprobará, de forma previa, todos los actos societarios y ejercerá la vigilancia y el control de las asociaciones y consorcios que formen entre sí, y que ejerzan sus actividades en el Ecuador¹¹³. Sin embargo, hay juristas como Emilio Romero Parducci que no están de acuerdo con lo establecido en el artículo 432 de la Ley de Compañías, en cuanto sostiene que los consorcios no ostentan “aspectos societarios”, ya que no son aprobados por la Superintendencia de Compañías, ni constituyen personas jurídicas, ni se inscriben en el Registro Mercantil, ni tienen capital social, ni tienen “objeto social”, ni tienen juntas generales de accionistas, entre otras cosas¹¹⁴.

El criterio expuesto es parcialmente cierto, ya que de la página web de la Superintendencia de compañías se evidencia el registro de varios contratos consorciales; lo que demuestra que dichos contratos han pasado por un control previo por parte de los funcionarios de la institución, hasta ser finalmente aprobados y registrados por la Superintendencia de Compañías¹¹⁵.

De los artículos estudiados hasta ahora, se puede constatar que en Ecuador no existe uniformidad respecto a los criterios que se establecen para determinar la naturaleza jurídica del consorcio, por lo que se ha generado una gran incertidumbre jurídica en quienes desean constituirse bajo esta figura jurídica.

¹¹¹ Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 98. Registro Oficial Suplemento No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

¹¹² Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 209 de 8 de junio de 2010.

¹¹³ Ley de Compañías. Artículo 432. Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

¹¹⁴ Emilio Romero Parducci. *Están los consorcios sujetos al control de la Superintendencia de compañías*. www.paulortiz.com/aeds/revista/pdfs/aeds_revista_8_11.doc (acceso:23/9/2016).

¹¹⁵ La página web de la Superintendencia de Compañías es <http://www.supercias.gob.ec/portal/> en el portal de documentos, sector societario se pueden encontrar varios contratos de consorcio que han sido registrados por la Superintendencia.

A continuación, con el fin de entender de mejor manera al consorcio empresarial se procederá a analizar los elementos constitutivos del contrato de consorcio conforme a la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana.

3.3 Elementos y características del contrato de consorcio

Los elementos del contrato de consorcio se encuentran detallados en el artículo 15 de la Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública (RUP), donde se establecen los elementos que debe contener el consorcio para ser adjudicatario de los procesos de contratación pública. Dichos elementos en la práctica son también usados para constituir consorcios fuera del ámbito de la contratación pública.

En el capítulo uno se ha establecido que la doctrina considera en general al contrato de consorcio como un contrato atípico, solemne, oneroso, temporal y plurilateral. Sin embargo del análisis que se realizará a continuación, se verá, que no necesariamente debe considerarse al consorcio en el Ecuador como un contrato atípico, pues la atipicidad implica, según Guillermo Ospina, que las estipulaciones de un acto jurídico no encajan en ninguno de los actos legalmente reglamentados¹¹⁶. Como se verá en seguida, ese no es el caso del consorcio en Ecuador.

3.3.1 Participantes

El consorcio privado se conforma con personas naturales o jurídicas, que se vinculan para la realización de una obra, la prestación de determinados servicios o el suministro de ciertos bienes¹¹⁷. Generalmente, los miembros de un consorcio tienen una misma actividad económica o una actividad complementaria que les permite llevar a cabo una acción conjunta. Quienes constituyen un consorcio no necesitan más que acreditar su capacidad jurídica; pues, para que el contrato de consorcio surta los efectos jurídicos deseables, debe cumplir con los requisitos de existencia y validez comunes a todos los contratos.

El artículo 1461 del Código Civil señala como primer requisito la capacidad legal de las personas que se obligan. Dicha capacidad consiste en poderse obligar por sí

¹¹⁶ Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. *Teoría General del Contrato y del Negocio jurídico*. *Óp. cit.*, p. 51.

¹¹⁷ Jorge Egas Peña. “El Consorcio”. *Óp. cit.*, p. 112.

mismas, y sin el ministerio o la autorización de otra¹¹⁸. En el caso de las personas jurídicas, éstas deben comparecer por medio de sus apoderados quienes deben acreditar su representación mediante el respectivo nombramiento debidamente inscrito en el Registro Mercantil correspondiente¹¹⁹.

3.3.2 Procurador común o representante

El literal d) del artículo 15 de la Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública para el Registro Único de Proveedores en la Contratación Pública (RUP) establece que el contrato de consorcio debe contener la designación del o de los representantes con poder suficiente conferido en los términos del Código Civil con capacidad para representar al consorcio. Al respecto, Rodrigo Jijón sostiene que la designación del mandatario común es uno de los puntos más discutibles, por la falta de regulación legal para los consorcios. De manera que la contratación pública ecuatoriana ha considerado al consorcio persona jurídica y, por ello, se ha exigido que tenga un representante legal¹²⁰. El análisis realizado por Rodrigo Jijón encuentra su fundamento en el artículo 67 de la LOSNCP, en el cual se establece que se requiere de la designación del apoderado como requisito de la escritura de constitución del consorcio. La gestión del procurador común¹²¹ se regula por las normas del Código Civil respecto al mandato, las que se encuentran a partir del artículo 2020. Este artículo establece que el “*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 (...) [las cursivas me pertenecen]*”¹²².

¹¹⁸ Código Civil. Artículo 1461. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹¹⁹ Rodrigo Jijón Letort. *Régimen Legal de los Consorcios en Ecuador. Óp. cit.*, p. 150.

¹²⁰ *Id.*, p. 151.

¹²¹ Es importante anotar que el término “procurador común” es equívoco, ya que el artículo 37 del COGEP lo utiliza en un contexto diferente. Así, “el procurador común actuará en nombre del consorcio si son dos o más las o los actores por un mismo derecho o dos o más las o los demandados, siempre que sus derechos o excepciones no sean diversos o contrapuestos [...]” (Código Orgánico General de Procesos. Artículo 37. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015).

¹²² Código Civil. Artículo 2020. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

3.3.3 Aportaciones

Los consorciados deben efectuar aportes al consorcio y así constituir un fondo común operativo para cumplir el objeto del contrato. Pero, la legislación ecuatoriana no determina con exactitud si las aportaciones dan o no origen a un fondo común. No obstante, hay quienes señalan que, si bien no existe la obligación de crear de inicio un fondo común operativo, en algún momento, este puede resultar necesario para la consecución de los objetivos del consorcio¹²³.

Para los casos de contratación pública se exige que el contrato de consorcio contenga un detalle de los aportes de cada uno de los miembros, sean éstos monetarios, en especies o aportes intangibles. En la práctica, los consorcios empresariales que se constituyen para otros fines fuera de la contratación pública también realizan sus aportes en las variadas formas contempladas en el artículo 1959 del Código Civil¹²⁴. En algunos casos, efectivamente se llega a crear un fondo común para solventar cualquier evento que surja de la ejecución del objeto del contrato.

3.3.4 Participación y reparto de beneficios

El consorcio empresarial en el Ecuador se constituye con fines lucrativos. Por lo general, el lucro es un elemento que se encuentra presente en la mayoría de operaciones comerciales; así pues, las partes que constituyen un consorcio lo hacen con la finalidad de conseguir un beneficio económico¹²⁵. El porcentaje de participación, por lo general, guarda relación con los aportes realizados al negocio; de ahí que conforme al artículo 1972 del Código Civil “a falta de estipulación expresa, se entenderá que la división de los beneficios debe ser a prorrata de los valores que cada socio ha puesto en el fondo social, y la división de las pérdidas a prorrata de la división de los beneficios”¹²⁶.

¹²³ Álvaro Freire Guerrero. Los Alcances y Limitaciones del Consorcio Empresarial en la Legislación Ecuatoriana. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2011, p. 41.

¹²⁴ Código Civil. Artículo 1959. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

¹²⁵ Jorge Rodríguez Citado en Jorge Conde. *Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento. Óp. Cit.*, p. 63.

¹²⁶ Código Civil. Artículo 1972. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

3.3.5 Responsabilidad frente a terceros

En el inciso tercero del artículo 1527 del Código Civil se establece que “la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no establezca la ley”. En este sentido, el ordenamiento ecuatoriano no admite presunción respecto a la solidaridad ya que esta se fijará, ya sea, por convenio de las partes o por mandato de ley.

Para los consorcios que celebran contratos con el Estado bajo cualquiera de las modalidades previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se establece en el artículo 99 de la mencionada Ley, que entre los miembros debe existir responsabilidad *solidaria* e *indivisible* para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato, indistintamente del plazo de duración de la asociación. Así pues, la ejecución del contrato para los miembros del consorcio es indivisible y completa, a efectos de determinar su cumplimiento.

Respecto a la responsabilidad solidaria e indivisible que poseen los miembros del consorcio empresarial frente a terceros, vale destacar que el régimen de responsabilidad aplicable en el Ecuador se asemeja al utilizado en Argentina respecto a las agrupaciones de colaboración empresarial (ACE), en las cuales sus miembros responden de forma solidaria respecto a terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación.

Una referencia adicional respecto a la solidaridad que existe entre los miembros del consorcio y las obligaciones de este con terceros, es la que se contempla en el artículo 3 del Reglamento a la Ley Orgánica de Régimen Tributario, que reza: “los miembros del consorcio serán solidariamente responsables, por los tributos que genere la actividad para la cual se constituyó el consorcio”¹²⁷.

3.3.6 Objeto

El objeto del contrato de consorcio debe ser lícito conforme al artículo 1461 del Código Civil y debe estar detallado en el contrato. Al respecto, Jorge Conde sostiene que es necesario precisar cuál es el objetivo contractual, así como también se debe

¹²⁷ Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Artículo 3. Registro Oficial Suplemento No. 209 de 8 de junio de 2010.

delimitar las actividades que han de realizarse, tanto la actividad principal como las accesorias, para la ejecución y concreción del objeto.¹²⁸

El objeto del consorcio puede consistir en la ejecución de una obra, la prestación de un servicio, entre otros. En el caso de los consorcios que resulten adjudicatarios en un proceso de contratación pública, la ley señala que el objeto social del contrato debe ser exclusivo para ejecutar el contrato en el cual resultó adjudicado.

3.3.7 Plazo de duración

Los consorcios empresariales que contratan con el Estado deben tener un plazo de duración que cubra la totalidad del plazo contractual, más noventa días adicionales contados desde la terminación de la relación contractual, a menos que la entidad contratante haya definido un plazo mayor en los pliegos¹²⁹. Fuera de este caso no existen limitaciones al plazo de duración del consorcio por lo que las partes son libres de pactar el plazo que estimen conveniente atendiendo a su capacidad y a las condiciones del negocio. En la práctica el tiempo de duración del contrato de consorcio es proporcional al tiempo que lleva la ejecución de la obra o la prestación del servicio.

3.4 Naturaleza jurídica del consorcio en el Ecuador

En este capítulo se ha estudiado el criterio de juristas ecuatorianos que definen al consorcio en general como una forma de agrupación para emprender una determinada actividad. También se ha analizado el ordenamiento jurídico ecuatoriano y del estudio realizado se concluye que no existe un marco jurídico comprehensivo expresamente aplicable a los consorcios, salvo las breves referencias que hacen algunas normas jurídicas respecto a esta figura. Se ha estudiado además los elementos del contrato de consorcio y se dejando para el final la determinación de la naturaleza jurídica de esta forma de agrupación empresarial.

La discusión radica en si el consorcio empresarial constituye un contrato de sociedad. Como se revisó en el primer capítulo de esta investigación, son dos la tesis

¹²⁸ Jorge Conde. *Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento*. Óp. cit., p. 21.

¹²⁹ Registro Único de Proveedores en la Contratación Pública (RUP). Artículo 15. Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública N° 52. Registro Oficial No. 633 de 3 de febrero de 2012.

que la doctrina plantea respecto al tema. La tesis 1 sostiene que *el consorcio tiene naturaleza eminentemente contractual*. En contraposición, la tesis 2 sostiene que *el consorcio es un tipo de sociedad y, por ende, da origen a una nueva persona jurídica*.

De lo mencionado, surge la interrogante respecto a cuál es la tesis que se adopta en Ecuador. La *tesis 1* tiene mayor acogida entre los abogados, juristas, jueces y servidores públicos del Ecuador. Al revisar las normas pertinentes, se constata que se puede encontrar fundamento para la defensa de ambas tesis. Así, en apoyo a la tesis 1, el artículo 11 de la Resolución N.º 35 emitida por el SNCP señala que “la participación en un consorcio, no reviste respecto de cada uno de los proveedores partícipes la pérdida de su personería jurídica, *pues el consorcio no constituye una persona jurídica* [las cursivas me pertenecen]”. Aquí expresamente se niega la personalidad jurídica del consorcio. Quienes defienden esta tesis sostienen además que no puede considerarse al consorcio una forma de sociedad, pues este no cumple con todos los requisitos para constituir una sociedad —criterio que no compartimos—; menos aún puede considerarse una sociedad comercial, ya que la Ley de Compañías, en el artículo 2, establece que hay cinco especies de compañías de comercio, a saber: 1) la compañía en nombre colectivo, 2) la compañía en comandita simple y dividida por acciones, 3) la compañía de responsabilidad limitada, 4) la compañía anónima y 5) la compañía de economía mixta. Es decir, que la lista de compañías mercantiles conforme a la Ley de Compañías es taxativa, por lo que el consorcio no encaja en ninguna de las formas antes mencionadas.

Por otro lado, en apoyo a la *tesis 2*, la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, en su artículo 98, señala que el consorcio de empresas es considerado una sociedad para efectos tributarios, de manera que está sujeto al pago del impuesto a la renta y demás obligaciones tributarias¹³⁰. De igual forma, de los Modelos de Pliegos de Uso Obligatorio para Procedimientos del SERCOP se desprende un reconocimiento tácito del consorcio como una persona jurídica¹³¹.

¹³⁰ Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Artículo 98. Registro Oficial Suplemento No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

¹³¹ Modelos de Pliegos de Uso Obligatorio para Procedimientos del SERCOP. Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública N° 35. Registro Oficial Suplemento No. 65 de 12 de noviembre de 2009.

Hay que mencionar, además, el criterio desarrollado por la jurisprudencia nacional y analizar lo expuesto por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio especial No. 7-2003 que por contratación pública siguió Juan Vivar Idrovo, en representación del Consorcio Urbanizaciones y Construcciones CCV Cía. Ltda y Asociados en contra del Ilustre Municipio de Cuenca. En el fallo, que versa sobre un incumplimiento contractual, la Sala de la ex Corte Suprema de Justicia estudió la naturaleza jurídica del consorcio, a fin de solventar la ilegitimidad de personería planteada por el Municipio de Cuenca en contra del consorcio y concluyó que “Los consorcios son sociedades civiles, que poseen personalidad jurídica y deben obrar a través de sus representantes legales”¹³². Sin embargo, ese criterio jurisprudencial no es uniforme. Por ejemplo, la Segunda Sala de la ex Corte Superior de Justicia del Azuay dentro del mismo juicio manifestó:

"si analizamos en conjunto el contrato escriturario de constitución del Consorcio, es incuestionable que no se ha constituido una persona jurídica sino un consorcio o asociación, con una duración determinada precisamente por su objeto, es decir que se ha constituido una sociedad de hecho, que por su propia naturaleza no puede representada judicialmente en los términos del artículo 583 del Código Civil, en relación con los artículos 28 y 580 *ibidem*".

El criterio expuesto por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia ha dado origen a múltiples debates respecto al tema entre quienes se alinean a favor o en contra de la tesis sostenida en la referida sentencia. Por esta razón, dada la importancia que tiene ese fallo del entonces máximo órgano de justicia ordinaria del Ecuador en apoyo a la tesis 2, es imperante para este estudio analizar los criterios desarrollados por los jueces de la sala de la ex Corte Suprema de Justicia.

3.5 El contrato de sociedad y el contrato de consorcio

La tesis que se ha planteado en el presente trabajo es que el consorcio empresarial cumple con los elementos esenciales del contrato de sociedad, por lo que su constitución da origen a una nueva persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados en virtud del artículo 1957 del Código Civil¹³³. Para sustentar lo expuesto, se ha considerado fundamental estudiar los elementos

¹³² Jorge Egas Peña. “El Consorcio”. *Academia Ecuatoriana de Derecho Societario*. *Óp. cit.*, p. 105.

¹³³ Código Civil. Artículo 1957. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

constitutivos del contrato de sociedad, así como también los elementos que dan origen al contrato de consorcio. Este análisis es necesario con la finalidad de comprender las semejanzas existentes entre los contratos que se han mencionado y, de ese contraste se espera deducir que, en efecto, el consorcio es un tipo de sociedad conforme el artículo 1957 del Código Civil.

El Código Civil define al contrato de sociedad o compañía como “un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan [...]”. De la definición contenida en el artículo 1957 y según el criterio de Guillermo Borda¹³⁴, se extraen los siguientes elementos del contrato de sociedad: 1) la reunión o agrupación de dos o más personas; 2) la obtención de un fin común; 3) el fin debe consistir en una utilidad apreciable en dinero; y, 4) todos los socios deben participar en las ganancias y pérdidas. En este contexto, la jurisprudencia desarrollada por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia en el 2004 ha manifestado que:

“[...] la esencia de la sociedad radica 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 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’ [...]”

Así pues se evidencia que, a criterio del entonces máximo órgano de justicia del Ecuador, el consorcio cumple con los requisitos del contrato de sociedad establecido en el artículo 1957 del Código Civil siempre que —como se ha mencionado— este sea conformado por dos o más personas naturales o jurídicas que se asocien para llevar a cabo un fin común que les reporte una utilidad apreciable en dinero.

En líneas anteriores se ha mencionado que la tesis generalmente aceptada en el Ecuador es aquella por la que se considera al consorcio simplemente un contrato. De hecho los juristas ecuatorianos catalogan al consorcio empresarial como un contrato atípico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el mismo que en la práctica se rige por

¹³⁴ Guillermo Borda. *Manual de Contratos. Óp. cit.*, p. 488.

las normas generales aplicables a todos los contratos y por el principio de la autonomía de la voluntad.

Jorge Egas Peña, presidente de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario, en un artículo publicado el 2006, expone algunos de los argumentos con los que fundamenta la tesis por la que se considera al consorcio simplemente un contrato y al respecto sostiene que: 1) el consorcio tiene una duración transitoria, limitada al negocio en particular que une a sus miembros, los cuales no tienen *affectio societatis*; 2) en el consorcio no hay aportes, por lo que no se constituye un fondo común; y, 3) el consorcio no está destinado a obtener y distribuir ganancias entre los participantes¹³⁵. El mencionado autor concluye su análisis manifestando que tratándose de una agrupación transitoria y con un fin específico, no constituye una persona jurídica independiente, ni tiene capital propio, ni posee representante legal.

Sin embargo, no compartimos el criterio del jurista Jorge Egas Peña; ya que, como se sostiene este trabajo, en el Ecuador, el contrato de consorcio sí reúne los elementos esenciales del contrato de sociedad, que se reducen básicamente a dos: 1) el aporte en común de dinero, industria o trabajo apreciable en dinero; y, 2) el reparto de beneficios y pérdidas. Estos dos elementos están recogidos expresamente en el artículo 1957 y en el artículo 1959 del Código Civil. En este último artículo se dispone que: “*No hay sociedad, si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común, ya consista en dinero o efectos, ya en una industria, servicio o trabajo apreciable en dinero. Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios*”.

Los elementos esenciales del contrato de sociedad que se han identificado, concuerdan con el criterio expuesto por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, que se cita en líneas precedentes de este apartado.

Sobre la intención de asociarse o *animus societatis* hay un debate doctrinario sobre si es o no un elemento de la esencia del contrato de sociedad. A continuación, se procederá a analizar los elementos esenciales del contrato de sociedad, según la doctrina—incluido el *animus societatis*—, y se determinará si el contrato de consorcio cumple o no con esos elementos, según la legislación ecuatoriana y la jurisprudencia.

¹³⁵ Jorge Egas Peña. *El Consorcio*. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. *Óp. cit.*, p. 107.

3.5.1 *Animus societatis* o *affectio societatis*

La doctrina clásica concibe a la *affectio societatis* como una voluntad de unión de los socios, como un vínculo de simpatía y de confraternidad entre ellos.¹³⁶ En síntesis para la doctrina clásica, el *affectio societatis* es el ánimo de asociarse. Por esta razón y dado que el consorcio es una unión temporal, los defensores de la *tesis I* sostienen que no existe en esta forma de asociación empresarial un auténtico deseo de asociación por cuanto el consorcio es de carácter transitorio. De ahí que algunos autores prefieren hablar, en el ámbito de los “contratos de unión”, de *ius fraternitatis* o *animus cooperandi*, y no de *affectio societatis*, reservando dicho elemento al concepto de sociedad.

El argumento principal para aquello radica en que el consorcio empresarial se constituye para un tiempo limitado, para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, luego de lo cual desaparecen. Sostienen además que las personas naturales o jurídicas que deciden asociarse bajo el amparo del consorcio previamente ya se dedicaban a una rama económica, la cual desean optimizar a través de la cooperación¹³⁷.

Pero ¿constituye la *affectio societatis* un elemento esencial del contrato de sociedad? La doctrina contemporánea sostiene que no. Alberto Spota, por ejemplo, afirma que la *affectio societatis* no es la intención de contraer sociedad, ni es la causa del contrato social sino que es la intención de los contratantes de la sociedad de tratarse como iguales, sin subordinación jurídica de unos frente a otros.¹³⁸ Borda, en apoyo al criterio expuesto, manifiesta que “si la *affectio societatis* fuese un elemento más del contrato de sociedad, habría que ampliar ese criterio e incluir la confianza en el concepto de mandato, el amor en el matrimonio y así en cada caso en que se requiere consentimiento.”¹³⁹ Así pues, aun cuando existan disquisiciones respecto a la existencia o no de la *affectio societatis*, hay autores que consideran que este no es un elemento esencial del contrato de sociedad, por lo que bien puede el consorcio empresarial prescindir de ella.

¹³⁶ Guillermo Borda. *Manual de Contratos. Óp. cit.*, p. 488.

¹³⁷ Álvaro Freire Guerrero. Los Alcances y Limitaciones del Consorcio Empresarial en la Legislación Ecuatoriana. *Óp. cit.*, p. 15.

¹³⁸ Alberto Spota. *Contratos, Instituciones de Derecho Civil*. 2da. ed. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2009, p. 1002.

¹³⁹ Guillermo Borda. *Manual de Contratos. Óp. cit.*, p. 488.

Respeto al tema, Borda concluye que en verdad lo que une a los socios y constituye el elemento esencial de la sociedad es el fin común; si este existe y si, además, se encuentran reunidos los restantes requisitos legales de la sociedad, esta existirá haya o no entre los socios confianza, simpatía, amistad, animadversión, desconfianza, odio. Los autores modernos prescinden hoy de mencionar la *affectio societatis* como elemento del contrato de sociedad (Larenz, Enneccerus, Messineo)¹⁴⁰.

Esta posición de Borda, es compartida por la legislación y jurisprudencia ecuatorianas, en cuanto como se ha visto, la *affectio societatis* no constituye un elemento esencial del contrato de sociedad; así lo dispone el artículo 1957 y el artículo 1959 del Código Civil, en los que se establece básicamente que para que exista sociedad, es suficiente un fondo común y el fin de dividirse entre sí los beneficios. Y es este el criterio que compartimos, en cuanto la *affectio societatis* no es un elemento esencial del contrato de sociedad y por ende no debe verificarse dicho elemento en el contrato de consorcio.

3.5.2 Fondo común

Como se ha señalado en el párrafo precedente, Guillermo Borda sostiene que el elemento esencial del contrato de sociedad es el fin común que persiguen los miembros de la asociación y, de hecho, el artículo 1959 del Código Civil dispone que “no hay sociedad si cada uno de los socios no pone alguna cosa en común”. La sociedad se constituye para llevar a cabo un fin común, para lo cual los socios deberán realizar sus aportes ya sea en dinero, industria, servicio o trabajo apreciable en dinero, luego de lo cual los miembros de la asociación esperan recibir una utilidad económica¹⁴¹.

Al respecto, Gabino Pinzón sostiene que el contrato de sociedad es un contrato de colaboración, en el que cada socio se obliga a llevar un aporte al fondo social, para utilizarlo en la persecución de un beneficio repartible entre todos. Así pues, la prestación o aporte que se pacta no es causa de la obligación que contraen unos socios frente a otros socios, porque la prestación de todos y cada uno de ellos tiene una misma

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ Código Civil. Artículo 1959. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

causa: obtener, con el ejercicio de una industria o empresa determinada, un lucro o utilidad repartible entre todos ellos¹⁴².

El consorcio, conforme se ha estudiado en el capítulo primero, constituye una forma de asociación empresarial por el que sus miembros se asocian con la finalidad de llevar a cabo un objetivo común. Así lo expone Arrubla Paucar al manifestar que “el consorcio es un contrato de colaboración entre dos o más empresarios con la finalidad de unir esfuerzos para lograr un determinado objetivo”. Este criterio es ratificado por Jorge Ibañez y Caballero Sierra como se revisó en el primer capítulo.¹⁴³

Los miembros del consorcio, al igual que los miembros de la sociedad, persiguen un fin común, para lo cual realizan aportaciones de la más variada naturaleza al fondo común del consorcio ya sea en dinero, industria, servicio o trabajo apreciable en dinero conforme al primer inciso del artículo 1959 del Código Civil. En la práctica se puede constatar que varios de los consorcios constituidos en el Ecuador e inscritos en la Superintendencia de Compañías contienen dentro de las cláusulas constitutivas del contrato de consorcio una exclusiva referente a los aportes que realizan los consorciados. Por ejemplo: En la escritura pública de constitución de consorcio denominado “CONSORCIO CS MEDICAL – Z&U MED”, que otorgan la señora Carolina Lilibeth Suastegui Jiménez y la compañía Z&U MED CÍA. LTDA, en la cláusula sexta de detalle de aportes y determinación de compromisos y obligaciones, establecen que:

[...] CAROLINA LILIBETH SUASTEGUI JIMÉNEZ aportará la cantidad de CIENTO CINCUENTA MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA en dinero efectivo para cubrir los costos operacionales que demanden el buen curso el proceso contractual; aportará equipos de laboratorio clínico valorados aproximadamente en TRESCIENTOS MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA [...] aportará los equipos mobiliarios para la ejecución del contrato valorados aproximadamente en QUINCE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; aportará con la participación de técnicos de laboratorio, valorados aproximadamente en SETENTA MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; aportará con las vías de capacitación al personal valorada aproximadamente en VEINTE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Por su parte la compañía Z&U MED CÍA. LTDA aportará la cantidad de CINCUENTA MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA en dinero efectivo para cubrir los costos operacionales que demanden el buen curso el proceso contractual; aportará equipos de laboratorio clínico valorados

¹⁴² Gabino Pinzón. *Sociedades Comerciales*. Volumen I. Bogotá: Editorial Temis. 1968., p 14.

¹⁴³ Gaspar Caballero. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Bogotá: Editorial Temis, 1985, p.11.

aproximadamente en DOSCIENTOS CINCUENTA MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; aportará los equipos de oficina y de comunicación [...] valorados en VEINTE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; aportará el conocimiento y experiencia en la ejecución de la prestación de servicios para lo cual ha sido contratado el consorcio, valorado aproximadamente en VEINTE MIL 00/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; y, se encargará de realizar los acuerdos con los proveedores que se requieran, tratar y lograr precios especiales de reactivos e insumos, además de aportar su experiencia en la administración y gestión de este tipo de contratos [...]¹⁴⁴.

Posteriormente, en la cláusula séptima del mencionado contrato de consorcio se establece que:

“La participación de las partes en las aportaciones y provisiones, así como los beneficios o pérdidas en caso de haberlas, será la siguiente: la señora CAROLINA LILIBETH SUASTEGUI JIMÉNEZ participará con el setenta y cinco por ciento (75%); y, la compañía Z&U MED CÍA. LTDA., participará con veinticinco por ciento restante (25%) [...]¹⁴⁵.

Para citar otro ejemplo, en la Superintendencia de Compañías consta el convenio de consorcio entre CARTOTECNIA CARTOGRAFICA TÉCNICA COMPUTARIZADA DE PROYECTOS S.A. (CARTOTECNIA) Y LA COMPAÑÍA TELEBAK S.A. que en la cláusula décima de las aportaciones del convenio se establece que:

[...] 10.1. El financiamiento que requiera la adquisición de equipos y operaciones de éste, estará a cargo del “Consortio CARTOTECNIA TELEBANK”. 10.2. Las compañías CARTOTECNIA CARTOGRAFICA TÉCNICA COMPUTARIZADA DE PROYECTOS S.A. (CARTOTECNIA) Y LA COMPAÑÍA TELEBAK S.A., aportarán la gestión, obtención y provisión de recursos financieros necesarios para la ejecución del objeto del Consorcio, siendo de su responsabilidad el Gerenciamiento del proyecto. 10.3. Las compañías CARTOTECNIA CARTOGRAFICA TÉCNICA COMPUTARIZADA DE PROYECTOS S.A. (CARTOTECNIA) y TELEBAK S.A. aportarán el personal técnico para ejecutar los proyectos.¹⁴⁶

Del convenio además se desprende una cláusula de la que consta la participación y los beneficios que en lo pertinente señala que:

La participación con la que se constituye el siguiente Consorcio será del 70% a favor de TELEBANK S.A. y 30% a favor de CARTOTECNIA CARTOGRAFICA

¹⁴⁴ Superintendencia de Compañías y Valores
http://appscvs.supercias.gob.ec/portaldedocumentos/consulta_cia_param.zul (acceso: 20/10/2016)

¹⁴⁵ Contrato de consorcio. CS MEDICAL – Z&U MED en:
http://appscvs.supercias.gob.ec/portaldedocumentos/consulta_cia_param.zul (acceso: 20/10/2016)

¹⁴⁶ Contrato de consorcio Cartotecnia Cartográfica Técnica Computarizada De Proyectos S.A. (CARTOTECNIA) y la Compañía Telebak S.A. en:
http://appscvs.supercias.gob.ec/portaldedocumentos/consulta_cia_param.zul (acceso: 20/10/2016)

TÉCNICA COMPUTARIZADA DE PROYECTOS S.A. (CARTOTECNIA), en consecuencia, los beneficios que reporten el presente consorcio serán repartidos en el porcentaje antes indicado¹⁴⁷.

De lo expuesto se evidencia que en la práctica la mayoría de contratos que dan origen al consorcio incluye cláusulas que contienen los aportes realizados por los miembros del consorcio, así como también una cláusula de la que consta el porcentaje de participación. Se puede constatar entonces, que los miembros del contrato de consorcio ponen algo en común para dividirse luego los beneficios que provengan de la actividad¹⁴⁸. Esta puesta en común, que como se ha visto puede ser de la más variada gama, siempre que resulte necesaria para alcanzar el objetivo común¹⁴⁹, es un elemento de la esencia del contrato de sociedad que cumple el consorcio empresarial.

3.5.3 Participación en las ganancias y pérdidas

Como se ha mencionado en el párrafo precedente, los socios en la sociedad realizan aportes a un fondo común para llevar a cabo un negocio determinado. En el consorcio, los consorciados también realizan sus aportes con la finalidad de obtener alguna ganancia luego de cumplir el objetivo para el que se han constituido. El artículo 1970 del Código Civil establece que: “Los contratantes pueden fijar las reglas que tuvieran por convenientes para la división de ganancias y pérdidas”¹⁵⁰. Al respecto, Guillermo Borda sostiene que los socios tienen derecho a participar en los beneficios periódicos y en las ganancias resultantes. La proporción en que los socios deben participar en ellos queda librada a la convención de las partes. No obstante, el artículo 1972 del Código Civil dispone que: “A falta de estipulación expresa, se entenderá que la división de los beneficios debe ser a prorrata de los valores que cada socio ha puesto en el fondo social, y la división de las pérdidas a prorrata de la división de los beneficios”.

En las cláusulas de los contratos consorciales que se encuentran registrados en la Superintendencia de Compañías se evidencia que algunos de ellos contienen una

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 7-2003, 4 de marzo de 1004. Registro Oficial 414 de 6 de septiembre de 2004.

¹⁴⁹ Carlos Alberto Ghersi. *Contratos Civiles y Comerciales*. Tomo II. 2da. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 43.

¹⁵⁰ Código Civil. Artículo 1970. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

cláusula de aportes en la que detallan la forma en la cual los miembros del consorcio participarán de las ganancias y de las pérdidas.

3.6 El consorcio como persona jurídica independiente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Una vez que se ha analizado los elementos esenciales del contrato de sociedad según la legislación y jurisprudencia ecuatoriana se ha llegado a determinar que, en concordancia con el criterio expuesto por la ex Corte Suprema de Justicia, el consorcio cumple con los elementos esenciales del contrato de sociedad y, por ende, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Autores como Jorge Egas Peña rechazan el criterio manifestado, ya que sostiene que el consorcio no puede ser una sociedad por las siguientes razones:

1. *El consorcio tiene una duración transitoria, limitada al negocio en particular que une a sus miembros; los cuales no tienen affectio societatis.*- Respecto a este punto no cabe duda que una de las características del contrato de consorcio es la temporalidad de esta forma de asociación. No obstante, aun cuando su duración fuera limitada al tiempo del negocio que los motivo a asociarse, esto no implica que no pueda ser una sociedad, por cuanto el artículo 1969 del Código Civil prevé que “si el objeto de la sociedad es un negocio de duración limitada, se entenderá contraída por todo el tiempo que durare el negocio”, de manera que este argumento no es contundente. El Código Civil faculta la constitución de una sociedad con un tiempo limitado, luego de lo cual se disuelve conforme el artículo 2002 del Código Civil que reza “la sociedad se disuelve por la expiración del plazo, o por el cumplimiento de la condición que se ha prefijado para que tenga fin”. En el caso del consorcio, el plazo será aquel necesario para ejecutar la obra o prestar los servicios a los que se han comprometido. En el caso de los consorcios que se constituyen para contratar con el sector público el artículo 15 de la Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública N.º 52 establece que el contrato de consorcio debe contener “el plazo de duración, que deberá cubrir la totalidad del plazo contractual, más noventa días adicionales contados desde la terminación de la relación contractual, a menos que la entidad contratante haya definido un plazo mayor

en los pliegos”¹⁵¹. Ahora bien, respecto a si los miembros del consorcio tienen o no el ánimo de asociarse (*affectio societatis*) cabe recordar que éste no es un elemento esencial del contrato de sociedad pues como se revisó oportunamente bien puede prescindirse de dicho elemento.

2. *En el consorcio no hay aportes, por lo que no se constituye un fondo común.* - Esta afirmación no tiene fundamento, puesto que, como se ha visto en los contratos de consorcio registrados ante la Superintendencia de Compañía, algunos de ellos, contienen una cláusula especial en la que se detalla los aportes que han realizado los miembros.

3. *El consorcio no está destinado a obtener y distribuir ganancias entre los participantes.* - Los consorcios son una forma de asociación empresarial, en tal virtud su constitución por regla general en el Ecuador tiene la finalidad de constituirse para emprender un negocio que reporte utilidades a los participantes. De ahí que los miembros de esta forma de asociación empresarial previamente, en el contrato constitutivo de consorcio como se ha estudiado, estipulan el porcentaje de la participación que tendrán en sus ganancias. Así pues, es la expectativa de beneficio o lucro lo que motiva la formación del consorcio empresarial.¹⁵²

Ahora bien el Código Civil, en su artículo 1963, señala que “la sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles.”¹⁵³ En este contexto es imperante —conforme a la clasificación realizada por el artículo 1963 del Código Civil— establecer ¿qué tipo de sociedad es el consorcio empresarial: una sociedad civil o una mercantil? El fallo dictado por la ex Corte Suprema de Justicia, a la cual se ha hecho referencia a lo largo del trabajo, determina que el consorcio es una sociedad civil y no una sociedad de hecho como lo afirma el Tribunal ad quem en la sentencia que impugna el recurrente. Según esa Sala, el consorcio cuenta con todos los elementos

¹⁵¹ Registro Único de Proveedores en la Contratación Pública (RUP). Artículo 15. Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública N° 52. Registro Oficial No. 633 de 3 de febrero de 2012.

¹⁵² Carlos Alberto Ghersi sostiene que no siempre la idea de beneficio debe ser traducida como sinónimo de rentabilidad efectiva, pues a lo que aquí se apunta es a la “valuación económica”, por ejemplo, puede ser que una empresa no obtenga dividendos inmediatos, pero justificó su participación por la necesidad de demostrar su capacidad técnica y obtener un puesto en el mercado, lo cual obviamente tiene una valoración económica patrimonial. (Carlos Alberto Ghersi. *Contratos Civiles y Comerciales*. Tomo II. 2da. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 43).

¹⁵³ Código Civil. Artículo 1963. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

esenciales del contrato de sociedad y, por ende, al crear una persona jurídica distinta a los socios individualmente considerados, ésta deberá ser representada por un representante legal conforme con el artículo 564 del Código Civil.

Vale destacar finalmente que no puede considerarse al consorcio un tipo de sociedad mercantil en cuanto a criterio de la misma sala en una resolución de recurso de Casación publicada 5 de noviembre del 2002 se establece que:

[...] La ley ha previsto lo que la doctrina llama tipos de sociedad; es decir, como lo señala el tratadista José Ignacio Romero, "La existencia de determinadas estructuras, provistas en forma previa por el legislador que deben ser necesariamente respetadas por las partes y a las cuales deben someterse para formar válidamente una sociedad comercial. La inmodificabilidad del elenco de figuras que la ley pone a disposición de los contratantes constituye el denominado *numerus clausus*: la existencia de un elenco inalterable de figuras sociales que deben ser adoptadas necesariamente para poder celebrar válidamente un negocio jurídico societario. Este *numerus clausus* ha sido interpretado como absolutamente taxativo, y en muchos casos como derogatorio de la autonomía de la voluntad [...] No hay sociedades comerciales atípicas, porque la tipicidad es un requisito para la existencia y validez del contrato y del sujeto de derecho de él derivado [...]"¹⁵⁴.

En este sentido, se observa que el consorcio no puede encajar bajo la denominación de un contrato de sociedad mercantil ya que a criterio de la misma Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia los tipos de sociedad son taxativos conforme al artículo 2 de la Ley de Compañías.

Adicionalmente es importante destacar que otra de las razones por las cuales el contrato de consorcio empresarial no puede ser considerado un contrato de sociedad mercantil es porque este contrato de sociedad, es solemne, en cuanto para que nazca a la vida jurídica la compañía, debe el contrato inscribirse en el Registro Mercantil; así pues, su nacimiento está sujeto a la resolución aprobatoria del Registro Mercantil con lo que se le otorga a este nuevo ente capacidad jurídica que consiste en la aptitud legal que tiene una persona, natural o jurídica, para ser titular de derechos y obligaciones.¹⁵⁵

En este contexto, el consorcio empresarial debe considerarse entonces un contrato de sociedad civil y debe regularse principalmente por las normas contenidas en el Código Civil.

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución de Recurso de Casación. Serie 17. Registro Oficial 11 de 5 noviembre de 2002.

¹⁵⁵ Lisandro Peña. *De las Sociedades Comerciales. Óp..cit.*, 2014, p.28.

Conclusiones

Una vez que se ha estudiado al consorcio a la luz del Derecho privado en base a la doctrina desarrollada por importantes juristas del Derecho mercantil se concluye lo siguiente:

1. El consorcio empresarial es una figura jurídica relevante en el mundo de los negocios que permite a las pequeñas y medianas empresas involucrarse en proyectos importantes del sector público y privado y aumentar su competitividad.

2. El consorcio es un instrumento útil que el ordenamiento jurídico ofrece a una pluralidad de sujetos para el desarrollo en común de cierta actividad, que puede consistir en la realización de una obra o en la prestación de determinados servicios, mediante la asociación de los sujetos interesados en tales resultados, para obtener un beneficio.

3. La doctrina plantea dos tesis sobre la naturaleza jurídica del consorcio. La tesis 1 que sostiene que el consorcio es simplemente un contrato que no da lugar a una persona jurídica, y es la tesis mayoritaria. En contraposición, la tesis 2 afirma que el consorcio empresarial da lugar a una persona jurídica porque es, en esencia, un contrato de sociedad. La elección de una u otra tesis tiene importantes implicaciones para los miembros del consorcio.

4. Del estudio de la legislación comparada de Argentina, Perú y Francia se concluye que existen múltiples formas de asociación empresarial y cada una de ellas guarda sus particularidades. Sin embargo, llama la atención el desarrollo jurídico de otros países Latinoamericanos ya que poseen un marco normativo y expresamente niegan la existencia de personalidad jurídica a estas formas de asociación empresarial. Eso no ocurre en Ecuador, donde no existe ni siquiera una definición de lo que es consorcio y las pocas referencias en el marco de la contratación pública son incoherentes. Los avances que se muestran en países europeos son aún mayores. Francia por ejemplo, tiene un gran desarrollo en el tema de las asociaciones empresariales, pues —como se ha visto— a los GIE de este país se les atribuye personalidad jurídica.

5. En el Ecuador el consorcio privado es una forma de asociación empresarial por la que dos o más personas naturales o jurídicas de la misma rama empresarial o de una afín deciden asociarse para llevar a cabo un negocio tanto en el sector público como en el

privado. Algunos consorcios en el Ecuador se constituyen para participar en algunos de los procesos de contratación pública contemplados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. No obstante, como se pudo evidenciar del estudio realizado en las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el consorcio como una forma de asociación empresarial tiene un insuficiente desarrollo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano lo que ha generado inseguridad jurídica en quienes han querido asociarse mediante esta forma empresarial.

6. La jurisprudencia desarrollada por la Primera Sala De Lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia dentro del juicio especial No. 7-2003 publicada en el Registro Oficial 414 el 6 de septiembre del 2004 determina que el consorcio cumple con los elementos esenciales del contrato de sociedad del artículo 1957 del Código Civil. Nosotros compartimos en su integridad los razonamientos expuestos en ese fallo.

7. En nuestra opinión, el consorcio es un contrato de sociedad y no un contrato atípico, pues cumple con los elementos esenciales del contrato de sociedad que son: 1) el aporte apreciable en dinero y; 2) la distribución de beneficios económicos. Así pues al considerarse al consorcio un contrato de sociedad se concluye que el contrato de consorcio posee las siguientes características: es plurilateral, consensual, oneroso e *intuitu personae*.

8. En razón de lo expuesto, nuestra hipótesis ha sido comprobada: los consorcios privados sí tienen personalidad jurídica porque constituyen contratos de sociedad regidos por el Código Civil.

9. Este hallazgo es jurídicamente relevante, pues no solo contribuye a la seguridad jurídica y al conocimiento del régimen que debería regular a los contratos de consorcio en el Ecuador; sino que tiene consecuencias prácticas importantes; ya que, si el consorcio es una persona jurídica, tiene legitimación procesal y, en consecuencia, puede ser demandado directamente; y, los acreedores de los consorciados no podrían perseguir sus acreencias en el patrimonio del consorcio.

Bibliografía

- Alessandri, Arturo. *De los Contratos*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2011.
- Álvarez, Andrea. *La Capacidad Jurídica de Consorcios y Uniones Temporales en el Marco de la Contratación Estatal*. Disponible en: <http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/27/la-capacidad-juridica-de-consorcios-y-uniones-temporales-en-el-marco-de-la-contratacion-estatal.pdf>
- Anaya, Jaime. “Los Grupos de Interés del Derecho Francés como Modelo Legislativo”. En: *Régimen Legal de los Consorcios en Ecuador*. Rodrigo Jijón. Tesis de Grado Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 1982.
- Arce, Javier. *Contratos Mercantiles Atípicos*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1997.
- Arias-Schreiber Pezet, Max y Arias-Schreiber Montero, Ángela “Los Contratos Modernos”. En: *Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento*. Jorge Luis Conde. Lima: Vox Juris, 2014.
- Arrubla, Jaime. *Contratos Mercantiles*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992.
- Borda, Guillermo. *Manual de Contratos*. 18va. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1999.
- Brito, Tahairy. *El Consorcio. Naturaleza Jurídica en el Ámbito de Colaboración entre Sociedades*. Trabajo Especial de Grado, para optar al Grado de Especialista, en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2007.
- Caballero, Gaspar. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Bogotá: Editorial Temis, 1985.
- Cabanellas Guillermo. *Introducción al Derecho Societario*. Buenos Aires: Heliasta, 1993.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Caizahuano, Roberto. “Consorcio” en Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. *Las otras clases de compañías en el Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 2009.
- Calaiácovo, Juan et al. *Joint Ventures y otras formas de Cooperación Empresarial Internacional*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2015.
- Castrillón, Víctor. *Contratos Civiles*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2007.
- Champaud, Claude. “Le pouvoir de concentration de la société pour action”. En: *Los Consorcios Públicos y Privados*. Gaspar Caballero. Bogotá: Editorial Temis, 1985.

- Conde, Jorge Luis. *Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento*. Lima: Vox Juris, 2014.
- De la Madrid, Mario. *El Joint Venture como Sociedad*. Disponible en: archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1943/8.pdf
- De la Puente y Lavalle, Manuel. “El Contrato en General”. En: *Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento*. Jorge Luis Conde. Lima: Vox Juris, 2014.
- Dromi, José. *Federalismo y Municipio*. Buenos Aires: Editorial Idearium, 1980.
- Egas, Jorge. *El Consorcio*. Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. Revista de Derecho Societario N° 8. 2005. Disponible en: http://www.paulortiz.com/aeds/revista/revista_8.html
- Fédération des Entreprises Publiques Locales. *Groupment d'intérêt économique*. París, 2013.
- Freire, Álvaro. Los Alcances y Limitaciones del Consorcio Empresarial en la Legislación Ecuatoriana. Tesis de Grado. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2011.
- Gabino Pinzón. *Sociedades Comerciales*. Volumen I. Bogotá: Editorial Temis. 1968.
- Galindo, Juan. *Derecho Europeo de Sociedades*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002.
- García, Gerardo. *Joint Venture. Generalidades y Clasificación*. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015.
- García, Vinicio. “Los Consorcios en la Contratación Pública Ecuatoriana”. *Celebración de Contratos Administrativos*. Genaro Eguiguren (ed.). Quito: Corporación Editora Nacional, 2001.
- García, Vinicio. “Los Consorcios en la Contratación Pública Ecuatoriana”. *Celebración de Contratos Administrativos*. Eguiguren, Genaro (ed.). Quito: Corporación Editora Nacional, 2001.
- Garrigues. “Nueva Enciclopedia Jurídica SEIX”. T.IV. Citado en Roberto Caizahuano, “Consorcio” en Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. *Las otras clases de compañías en el Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 2009, pg. 176
- Gherzi, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales*. Tomo II. 2da. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- Guyenot, Jean. “Los Grupos de Interés Económico y el Derecho de las Sociedades Comerciales”. En: *Tratado de las Sociedades*. Carlos Gilberto Villegas. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

- Heli Saúl Rincón. “La personalidad jurídica del Consorcio en Venezuela”. *Comercium et Tributum*. Volumen 1. Edición No. 1, 2008, p. 6.
<http://www.urbe.edu/publicaciones/comercium/pdf/vol-1/1-la-personalidad-juridica-del-consorcio-en-venezuela.pdf>. (27/10/2016)
- Huayanay, Hugo. *El Contrato de Consorcio en la Legislación Peruana*. *Revista de la Facultad de Derecho de la UNMSM*. Lima: UNMSM, 2001.
- Huayanay, Hugo. *Los Contratos Asociativos*. *Revista Esden*. Lima: Escuela de Derecho Empresa & Negocios, 2007.
- Ibáñez, Jorge. *De lo consorcios y uniones temporales*. Disponible en: <http://www.tesauro.com.co/CAPACIDAD/CONSORCIO%20UT%20CAMARA%20COMERCIO%20BOGOTA.pdf>
- Iza de Días, Alexandra. “Las empresas públicas” en Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. *Las otras clases de compañías en el Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 2009.
- Jijón, Rodrigo. *Régimen Legal de los Consorcios en Ecuador*. Tesis de Grado Doctoral. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 1982.
- Josserand, Louis. “Cours De Droit Civil Positif Français”. En: *Teoría General del Contrato y del Negocio jurídico*. Guillermo Ospina, Eduardo Ospina. Bogotá-Colombia: Editorial Temis S.A., 2009.
- Lorenzetti, Ricardo. *Tratado de los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. 2008
- Mario Pesci Feltri. Naturaleza jurídica de los denominados “consorcios” y de su comportamiento ante la ley de impuesto sobre la renta.
http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDPUB/9/rdpub_1982_9_67-70.pdf. (27/10/2016)
- Martorell, Ernesto (Dir.). *Tratado de Derecho Comercial*. Tomo VIII: Sociedades Mercantiles y Joint Ventures. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Miguel Ramírez. *Consorcios y Uniones Temporales: Definición y Obligaciones*. Disponible en: <http://www.colombialelegalcorp.com/consorcios-uniones-temporales-definicion-obligaciones-colombia/>
- Miquel, Jorge. Citado en Conde, Jorge Luis. *Análisis del contrato de Joint Venture y sus Mecanismos de Financiamiento*. *Óp. Cit.*
- Ospina, Guillermo y Ospina, Eduardo. *Teoría General del Contrato y del Negocio jurídico*. 7ma. ed. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Otis, James. *La Inversión Internacional en Países en Desarrollo*. Caracas: Editorial Arte, 1993.

- Pauleau, Christine. *Régimen Jurídico de las "Joint Ventures"*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Peña, Lisandro. *De las Sociedades Comerciales*. Bogotá: ECOE Ediciones, 2014.
- Pérez, Carmen. *El Consorcio. Naturaleza Jurídica de los Consorcios*. Trabajo Especial de Grado para optar al Grado de Especialista en Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003.
- Prez, Guillermo. *Contratos de Colaboración Empresaria: Aspectos Legales y Fiscales*. Boletín de Lecturas Sociales y Económicas. Buenos Aires: Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, 2007.
- Rojina, Rafael. *Derecho Civil Mexicano, Tomo Quinto, Obligaciones*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1960. Citado en Víctor Castrillón. *Contratos Civiles*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2007.
- Romero, Emilio. "Están los consorcios sujetos al control de la Superintendencia de compañías". Disponible en: www.paulortiz.com/aeds/revista/pdfs/aeds_revista_8_11.doc
- Sandoval, Ricardo. "Los Grupos o Agrupaciones de Interés Económico". *Revista de Derecho. Concepción*: Editorial Andrés Bello.
- Sierralta Aníbal. *Joint Venture Internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997.
- Sierralta, Aníbal. "Joint venture Internacional". En: *Joint Venture. Generalidades y Clasificación*. Gerardo García. México D.F.: instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2015.
- Spota, Alberto. *Contratos, Instituciones de Derecho Civil*. 2da. ed. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2009.
- Stancanelli, Giuseppe. "Los Consorcios en el Derecho Administrativo". En: *Los Consorcios Públicos y Privados*. Gaspar Caballero. Bogotá: Editorial Temis, 1985.
- Talledo, Cesar. *La Asociación en Participación, el Consorcio y el Joint Venture: Aspectos Contractuales y Tributarios*.
- Trujillo, Juan. "De la Asociación o cuentas en participación" en Academia Ecuatoriana de Derecho Societario. *Las otras clases de compañías en el Ecuador*. Quito: Ediciones Legales, 2009.
- Valencia Zea, Arturo y Ortiz, Álvaro. *Derecho Civil*. Tomo 1. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997.
- Villegas, Carlos. *Tratado de las Sociedades*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

Plexo normativo**Ecuador:**

Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 285. Registro Oficial Suplemento No. 303 de 19 de octubre de 2010.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 449 de octubre del 2008.

Ley de Compañías. Registro Oficial No. 312 de 5 de noviembre de 1999.

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial Suplemento No. 463 de 17 de noviembre de 2004.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento No. 100 de 14 de octubre de 2013.

Modelos de Pliegos de Uso Obligatorio para Procedimientos del SERCOP. Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública N° 35. Registro Oficial Suplemento No. 65 de 12 de noviembre de 2009.

Registro Único de Proveedores en la Contratación Pública (RUP). Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública N° 52. Registro Oficial No. 633 de 3 de febrero de 2012.

Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno. Registro Oficial Suplemento No. 209 de 8 de junio de 2010.

Superintendencia de Compañía y Valores

http://appscvs.supercias.gob.ec/portaldedocumentos/consulta_cia_param.zul

(acceso: 20/10/2016)

Extranjera:

Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina). Ley 26.994 de 7 de octubre de 2014. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>

Ley General de Sociedades (Perú). Ley 26.887 de 7 de octubre de 2014. Disponible en:
<http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/Search/Comparada/ComparadaMaterias.aspx?pais=PERU>

Código Civil (Italia). Regio Decreto N° 262 de 16 de marzo 1942. Disponible en:
<http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-italia/articulo-2612.php>

Código de Comercio (Francia). Ley N° 2013-504 de 14 de junio 2013. Disponible en:
<https://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/es-Espanol-castellano/Traducciones-Legifrance>

Jurisprudencia:

Ecuador:

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 7-2003, 4 de marzo de 1004. Registro Oficial 414 de 6 de septiembre de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Resolución de Recurso de Casación. Serie 17. Registro Oficial 11 de 5 noviembre de 2002.

Extranjera:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-512/07 del 6 de julio de 2007.
http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-512-07.htm#_ftn16