

Algunos apuntes sobre los contratos asociativos y su tratamiento en la Ley General de Sociedades peruana

Alfredo Ferrero Diez Canseco

Profesor de Derecho Mercantil en la

Pontificia Universidad Católica del Perú.

Master en Derecho por la Universidad de Harvard.

Miembro de la Comisión Reformadora de la Ley General de Sociedades.

1 Antecedentes legislativos.

El primer aspecto que se debe mencionar respecto de los contratos asociativos es que en la Ley General de Sociedades derogada en diciembre de 1997 sólo se había regulado el contrato de asociación en participación, a pesar que la práctica comercial indicaba el uso frecuente y difundido de los denominados contratos de *joint venture* o consorcios, los que sin embargo se daban bajo la forma de contratos innominados como resultado de la estrechez de la figura de la asociación en participación, en los casos que la existencia de socios ocultos no era deseada o permitida; así por ejemplo, en la contratación con el Estado, se exigía actuar directa y abiertamente, más

aún estableciendo la responsabilidad solidaria de todos los contratistas cuando éstos actuaban conjuntamente⁽¹⁾.

A continuación analizaremos las características de los contratos asociativos, en particular, la asociación en participación y el consorcio; así como también las diferencias existentes entre ambas figuras jurídicas, tal como han sido regulados en la Ley General de Sociedades vigente (en adelante, LGS o simplemente la ley).

Sin embargo, antes es necesario indicar que a pesar de la gran difusión de la figura del *joint venture* o consorcio, este tipo de contrato asociativo no se había regulado anteriormente en ley alguna como consorcio o *joint venture*⁽²⁾. La razón de ello esta dada porque

(1) A propósito ver el artículo 37 de la Ley No.26850.

(2) Es importante indicar que nuestra legislación ya había incorporado en diversas oportunidades referencias directas e indirectas al *joint venture* o consorcio. En el Perú, la primera vez que se mencionó al *joint venture* fue en el Decreto Supremo No.010-88-PE de marzo de 1988, refiriéndose a los contratos para la operación de embarcaciones pesqueras. También se uso en el año 1992 con relación al Texto Único Ordenado a la Ley General de Minería cuando se refería al *joint venture* minero. No obstante lo cual, mas allá de referencias aisladas de diversas normas como el Reglamento del IGV y la Ley del Impuesto a la Renta, no existía una regulación específica del *joint venture* como tal; por lo tanto, el primer intento de regulación general de nuestro Legislador lo encontramos en la Ley General de Sociedades promulgada en diciembre del año 1997.

Es decir, antes de la dación de la nueva LGS existía legislación peruana que hacía referencia directa o indirecta al *joint venture*, aunque no existía una regulación legal propiamente dicha, simplemente se hacía un enunciado de la figura contractual del *joint venture* mas no se daba una definición específica de lo que ello significaba.

algunos sostenían no sin poco fundamento que su regulación no era necesaria ya que las partes le dotaban a través del acuerdo de voluntades de contenido y que en todo caso el documento del contrato determinaba las características, obligaciones y derecho de cada una de las partes participantes en el consorcio. Sin embargo, por una cuestión de orden y sistemática la Comisión Reformadora de la Ley General de Sociedades optó por incluir en la ley actualmente vigente las figuras del consorcio y la asociación en participación como contratos asociativos.

También es importante indicar que no han faltado opiniones en el sentido que a la figura del consorcio o *joint venture* le correspondía una ubicación distinta al que ocupa actualmente en la LGS, así por ejemplo en un código de comercio o en un código de la empresa y no en la LGS.

La Comisión Reformadora de la LGS, por cuestiones de tradición jurídica, considerando que la ley anterior había incluido en su articulado a la asociación en participación, y además si bien ni el consorcio ni la asociación en participación constituyen una persona jurídica distinta a los miembros que han decidido “cooperar o asociarse” para el negocio común, estas figuras o mecanismos contractuales implican una “sociedad” entendiéndose como una participación, cooperación o asociación comercial conjunta para la explotación de un negocio común. En cuyo caso, el contrato asociativo determina las reglas que van a regir la relación entre las partes⁽³⁾.

Sin embargo, cabe precisar que en el caso de los llamados contratos asociativos, la participación o la asociación de las partes ya sea a través de los *joint*

ventures o de la asociación en participación, implican una asociación específica y determinada para un negocio común en concreto y no una relación de socios dentro de una misma entidad legal.

2 Los contratos asociativos.

Para Farina⁽⁴⁾, los contratos asociativos son contratos plurilaterales en sentido funcional y de colaboración⁽⁵⁾.

Al respecto, Richard⁽⁶⁾ diferenciando entre contratos plurilaterales estructurales y contratos plurilaterales funcionales, señala que los segundos persiguen un fin común, y de por sí son contratos de colaboración y organización⁽⁷⁾, ofreciendo la posibilidad que intervengan más de dos partes por lo que también se les denomina contratos abiertos o con posibilidad de serlo.

Para la ley peruana⁽⁸⁾ el *joint venture* y la asociación en participación son contratos de carácter asociativo en el cual las partes se asocian manteniendo cada uno su propia identidad o personalidad jurídica para realizar un negocio común con el objetivo último de obtener un beneficio económico.

La ley actual, artículos 438 y siguientes, al regular los contratos asociativos empieza por determinar el alcance de la definición del contrato asociativo y establece que sus características son las siguientes:

- a) Es un contrato cuyo objetivo principal es crear y regular relaciones de participación, integración o negocios.
- b) El contrato no genera una persona jurídica.

(3) Sin perjuicio de lo señalado, no nos sorprendería que más adelante se separe a éstos contratos asociativos de la LGS vigente.

(4) FARINA, Juan. *Contratos Comerciales Modernos*. 2a.ed. Buenos Aires: Astrea, 1997. p.774.

(5) Para autores como Alberto Spota, son contratos de colaboración aquellos en los cuales media una función de cooperación de una parte hacia la otra o, recíprocamente, para alcanzar el fin que ha determinado la celebración del contrato. Dicho fin puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener, una utilidad a conseguir y repartir. Ver: SPOTA, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*. Vol.I. Buenos Aires: Depalma, 1974. p.124.

(6) RICHARD, Efraín. *Contratos Asociativos o de Colaboración*. Buenos Aires: RDCO, 1990. pp.597 y 600, Nota 7.

(7) Se entiende por contratos de organización, aquellos contratos que son de duración, es decir, los suponen una relación negocial sujeta a un desenvolvimiento continuado. La organización implica pues, establecer reglas que determinen la administración, la fiscalización y la formación de la voluntad de la estructura que se desenvolverá durante la vigencia de la relación contractual.

(8) Hacemos la aclaración pues para autores como Francesco Messineo, la asociación en participación no es un contrato asociativo en sentido propio, pues para él en los contratos asociativos en sentido propio todos los intervinientes son asociados entre sí, no existiendo la figura del asociante. A diferencia de la asociación en participación para tal autor los consorcios de empresas (al igual que por ejemplo las sociedades) si son contratos asociativos en sentido estricto. Ver MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo IV, Buenos Aires: Ejea, 1954. p.3.

c) Debe constar por escrito.

d) No esta sujeto a inscripción en registros públicos.

e) Las partes están obligadas a efectuar las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidas en el contrato.

f) En caso no se hubiera establecido el monto de las contribuciones, las partes estarán obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio o empresa y en proporción a su participación en las utilidades.

La ley actual establece dos formas de contratos asociativos, la asociación en participación y el consorcio o *joint venture* utilizado referencialmente en la legislación local pero no definido aún por ley alguna, salvo por la LGS vigente y que es materia de esta exposición.

3 La asociación en participación (artículos 440 - 444).

Como se señaló anteriormente, es importante indicar que a diferencia del *joint venture*, la asociación en participación ya tenía una regulación propia en nuestro ordenamiento legal, por lo que su tratamiento en la LGS resulta más sencillo, pues parte ya de una experiencia concreta en nuestra realidad.

3.1 La asociación en participación.

Ante todo cabe distinguir entre las diversas figuras en las que se presenta el elemento participación, al respecto resulta didáctica la clasificación realizada por Farina⁽⁹⁾: a) negocios en participación; b) asociación en participación⁽¹⁰⁾; c) sociedad en participación. A los efectos, los dos primeros casos constituyen contratos bilaterales a los que no puede atribuírseles la naturaleza

jurídica de la sociedad, y a su vez los dos primeros se diferencian en que los negocios parciarios⁽¹¹⁾ o de participación admiten la participación en los beneficios de una empresa a la que, por ejemplo, aportan su trabajo o un determinado aporte. En cambio, como desarrollará más adelante, la asociación en participación para la ley peruana es un contrato asociativo; pues no sólo se establecerá una participación en las utilidades sino que el acento se encuentra en su carácter de colaboración⁽¹²⁾.

La asociación en participación es considerada por algunos, una sociedad momentánea, es decir, constituida para la celebración de un sólo acto jurídico o de un número determinado de actos jurídicos, realizados los cuales desaparece la asociación que a tales efectos se había constituido o desaparece la "sociedad" oculta establecida para la realización de un número determinado de actos comerciales pero que no se revela como sociedad frente a terceros, permaneciendo como un simple pacto válido entre los socios, inoponible frente a terceros quienes se supone no lo conocen.

Todavía hay quienes consideran a la asociación en participación como una clase particular de sociedades, sin embargo, para la mayoría de los tratadistas se trata de un contrato afín a la sociedad mercantil que tiene distinciones esenciales respecto de ella. Una diferencia importante de la asociación en participación con relación a la constitución de una sociedad es la facilidad y simpleza con la que se puede conjugar los esfuerzos y recursos para la realización de un fin común, sin necesidad de cumplir demasiados formalismos y exigencias legales obligatorias (inscripción en registros públicos, etc.).

Según lo revela Mantilla Molina⁽¹³⁾, el antecedente de la asociación en participación es la *commenda* medieval en cuyo término el *commendator*

(9) FARINA, Juan. Op.cit.; p.349.

(10) A esta figura también se le conoce en legislaciones como la española, con el nombre de "cuentas en participación". Al respecto ver GARRIGUEZ, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo IV. 7a.ed., Bogotá: Temis. 1987. pp.56-63. En el caso peruano se ha adoptado la denominación originaria de la legislación italiana.

(11) Para mayor detalle sobre esta clase de negocios ver MESSINEO, Francesco. Op.cit.; p.10.

(12) En efecto, según Messineo, los contratos asociativos pueden ubicarse dentro de los contratos de colaboración, de donde los contratos asociativos vienen a ser una suerte de especie. Ver MESSINEO, Francesco. Op.cit.; p. 536. Al respecto véase también lo señalado en cuanto a los contratos de colaboración. Supra Nota 3.

(13) MANTILLA MOLINA, Roberto L. *Derecho Mercantil*. 22da.ed. México, 1982. p.244.

confía el dinero o mercancía al *commendatario* (comerciante) para su utilización comercial en un viaje, concluido el cual se repartían las ganancias o pérdidas en la proporción convenida. Según Díaz Bravo⁽¹⁴⁾, el auge de este tipo de contrato en la alta edad media parece haber sido involuntariamente propiciado por la prohibición del préstamo con intereses.

Para Díaz Bravo⁽¹⁵⁾, es acertada la opinión de la mayoría de los tratadistas que se inclinan por el carácter no societario y puramente contractual de la asociación en participación, ya que si bien es cierto existen en la asociación en participación ciertos caracteres operativos esenciales de las sociedades cuales podrían ser el fin común, las aportaciones y la vocación a los resultados aleatorios; en cambio, carece de los rasgos corporativos y formales propios de las sociedades, así por ejemplo, no hay voluntad en el asociante y el asociado de constituir una corporación o sociedad ajena a ellos, lo que supone la negativa a conformar un nuevo patrimonio con las aportaciones, no habrá tampoco obviamente un capital social ni divisiones del mismo atribuibles a cada uno de ellos en forma de acciones o participaciones, no existirán órganos deliberantes ni de vigilancia y por último y principalmente, no se constituirá una nueva persona jurídica, pues además no tiene razón ni denominación social, ni requiere su inscripción en los registros públicos para su existencia.

Seguidamente desarrollamos las características de esta figura.

3.2 Características de la asociación en participación.

De acuerdo al artículo 441 de la LGS es un contrato en virtud del cual el asociante concede o otra u otras personas, denominadas asociantes, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o varios negocios a cambio de una determinada contribución. En tal sentido cabe señalar que:

a) Es un contrato que tiene por objeto la realización de uno o varios negocios en común,

teniendo un carácter transitorio en la medida que tiene por objeto una o más operaciones determinadas.

b) Se precisan dos partes, el asociante y el asociado. De un lado, el asociado es el que aporta bienes y servicios; y de otro, el asociante es el que realiza el negocio y asume la responsabilidad frente a terceros. Por tanto se trata de una sociedad oculta en la cual solamente aparece frente a terceros el asociante.

c) Las partes participan en las pérdidas y en las utilidades, en la proporción que se establece en el contrato de asociación en participación.

d) La Asociación en Participación no es una persona jurídica. Por tanto, ni es sujeto de derechos ni constituye una persona jurídica distinta de los miembros que la componen, ni tiene un patrimonio autónomo.

e) Debe constar por escrito aunque no está sujeto a inscripción en registros públicos.

f) El asociante actúan en nombre propio estableciendo una relación jurídica con los terceros, no existiendo relación jurídica entre el asociado y los terceros. En tal sentido, los terceros contratan y asumen obligaciones exclusivamente con el asociante y no con el asociado, el cual no se obliga para nada frente a ellos.

g) Como consecuencia de la característica anterior, se presume que los bienes aportados pertenecen al asociante, salvo aquellos que se encuentran inscritos en los registros públicos a nombre del asociado.

h) El manejo del negocio está a cargo del asociante y se establecen los mecanismos de control a favor del asociado. El asociante es el encargado de manejar el negocio de manera exclusiva o principal. Por lo general el contrato determina la forma de fiscalización o control por parte del asociado.

i) El asociado tiene derecho a la rendición de cuentas por parte del asociante.

j) El contrato lleva implícito una limitación de asociar, de tal forma el asociante no puede atribuir participación en el mismo negocio a empresas u otras

(14) DIAZ BRAVO, Arturo. *Contratos Mercantiles*. 4a.ed. México: Harla, 1994. p.308.

(15) Ibid. p.10. Por todos Cfr. BARRERA GRAF, Jorge. *Las Sociedades en el Derecho Mexicano*. México, 1983. p.174.; LEON TOVAR, Soyla. *La asociación en participación en el Derecho Mexicano*. Tesis. México, 1984. pp.66yss.; VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar. *Contratos Mercantiles*. 3a.ed. 1989. p.511.

personas sin contar con el consentimiento expreso del asociado o asociados, según corresponda.

k) Salvo pacto en contrario, el asociado participa de las pérdidas en la misma proporción que participa de las utilidades.

l) No es una figura societaria sino una figura contractual que implica la asociación de dos o más partes, es por eso que está considerada por la doctrina mayoritaria dentro del rubro de contratos asociativos.

m) En el plano tributario y contable, corresponde al asociante registrar en su contabilidad los ingresos totales por las ventas, así como los gastos incurridos, teniendo el derecho a deducir el monto de la participación que corresponde al asociado⁽¹⁶⁾. En cuanto al monto de la participación correspondiente al asociado, éste constituye renta de tercera categoría para el asociado, y está gravado según el criterio de lo devengado. En cuanto a los pagos a cuenta del Impuesto a la Renta los ingresos del negocio se computan exclusivamente en cabeza del asociante y, en consecuencia el asociado no tiene que efectuar pago alguno por este concepto⁽¹⁷⁾.

3.3 Comentarios al contrato de asociación en participación.

La ley dispone que el contrato debe constar por escrito y que no está sujeto a inscripción en registro alguno. No obstante, la ley no prescribe sanción por la inobservancia de la indicada formalidad; por lo tanto, cabe preguntarse por las consecuencias de este supuesto. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 144 del Código Civil peruano, consideramos que no se trata de un acto solemne y que más bien el hecho que conste por escrito es una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*. Consecuentemente, la existencia del contrato puede demostrarse por cualquier medio de prueba que ponga de manifiesto la intención de las partes.

Respecto a la responsabilidad de las partes en el contrato de asociación en participación cabe indicar que la principal obligación del asociante respecto del

asociado es la entrega del monto convenido de las utilidades que obtenga; respecto de las pérdidas es importante indicar que la máxima pérdida que puede afectar al asociado es la consistente en los bienes aportados al negocio común. Consideramos que salvo estipulación en otro sentido el asociado que sólo aporta servicios no podrá reportar pérdidas patrimoniales, salvo que se hubiese estipulado algo distinto; de no ser así, la participación de las utilidades o en las pérdidas se distribuirá entre el asociado y el asociante en proporción al valor de los bienes aportados. Asimismo, la posibilidad que el asociado participe únicamente de las utilidades ofrece al asociante la posibilidad de hacer más atractivo el negocio que desarrolla a fin de obtener la participación de asociados, los que se verán incentivados a contratar con el asociante que ofrezca condiciones más ventajosas.

Se aprecia que la ley no hace referencia al grado de actividad y a la medida de cautela con la que debe desempeñarse el asociante respecto a sus deberes de lealtad y diligencia. En tal sentido, consideramos que si bien los deberes de la diligencia, prudencia, buena fe y lealtad que le debe el asociante al asociado se dan por hecho; habiéndose regulando legislativamente esta figura, hubiera sido deseable consignar, al menos, una breve referencia respecto a los alcances de tales deberes y conductas, lo que zanjaría cualquier eventual discusión ante el vacío de la norma. Ocurre lo mismo, con respecto al empleo correcto de los bienes o los servicios. Ante tal omisión, es conveniente establecer cuando menos cláusulas de este tipo en el contrato.

Si bien la ley no prevé casos específicos de “disolución y liquidación”, la doctrina determina que al liquidarse el negocio o las operaciones, salvo pacto distinto, el asociante deberá devolver al asociado las aportaciones efectuadas por éste, y el asociante deberá rendir cuenta de su actuación con la periodicidad que convenga y a falta de pacto de acuerdo con lo que establece la ley.

Desde el punto de vista del control por parte del asociado, éste tiene el derecho de vigilar los actos

(16) La utilidad remanente del asociante se encuentra gravada junto con los resultados provenientes de sus demás actividades.

(17) Esta regla puede llevar a que el asociante realice pagos a cuenta en exceso, dado que su base de cómputo (ingresos netos mensuales) comprende también los ingresos que sirven para establecer el resultado atribuible al asociado. Por el momento no se ha previsto en la Ley del Impuesto a la Renta ni en el reglamento, alguna corrección para esta distorsión.

del asociante y examinar el estado de los negocios e igualmente a la exhibición de toda clase de documentos relacionados con el negocio y respecto de los cuales se puedan formular observaciones.

Respecto del asociante cabe mencionar lo siguiente:

a) Obra en nombre propio sin que por lo tanto exista relación jurídica entre los asociados y los terceros.

b) El patrimonio formado por los bienes y derechos aportados por el asociado con motivo de la asociación en participación se confunde con el patrimonio del asociante.

c) El asociante responde con todo su patrimonio por el cumplimiento de las obligaciones que asuma con motivo del contrato.

d) La legislación extranjera en algún caso dispone que las partes en el contrato son el gestor y los partícipes inactivos y que el gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación y que por ello los terceros sólo tienen acción contra él; sin embargo, cuando los partícipes inactivos revelen o autoricen que se conozca su calidad asumirán responsabilidades solidarias con el gestor.

4 El consorcio o joint venture.

4.1 Evolución y comentario respecto al término *joint venture*.

Ante todo cabe señalar, coincidiendo con autores como Cabanellas y Kelly⁽¹⁸⁾, que existen pocas áreas en el Derecho Comparado donde se han originado mayores confusiones que en la de los denominados *joint ventures*, de esta forma diversos autores han definido al *joint venture* con las más variadas características, muchas veces incluso de manera contradictoria. Aquellas confusiones se han originado en el hecho que tales autores -formados en otros sistemas jurídicos- no habrían percibido la ambigüedad con la que el concepto *joint ventures* se utilizaba en los Estados Unidos, ya que en dicho país

tal término es comprendido sobre la base de la familiaridad derivada de un uso común de tal concepto, asimismo de la existencia de varios sentidos -según tenga un sentido asociativo (*partnership*), no asociativo, o tratándose de empresas formadas por participantes de distintos países-. Más adelante definiremos el término, sin perjuicio de lo cual baste con decir, que en la legislación norteamericana el término *joint venture* en sentido estricto se empleó en referencia a relaciones societarias informales y restringidas a un único negocio u operación.

Si bien los orígenes del *joint venture*, se remontan a los inicios del comercio, habiéndose usado en sus formas primitivas por los comerciantes egipcios, fenicios y asirios. Por razones de espacio, nos limitaremos a repasar únicamente el origen del término. Resulta fácil deducir que el origen de la palabra *joint venture* viene del derecho anglosajón o *common law*. En dicho ordenamiento esta figura está muy vinculada en sus orígenes al *partnership*, e inicialmente se le conocía con el nombre de *joint adventure* cuya traducción en castellano significa "aventura conjunta". Finalmente con el uso y transcurso del tiempo esa expresión se abrevió utilizándose en su lugar la expresión *joint venture*.

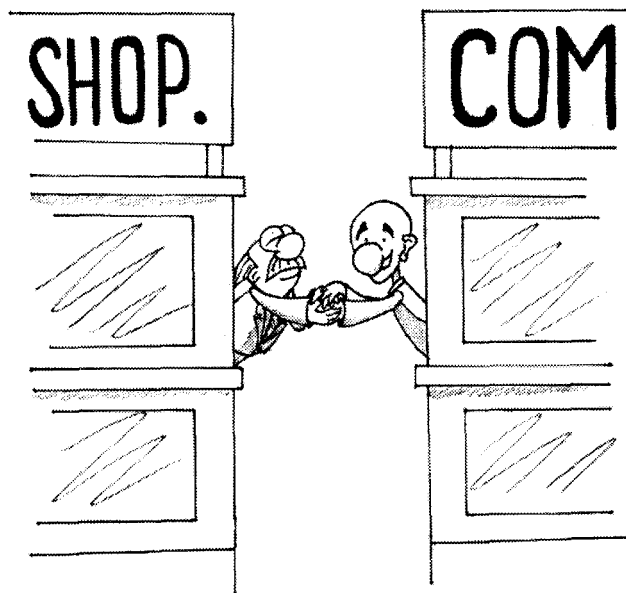
Mientras el *animus lucratis* suele ser el *leit motiv* de la asociación de participación, en el *joint venture* pueden comprenderse otros objetivos, tales como por ejemplo la investigación tecnológica o cualquier otro objetivo distinto o adicional al económico.

Dicha denominación se encuentra desde sus inicios ligada al ámbito contractual, siendo utilizados por las partes justamente para no perder su autonomía, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la constitución de una nueva persona jurídica. Uno de

(18) CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo y KELLY, Julio Alberto. *Contratos de Colaboración Empresarial*. Buenos Aires: Eliasta, 1987. pp.103-104 y 118.

los atributos más valorados del *joint venture* es la flexibilidad contenida en sí mismo y la facilidad de constitución lo que lo hace atractivo incluso para participar en negocios internacionales.

Respecto al término *joint* debemos indicar que significa unión, empalme, conexión o conjunción; mientras que *venture* significa ventura o aventura, lo que tiene una relación directa con riesgo o exponencia a la casualidad o fortuna. Como lo establece Sierralta Ríos⁽¹⁹⁾, existe una diferencia sutil con relación a la forma y la connotación de *venture*, mientras que para el idioma inglés denota un riesgo estimulante, pues el riesgo llevará a la obtención de la fortuna o el éxito, en castellano el término ventura o aventura pretende una connotación más bien negativa o pesimista, de exponerse a la contingencia que al negocio le vaya mal o bien.



La vigencia y la popularidad del *joint venture* alcanza gran difusión y utilización después de la segunda guerra mundial, y es en la década del 70 que la figura se internacionaliza. En el sistema anglosajón sus características han sido diseñadas en gran parte por las decisiones de la jurisprudencia norteamericana, poniendo énfasis en la exigencia de lealtad estricta y

en la forma de conducta permisibles en las actividades diarias de los negocios.

Sierralta Ríos⁽²⁰⁾, destaca que de la práctica y la jurisprudencia norteamericana podemos apreciar cuatro criterios básicos para identificar lo que podría considerarse una operación de *joint venture*.

a) **Carácter contractual:** Posee un carácter contractual con ausencia de una forma específica y supone un acuerdo de voluntades con el propósito de conseguir en conjunto objetivos de los propios participantes manteniendo su autonomía, excluyéndose aquí el *animus societatis*. Algunos juristas extranjeros distinguen entre lo que es el *contractual joint venture* y el *joint venture corporation*, siendo el primero lo que denominaremos *joint venture* o consorcio y lo segundo, un tipo social particular o persona jurídica determinable.

b) **Riesgos compartidos:** Lo que las partes buscan a través de estas operaciones es compartir los riesgos y enfrentar en forma conjunta un desafío empresarial determinado.

c) **Derechos de los participantes a la gestión:** el *joint venture* permite a las partes actuar directamente en la gestión de la operación, no se requiere pues el permiso de uno al otro, basta que la gestión esté orientada a conseguir lo delineado en el acuerdo base. Es una aventura conjunta donde el éxito de la operación depende del esfuerzo de las partes, de ahí se derivan las características de solidaridad y mutua confianza.

d) **Objetivos y plazos limitados:** Las operaciones de *joint venture* tienen objetivos claros y precisos a diferencia de las sociedades mercantiles que con frecuencia suelen abarcar muchas o varias actividades.

La doctrina también suele distinguir entre los *joint ventures* instrumentales y los operativos. Los instrumentales son aquellos que sirven para proyectar la participación en un negocio futuro, por ejemplo, es el caso de un consorcio que se forma para participar en una licitación. El *joint venture* operativo es aquel que se pacta para ejecutar un negocio común.

(19) SIERRALTA RÍOS, Anibal. *Joint Venture Internacional*. 2da.ed. Buenos Aires: De Palma, 1996. p.49.

(20) Ibid. p.52.

4.2 Definición del *joint venture*.

West⁽²¹⁾ define al *joint venture* como “(...) un acuerdo contractual entre dos o más partes para dividir sobre la base pactada los riesgos, los beneficios y las posibles pérdidas de una actividad económica específica y determinada en el tiempo y en el objeto”. Sin embargo, juristas latinoamericanos tan consultados como el brasileño Olavo Baptista o el argentino Le Pera evitan definir este contrato, analizando en cambio sus elementos y rasgos característicos. En tal sentido, Olavo Baptista⁽²²⁾ concluye que es una forma asociativa *sui generis*, un modelo jurídico nacido de la práctica de los negocios y configurado por la vía contractual y por las decisiones de los tribunales y que a decir de muchos, todavía no alcanza su forma definitiva por la vía legislativa en su país de origen. Le Pera⁽²³⁾, subraya que para la verdadera existencia de un *joint venture* los participantes deben efectuar una contribución al esfuerzo común, creándose una comunidad de intereses.

Caballero Sierra⁽²⁴⁾ define al *joint venture* como una asociación de dos o más personas para realizar una empresa aislada que implica un determinado riesgo (*venture*) para lo cual perciben unidas un beneficio, pero sin crear sociedad o corporación alguna y para ello se combinan propiedades, efectos, trabajo y conocimiento, cada miembro actúa como dueño y como agente de los demás miembros y por ende la promesa de una equivale a la promesa de todos. Lo ejecutado por un miembro, se entiende ejecutado por todos, y se presume autorizado para realizar las actividades propias del *joint venture*. Todos los miembros asumen las pérdidas en la proporción convenida y sus obligaciones se encuentran limitadas a la duración del propio *joint venture*.

De tal forma, se establece entre los miembros una relación de mutua confianza y de buena fe y mientras la organización se encuentra vigente, las partes del contrato no podrán realizar por su propia cuenta aquellas actividades u actos propios del *joint*

venture, pues si así procediesen deberán reintegrar al fondo lo que hubiesen obtenido en forma particular.

Todas las definiciones revisadas tienden a evidenciar elementos tales como la voluntad contractual de las partes, la doble o múltiple propiedad del negocio constituido, la cooperación ante un proyecto específico, la comunión de intereses frente a un proceso dado o combinación económica. Sin embargo, no podemos referirnos al *joint venture* basados únicamente en la caracterización de una buena voluntad asociativa de las partes ni por la sustancial comunidad de intereses, también será necesaria la integración de los recursos ofrecidos por las partes, la intervención activa de los contratantes en la gestión estratégica y operatividad del negocio, y la complementariedad de las actividades de *joint venture* respecto del campo de acción usual de las partes. Cuando nos referimos a la ausencia de *affectio societatis*, nos referimos a que no existe el ánimo de formar una sociedad, sólo se busca la realización de una operación determinada.

En términos generales podemos decir que es un acuerdo entre personas naturales o jurídicas para participar en un negocio específico basado en una comunidad de intereses con el fin de obtener una utilidad común, sin que se forme una persona jurídica distinta. En el consorcio cada uno de los participantes interviene en forma directa y es responsable frente a terceros, de forma individual o solidaria según sea el caso de cada contrato. Asimismo, en forma diametralmente opuesta a la asociación en participación tiene la administración, el control, la gestión y representación del negocio común.

4.2.1 ¿Debe el *joint venture* ser legislado?

Hay diferentes posturas con relación a la legislación de esta institución, algunos juristas afirman que lo más adecuado es no regular este tipo de figura por cuanto uno de sus grandes beneficios y virtudes emana justamente de su no regulación. Para quienes

(21) WEST, A.E. *Thinking ahead: The Jointly Owned Subsidiary* En: *Harvard Business Review*. Boston, July - August 1951. p.3.

(22) OLAVO BAPTISTA, Luiz. *A Joint Venture - Uma perspectiva comparatista*. En: *Revista de Direito Mercantil*. Sao Paulo, No.42, abril-junio 1981. p.53.

(23) LE PERA, Sergio. *Joint Venture y Sociedad*. Buenos Aires: Astrea, 1989. p.30.

(24) CABALLERO SIERRA, Gaspar. *Los Consorcios Públicos y Privados*. Bogotá: Temis, 1985. p.67. Citado por SIERRALTA RIOS, Aníbal. Op.cit.; pp.61-62.

se muestran renuentes a legislar acerca del *joint venture*, el término *joint venture* contiene dentro de sí múltiples variantes y sub categorías y el ensayo de una definición podría limitar la riqueza que contiene el vocablo *joint venture*. El éxito práctico y que ha determinado su gran uso y divulgación esta dado por la flexibilidad de que hace gala; es una figura mercantil utilizada no solamente para el comercio en general sino específicamente para la construcción, industria, minería, etc.; actividades de negocios que requieren formas asociativas flexibles no regidas por cánones legales muy rígidos:

Los argumentos a favor de la regulación legal están vinculados al hecho de que al regularse la figura del *joint venture* o consorcio la norma sirve como guía para la negociación y elaboración del contrato lo que finalmente implica y termina siendo una fuente de solución de conflictos frente a los problemas que se generen entre las partes: La regulación debe contemplar los siguientes temas: (i) la responsabilidad frente a terceros; (ii) la responsabilidad entre las partes; (iii) su participación en el negocio; y (iv) el contenido del contrato.

Sin embargo, tampoco es la idea ni lo fue de la Comisión Reformadora que la regulación sobre el consorcio ocupe toda el área del contrato, es importante que se deje a las partes libertad de pactar aquello que consideren conveniente dentro del marco de la ley. Consideramos que la regulación debe tener un carácter supletorio en la medida que no se desnaturalice la figura del consorcio y que solamente opere en defecto del acuerdo de las partes o cuando no hay claridad en el contenido.

La regulación legal operaría en defecto del pacto, pero tendría el beneficio de orientar a los contratantes y a reducir los costos de la elaboración del contrato ya que determinados puntos estarían contemplados en la ley, a los cuales salvo pacto contrario estaría sometidos en las partes.

Otro punto importante es destacar el tema vinculado a la necesidad de publicidad del contrato, no son pocos los que afirman la necesidad de que los contratos de *joint venture* estén afectos a la publicidad

a través de la obligatoria inscripción en los registros públicos. En el Perú esta obligación se da solamente para el caso de la inscripción de estos contratos para efectos mineros, en el Registro Público de Minería.

La importancia de la publicidad estaría dado por la generación, una vez inscritos los contratos, de una oponibilidad frente a terceros y por lo tanto la protección del derecho inscrito basado en dicha publicidad⁽²⁵⁾; en un sistema en el cual no se exija la inscripción del contrato de *joint venture*, los terceros no podrían saber a ciencia cierta si el supuesto contrato existe o no, así como hasta donde alcanza la responsabilidad patrimonial de los *venturers* (o contratantes) o del negocio cualquiera o cual es el patrimonio que ha sido afectado o la facultad del representante o finalmente quienes son realmente sus integrantes. En la medida en que el contrato de consorcio no sea publicitado, ello no podrá conocerse aún cuando nada impide su exhibición a solicitud de parte, sobre todo si se va a contratar con un *joint venture*.

4.3 Características básicas del consorcio o *joint venture*.

Si bien es cierto algunas de las características que se van a nombrar a continuación no necesariamente deben estar incluidas en todo contrato de *joint venture* son aspectos que por lo general se regulan de una forma u otra en el contrato.

a) Es un contrato: Es necesario un acuerdo entre dos o más partes, el que se perfecciona a través de la declaración de voluntad de cada una de ellas. La ley peruana lo define como un contrato asociativo por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico (artículo 445 LGS).

b) Negocio Específico: La duración del contrato está en función de la duración del negocio, generalmente se hacen los contratos de consorcio para un negocio específico.

c) Objetivo común: los contratantes comparten un objetivo común que los motivan a involucrarse en el negocio y estar obligados a realizar

(25) Ver artículo 2012 del Código Civil, el mismo que define el Principio de publicidad o presunción del contenido de las inscripciones.

las actividades propias del consorcio para las cuales se ha comprometido.

d) Concurrencia de 2 o más personas o empresas: se requiere una pluralidad de empresas o personas que participen del contrato. Nótese que pueden participar tanto personas naturales como jurídicas, lo que amplía las posibilidades de celebrar esta clase de negocios jurídicos.

e) Individualidad y responsabilidad empresarial: las partes mantienen sus individualidad, no forman una persona jurídica distinta, mantienen su propia autonomía. Los miembros del consorcio sólo tendrán responsabilidad solidaria si así se pacta expresamente o lo dispone la ley.

f) Administración de los bienes y recursos: todo contrato debe establecer un régimen de administración y manejo del negocio común. Sin embargo si no señala algo distinto se entiende establecida la gestión mutua interpretándose como recíproca la facultad que tienen las partes para dirigir el negocio y obligarse por las gestiones que realizan en cumplimiento del objeto especificado en el contrato.

g) Aportaciones de los contratantes: los bienes aportados por cada una de las partes continúan siendo de propiedad exclusiva de los aportantes y la adquisición conjunta de determinados bienes se regulan por las reglas de la copropiedad. El contrato debe estipular cuales serán los aportes de cada una de las partes; dicho aporte puede ser en bienes, dinero, servicios o derechos.

h) Facultad de representación: las partes deben establecer la facultad de representación en un negocio común, en principio es un derecho de todos los contratantes, esta facultad obviamente puede ser delegada. En principio existe un mutuo derecho de representación, sin embargo, este tema debe ser muy bien definido en el contrato..

i) Régimen de participación en los resultados:

el contrato establecerá el régimen de participación en las utilidades y en las pérdidas, por lo general las ganancias pertenecen a todos los *venturers* y asimismo las pérdidas se asumen en partes iguales o en proporción a su participación en las ganancias.

j) Respecto a los resultados: los resultados no siempre se tienen que entender como un beneficio económico logrado por un porcentaje de utilidades, es posible imaginarnos que en alguna operación de *joint venture* el objetivo del contrato sea el dominio de cierta tecnológica o la consolidación de marcas; en tal sentido el contrato de *joint venture* bien podría tener como propósito el desarrollo de una tecnología, la apertura de nuevos mercados, la realización de trabajos de investigación, etc. y no principalmente la obtención de un lucro monetario. También es posible establecer o pactar distintas formas de participar en las utilidades o en los ingresos pudiéndose participar sobre los ingresos brutos y no necesariamente sobre las utilidades.

k) Puede ser considerado un contribuyente para efectos tributarios: La Ley del Impuesto a la Renta peruana considera contribuyente de dicho impuesto al *joint venture* que lleva contabilidad independiente a la de sus partes integrantes; en cambio en los *joint ventures* que no llevan contabilidad independiente, los resultados se atribuyen a las empresas que los integran, debiendo éstas incorporarlos a sus resultados⁽²⁶⁾.

l) Control: Es potestad de las partes controlar el negocio común. Esta facultad es generalmente delegada y por tanto debe definirse en el contrato la forma de ejercer el control por parte de los contratantes. En principio el control es conjunto y es facultad de todas las partes participantes del consorcio dirigir el negocio. La gestión conjunta es consustancial a este tipo de contratos.

m) Naturaleza Fiduciaria: Es un contrato basado en la confianza estrecha de los socios, se

(26) Para tal efecto es menester señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley del Impuesto a la Renta, en principio el *joint venture* está obligado a llevar contabilidad independiente a las partes contratantes que lo integran; sin embargo, cuando se trata de contratos en los que por la modalidad de la operación no sea posible llevar contabilidad en forma independiente, cada parte podrá contabilizar sus operaciones o de ser el caso una de ellas llevar la contabilidad del contrato, debiéndose en ambos casos solicitar la autorización a SUNAT, quien la aprueba o deniega en un plazo no mayor de 15 días; en caso no haya resolución expresa al cabo de dicho plazo, tal solicitud se entiende aprobada. Asimismo, tratándose de contratos con vencimientos menores a un año cada parte podrá contabilizar sus operaciones o de ser el caso, una de ellas llevar la contabilidad del contrato, debiendo tan sólo comunicar tal decisión a SUNAT dentro de los cinco días de celebrado el contrato.

traduce en la buena fe, la confianza, la fidelidad y la integridad, estos elementos son indispensables para la utilización de esta figura jurídica.

n) Responsabilidad Limitada: Las partes tienen responsabilidad limitada frente a terceros y respecto del objeto del contrato.

5 Diferencias entre consorcio y asociación en participación.

Consideramos que algunas de las características ya mencionadas para el contrato de asociación en participación tales como el que no exista una relación jurídica entre el asociado y terceros; que el asociante tenga responsabilidad exclusiva frente a los terceros; que aun con el aporte de los bienes y servicios por parte del asociado el asociante actúa en nombre propio y en donde se da el carácter oculto de alguno de los participantes son suficientes elementos como para sustentar una diferencia clara entre la asociación en participación y el consorcio, a pesar de que algunos sostienen con ligereza la equivalencia entre la asociación en participación y el *joint venture*.

Para una mayor claridad nos limitaremos a señalar las características que distinguen a ambas figuras:

a) En la asociación en participación hay un asociante y un asociado en donde el asociante actúa tanto en nombre propio como en nombre de los asociados quienes se hallan ocultos en cuanto a la gestión de la empresa o negocio y no resultan responsables frente a terceros. De esta manera, el asociante es el único que da la cara frente a terceros, en cambio los asociados no establecen relaciones jurídicas con terceros, sólo las establecen con el asociante. El asociante es un suministrador de bienes, que aporta bienes o servicios con el objeto de participar en la proporción que acuerden las partes en las utilidades o en las pérdidas de la empresa o negocio. De modo contrario, en el *joint venture* todos los contratantes o *venturers* tienen responsabilidad, aquello claro está, en la medida de lo previsto en el

contrato de consorcio. En tal sentido, en el consorcio todos los contratantes son responsables frente a terceros en mayor o en menor grado en cuanto a las operaciones que importen o vinculen directamente al objeto del negocio, no existiendo la figura del socio oculto, pues como ya se ha analizado se realiza la gestión de la operación en forma conjunta al igual que los mecanismos de control.

b) En el contrato de asociación de participación, la actividad principal la realiza el asociante, que asume la dirección y se reputa como dueño actuando en nombre propio correspondiéndole la gestión del negocio por la propia naturaleza del contrato. En el consorcio los participantes asumen y participan directamente en la operación respondiendo cada uno frente a terceros, lo que no impide que puedan encomendar la administración a terceros.

c) En la asociación en participación el fin principal es obtener utilidades netamente económicas, es decir se persigue un resultado eminentemente lucrativo; en cambio, a través del *joint venture* o consorcio se puede buscar una relación de cooperación que comprenda otros aspectos adicionales al económico, que lleven a alcanzar objetivos comunes de los que pueden o no derivarse beneficios económicos.

De ésta manera mientras el *animus lucratis* suele ser el *leit motiv* de la asociación de participación, en el *joint venture* pueden comprenderse otros objetivos, tales como por ejemplo la investigación tecnológica o cualquier otro objetivo distinto o adicional al económico.

Para concluir quisiera agregar respecto del consorcio, que si bien se suele dar tal denominación a las **alianzas estratégicas empresariales**; éstas alianzas no constituyen consorcios propiamente dichos, sino los denominados acuerdos entre empresas⁽²⁷⁾, siendo sólo una forma de interactuar entre empresas, que tiende a diferenciarse del *joint venture* debido a que tales alianzas estratégicas forman un conglomerado o asociación permanente de empresas cuyo objetivo principal es agrupar ofertas o demandas de productos y/o servicios⁽²⁸⁾. ~~ATB~~

(27) Ver FARINA, Juan. Op.cit.; p.777.

(28) Para mayor detalle sobre este tema recomendamos ver MARZORATI, Osvaldo. *Alianzas estratégicas y joint ventures*. Buenos Aires; Astrea, 1996. pp.10-15.