

Los acuerdos de colaboración empresarial en Colombia. Reflexiones prácticas para su implementación*

The business collaboration agreements in Colombia. Practical reflections for its implementation

ALEXANDRA JARAMILLO DÍAZ**

RESUMEN

Los acuerdos de colaboración empresarial son contratos de índole mercantil empleados en Colombia tanto en el sector privado como en el sector público, con el fin de que quienes los suscriben puedan aunar esfuerzos, recursos y experiencias, que les permitan abordar proyectos, actividades o emprendimientos que de manera individual no sería posible. Con origen en el "*common law*" tienen características propias que los distinguen de otras figuras jurídicas en nuestro país, con lo cual, el estudio de sus elementos es relevante. En igual sentido, subyace la importancia de distinguir su tratamiento en el derecho público y en el derecho privado con consecuencias propias en cada uno de ellos. Regulados principalmente por el principio de autonomía de la voluntad, su contenido implica una mayor responsabilidad durante su elaboración, razón por la que es importante realizar reflexiones prácticas para su implementación.

* Fecha de recepción: 18 de febrero de 2019. Fecha de aceptación: 27 de junio de 2019. Para citar el artículo: Jaramillo A "Los acuerdos de colaboración empresarial en Colombia. Reflexiones prácticas para su implementación" en *Revist@ E- Mercatoria*, vol. 18, n.º 1, enero-junio, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v18n1.05>

** Abogada de la Universidad Libre, especialista en Derecho de los Negocios y Magíster en Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Externado de Colombia. alexandrajaramillod@ajaramilloestudiolegal.com

Palabras clave: Acuerdos de colaboración empresarial, partnerships, joint venture, autonomía privada, responsabilidad.

ABSTRACT

The business collaboration agreements are commercial contracts employed in Colombia, for the private and the public sector, and their main objective is allowing the members to combine their efforts, resources and experiences to address projects, activities or venture, that individually would not be possible for them. With roots in the common law, these agreements have their own characteristics that distinguish them from other legal entities in our country, which is why the study of their elements, is relevant. In a similar vein, the importance of distinguishing their treatment in public law as well as in private law is underline for its consideration. Regulated mainly by the autonomy will, its content entails a greater responsibility for the parties, that is why it is important to make useful practical reflections for its implementation.

Key words: Business collaboration agreements, partnerships, joint venture, private autonomy, liability.

INTRODUCCIÓN

Los Acuerdos de Colaboración Empresarial son una figura ampliamente utilizada en Colombia para adelantar diferentes tipos de proyectos y emprendimientos en múltiples sectores. Sin embargo, esta es una figura atípica en la legislación colombiana en materia privada, centrándose su desarrollo principalmente desde el punto de vista jurisprudencial y doctrina. Excepcionalmente, se encuentra regulación expresa para las figuras de consorcios y uniones temporales en materia de contratación pública, con un tratamiento específico en materia de contratación estatal.

La importancia del presente artículo radica en el estudio de la figura de los Acuerdos de Colaboración Empresarial en sus orígenes y el tratamiento que la misma ha tenido en el derecho colombiano tanto en el derecho privado como en el derecho público para lo cual, se incluye, no solamente definiciones, sino adicionalmente, los elementos característicos que la componen.

Adicionalmente, desde el derecho comparado y el colombiano, el artículo aborda diferentes tipos de Acuerdos de Colaboración Empresarial, así como los aspectos más relevantes a ser considerados al momento de la elaboración del Acuerdo, en donde el principio de autonomía de la voluntad impone una responsabilidad mayor a las partes al momento de su construcción.

Por último, el artículo aborda otros aspectos relevantes aplicables en torno a la figura relacionados con su capacidad para contratar, comprar, emplear y ser sujeto activo o pasivo de actuaciones administrativas y judiciales.

1. DEFINICIÓN DE LOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL

La necesidad de participación conjunta entre privados, entre entidades estatales y entre el sector público y el privado es el resultado natural de la aplicación del principio económico que indica que los recursos son de naturaleza escasa y por tanto, en algún punto, se requerirá la realización de alianzas que permitan alcanzar los objetivos propuestos cuando por sus propios medios y esfuerzos ello no es posible. Es ahí donde surgen los denominados Acuerdos de Colaboración Empresarial (ACE).

Como bien lo señala Nichols (1950), este tipo de acuerdo tiene orígenes antiquísimos, siendo las más comunes las denominadas *partnerships* y el *joint venture*, de las cuales se tiene tradición histórica en países como Egipto, Siria, Fenicia y Babilonia en iniciativas de intercambio comercial. En el caso del imperio romano, Nichols expone que las *partnerships* eran empleadas para operaciones comerciales en menor escala, así el *joint venture* en operaciones de mayor escala, dependiendo principalmente del monto del capital a ser invertido.

Es característico en estas figuras, la intención de los participantes de involucrarse en una iniciativa o proyecto puntual, que podía en ese entonces consistir, por ejemplo, en invertir de manera conjunta en la construcción de una embarcación para el transporte de mercancías de los inversionistas para su posterior venta y el transporte de las nuevas adquiridas en su retorno, diversificando así los productos, compartiendo el riesgo y las necesidades de capital. Con lo cual, al término del emprendimiento, el *joint venture* se disolvía manteniéndose la independencia comercial de los participantes (Nichols 1950).

Desde el punto de vista jurídico, Nichols resalta que si bien su existencia y desarrollo data de épocas antiguas, el tratamiento jurídico de estos esquemas de participación ha tenido un lento desenvolvimiento de forma tal que, en su análisis histórico su distinción se dificulta. Fue inicialmente Inglaterra quien realizó las primeras aproximaciones jurídicas, seguido por Estados Unidos, como consecuencia de la expansión colonialista inglesa, con regulación jurídica aproximadamente en 1890 (Nichols 1950).

En lo atinente a sus orígenes históricos en los Estados Unidos, la Corte Suprema de Dakota del Sur, en el caso *State ex rel. Crane Co. v. Stokke* de 1937, citando a Mechem¹ señaló:

1 Minnesota Law Review, pp. 644-660.

"Aunque el concepto puede ser señalado con una aparición distintivamente moderna y local, esto acontece solamente en las decisiones de las cortes americanas.

Es prácticamente imposible determinar con precisión, cuando y como la teoría del joint Venture tuvo sus orígenes. (...) Los primeros casos en que el nombre fue utilizado fueron Hourquebie v. Girard [Caso Federal n.º 6,732] and Lyles v. Styles [Caso Federal, n.º 8,625]. De la aparición en estos casos provenientes del periodo de la Guerra civil, existen unos pocos y dispersos usos del mismo, pero en todos estos casos, es posible que las cortes lo emplearan, no para describir las relaciones entre las partes, pero sí para describir el objeto o propósito de la relación. En muchos de ellos, la referencia hacia aventura, emprendimiento o iniciativa en vez de 'joint adventure'. Cuánto de este lenguaje fue el resultado de una elección consciente y cuanto el resultado de precedentes o conveniencia en la expresión, nunca lo sabremos. En cualquier caso, no fue sino hasta la decisión en Ross v. Willett [76 Hun. 211, 27 N.Y.S. 785] que las cortes comenzaron a referirse inequívocamente al joint adventure, como una relación legal. Pero el desarrollo desde dicho caso ha sido fenomenal. Esto puede ser atribuido en parte al hecho, de que las cortes tuvieron muchas reglas predefinidas para ello, y en parte al largo número de proyectos de la clase en los cuales el concepto era aplicable". (Corte Suprema de Dakota del Sur, 1937)².

Nichols señala que la legislación inglesa en aplicación del *common law*, por ejemplo, no distinguía entre el *partnership* y el *joint venture* y su potencial de desarrollo jurídico sufrió un estancamiento en la medida en que prevaleció el tratamiento legal para las *corporations* (sociedades), como una forma más eficaz de reunir capital y limitar las responsabilidades.

Teniendo presente lo anterior, se destaca que el caso colombiano no es muy diferente. La legislación colombiana no tiene incorporación en su legislación de estas figuras, presentando básicamente un desarrollo jurisprudencial. Siendo así el uso del término acuerdo de colaboración empresarial, debe tenerse como un término genérico y por tanto, no es una acepción única para denominar la asociación entre dos o más partes para la realización de una actividad mercantil con un objetivo común.

En el caso colombiano, los ACE son conocidos también como acuerdos de participación empresarial, acuerdos de participación conjunta, contratos de emprendimiento conjunto, convenios de asociación empresarial, contrato de asociación, acuerdo de alianza estratégica, acuerdo de marco estratégico o también pueden ser ampliamente conocidos no por el género sino por su especie, como los *joint venture*³ o contratos a riesgo compartido, los consorcios y las uniones temporales.

2 Traducción propia.

3 Tratándose de *Joint Venture*, estas también pueden ser identificadas en la literatura como *Joint Adventure*, *Joint Enterprise*, *joint undertaking*, *joint speculation* o *Syndicate*. (NICHOLS 1950).

A título de derecho comparado, The Black's Law Dictionary contiene las siguientes definiciones alusivas al ACE:

- **Alianza estratégica:** La coalición formada por 2 o más personas en un mismo negocio o en un negocio complementario para obtener financiación de largo plazo, ventajas operacionales, de mercadeo sin comprometer su independencia competitiva (Thomson/West 2006, 681)⁴.

- *Joint Venture:* Iniciativa de 2 o más personas comprometidas en un proyecto único definido. El *Joint Venture*, requiere de 4 elementos indispensables: Un acuerdo expreso o implícito, un propósito común para ser llevado a cabo por el grupo, la distribución de utilidades y pérdidas y, la igualdad de "voz" en el control del proyecto⁵ (Thomson/West 2006, 386).

- Siendo así, el primer punto a tener presente es que para el derecho privado colombiano, es indiferente la denominación que se emplee al momento de la celebración del ACE entre las partes. Y esto principalmente acontece, porque en Colombia no existe una regulación especial para los mismos, por lo que todo el tratamiento jurídico e interpretativo se realizará con base en lo existente en la Ley para los Contratos en el Código Civil y el Código de Comercio, así como lo dispuesto en las fuentes auxiliares del derecho como son la Jurisprudencia y la Doctrina.

Existe excepción en materia de derecho público y puntualmente en contratación estatal, en donde la Ley reguló de manera expresa y exclusivamente como instrumento de colaboración dos tipos de ACE como son el consorcio y la unión temporal. A ambos le otorgó la capacidad jurídica para contraer obligaciones y ser sujetos de derecho frente al Estado vía contrato estatal⁶.

En este caso el Consorcio y la Unión temporal, fueron definidas por la Ley de Contratación Pública, como la asociación entre 2 o más personas que de manera conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal, en donde sus integrantes responden solidariamente del cumplimiento del mismo, pero distinguiéndose el consorcio de la unión temporal, de las consecuencias del incumplimiento, pues mientras en el consorcio dicha solidaridad se predica para todos los

4 Traducción propia.

5 Se discrepa de la necesidad de este último elemento como necesario para la existencia del ACE, pues como se evidenciará en el artículo, la diferencia en las participaciones, puede hacer que el voto y/o voz no sea igualitario entre las partes.

6 Ley 80 de 1993. Artículo 6o. De la capacidad para contratar. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

integrantes, en la Unión Temporal, dichos efectos se predicán únicamente de la parte incumplida, en los términos y extensión de su participación⁷.

En dicho sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia de exequibilidad C-172 de 2009, M.P. Cristina Pardo Schlesinger⁸:

"La doctrina ha sostenido que dichas figuras son manifestación del principio de autonomía de la voluntad. La Constitución Política avala este tipo de negocios mediante la expresa consagración en el artículo 38 del derecho de asociación al indicar que el Estado garantiza "el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad" y el artículo 4° del Código de Comercio le da especial relevancia al acuerdo de voluntades.

"Desde una óptica económica, la contratación atípica se fundamenta precisamente en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que impone la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía. El derecho debe ser permeable al cambio que se produce en la forma de vida humana y muy especialmente el derecho mercantil que surge en esas prácticas y costumbres que van estableciendo los hombres según sus diferentes necesidades.

"Por ello, el postulado de la autonomía privada, como lo expresión moderna de la libertad contractual, tiene un especial reconocimiento en el artículo 4° del Código de Comercio Colombiano, según el cual, los convenios entre particulares, tienen plena validez y sólo están sometidos a las normas de carácter imperativo". (A.P. J.A. Contratos Comerciales II. Biblioteca Jurídica Dike. 2ª ed, 1992, p. 25).

Ahora bien, a excepción del campo de la contratación administrativa, en el que la figura de los consorcios y uniones temporales está sometida a una reglamentación particular por la Ley 80 de 1993, la normativa comercial no posee una regulación específica a la cual estar sometida. De hecho, la ausencia de reglamentación ha propiciado una amplia polémica acerca de las normas que deben disciplinar este tipo de contratos Cfr. Ob. cit., p. 25 y ss y ha nutrido de especulación jurídica esta disciplina del derecho.

De cualquier modo, por encima de las dificultades doctrinales que convergen en la falta de regulación de figuras jurídicas que precisamente han sido diseñadas para satisfacer necesidades inéditas del comercio, lo cierto es que los consorcios y las uniones temporales son estructuras jurídicamente aceptadas a las que ordinariamente pueden acudir los individuos para la ejecución de sus fines empresariales. El carácter atípico de estos contratos y la consecuente despositivización de los

7 Sentencia Relevante: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Radicación SC17429-2015 (11001 31 03 019 2009 00360 01) del 16 de diciembre de 2015, M.P. Margarita Cabello Blanco.

8 Ver igualmente Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera Sentencia 42760 del 9 de julio de 2018, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

mismos los habilita para recurrir a ellos con cierto amplio margen de libertad" (Corte Constitucional de Colombia 2009).

Los ACE en el caso colombiano se construyen a partir de sus características, que es lo que los hace distintivo de otras figuras jurídicas que comportan igualmente la participación conjunta, como lo es el caso de las sociedades. Por tanto, un ACE es un contrato y en la medida en que las razones que lo fundamentan están relacionadas con la obtención de beneficios económicos para las partes, le es aplicable la definición de contrato contenida en el Código de Comercio en su artículo 884.

Este contrato debe contener cinco elementos necesarios para su existencia jurídica como son: La capacidad para obligarse, la ausencia de vicios del consentimiento, es decir, que su manifestación voluntaria de suscribir el contrato no adolezca de error, fuerza y dolo, el objeto lícito, la causa lícita y al ser mercantil, adicionalmente requiere la existencia de una relación jurídica patrimonial, es decir, de índole económico.

Tratándose de la capacidad para obligarse, el artículo 1503 del Código Civil, estipula que la capacidad legal para obligarse se presume de Ley para las personas naturales, pero al tratarse de personas jurídicas esta capacidad en el caso de las sociedades debe estar contenida en el objeto social de la misma⁹, así como en las facultades otorgadas al representante legal¹⁰, lo que debe ser verificado previo a su celebración.

En cuanto al objeto¹¹, este busca conformar una asociación y en virtud de ella, regular las relaciones entre las partes, quienes a su vez, han decidido actuar conjuntamente orientadas por una causa lícita¹² entendida como la motivación jurídica de índole mercantil, consistente en el desarrollo o ejecución de una iniciativa o emprendimiento en donde aúnan sus esfuerzos,

9 Artículo 99 del Código de Comercio.

10 Artículo 114 del Código de Comercio. s

11 El objeto según Ospina Fernández tiene dos distinciones, el objeto genérico y el objeto específico de los actos jurídicos. Al respecto indica: "El primero consiste en esa intención abstracta de participar en la regulación de las relaciones sociales, en el ejercicio de la facultad que para ello confiere a los particulares el postulado de la autonomía de la voluntad privada, o sea, que es un requisito también genérico de todo acto jurídico. El segundo, que es el que aquí nos interesa, está constituido por el contenido específico de cada acto, determinado por las regulaciones voluntarias de los agentes, o en su defecto, por las normas destinadas a completar o a suplir la voluntad deficiente o faltante, según la naturaleza del mencionado acto (OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA, 2000, 237).

12 La causa según Ospina Fernández, citando a Colin y Capitant, está constituida por cierta finalidad de la manifestación de la voluntad, en este sentido señala Ospina Fernández: "Bastaría preguntarse: ¿por qué se ha obligado el deudor? (*cur promissit?*); ¿qué fin directo e inmediato le ha determinado a contraer su obligación? La respuesta a este interrogante no revelaría cuál es la causa de dicha obligación. (OSPINA FERNÁNDEZ y OSPINA ACOSTA 2000, 257).

ya sea en términos económicos, humanos, tecnológicos o de conocimiento, hacia un objetivo común.

Frente a la relación patrimonial, esta se materializa cuando la intención de las partes vinculadas en el ACE, es la obtención de un beneficio económico para ambas pues precisamente el ánimo de lucro es considerado uno de los aspectos más relevantes al momento de suscribir un ACE como bien lo resalta Nichols, citando el caso *Horning Inc. V. Mcaleenan* 149 F.2d 561 (1945) en donde la corte norteamericana estableció que precisamente, "la definición bien establecida de un *joint venture*, abarca expresamente el elemento de ánimo de lucro" y que "este elemento está implícito en la naturaleza misma de las iniciativas comerciales" (Nichols 1950, 436)¹³.

Dicho lo anterior, el ACE es ampliamente utilizado al momento de realizar inversiones o adelantar proyectos de gran envergadura o de largo plazo, que cada una de ellas por sí misma no hubiera podido acometer directamente, por no contar con la experiencia, capacidad técnica, financiera o de recursos requerida.

Esta relación patrimonial puede originarse también en la necesidad de complementarse desde el punto de vista estratégico para poder ser adjudicatarias o beneficiarias de un proyecto, lo que permite expandirse competitivamente y acceder a nuevos mercados, como cuando necesitan combinarse diferentes experiencias o especialidades de las partes que al presentar una propuesta conjunta, hacen que sean más atractivas frente a su cliente tal y como acontece en el caso de la contratación pública, por ejemplo.

No puede dejarse de lado, que también tienen razón de ser, ante el interés de una distribución del riesgo y potenciales incumplimientos, dependiendo de la complejidad del negocio.

Los ACE se caracterizan por ser un acuerdo de voluntades orientado principalmente a un proyecto, producto o actividad específica de índole temporal, por lo que la intención de las partes es no es constituir una alianza permanente, con lo cual, una vez cumplido su cometido, acontece su terminación y posterior disolución y/o liquidación.

Por ello, cada una de las partes goza de su independencia, por lo que no conllevan actuación jurídica que comprometa su propia existencia, como acontecería en el caso de una fusión o una absorción o una adquisición, por lo que quienes en él intervienen tendrán la condición de partes o asociados, pero no la condición de socios o accionistas en los términos señalados en el Código de Comercio.

13 Traducción propia. El fallo puede consultarse en el siguiente link <https://www.leagle.com/decision/1945710149f2d5611546>

En la medida en que tampoco constituyen una persona jurídica independiente de sus partes¹⁴, las disposiciones legales aplicables para las sociedades estipuladas en la legislación mercantil, no le son aplicables y aunque pareciera ser fácil la distinción, lo que acontece en la práctica, es que la complejidad de los proyectos, actividades o productos objeto del ACE, generan la necesidad para las partes de adaptar muchas de las disposiciones propias de las figuras societarias para incorporarlas en el documento de constitución del ACE, ya sea para su ejecución o interpretación y por ello, no es extraño encontrar, cláusulas que son propias de estatutos sociales.

La Superintendencia de Sociedades en Colombia, ha señalado que hay tres tipos de participación que pueden darse en los ACE, siendo estas operaciones conjuntas, activos conjuntos y empresas conjuntas.

Son **operaciones conjuntas**, el acuerdo que "implica el uso de activos y otros recursos de los partícipes, destinados a realizar una actividad comercial o empresarial, como es el caso de fabricar y vender productos".

Son **activos conjuntos** el acuerdo "mediante el cual, cada uno de los partícipes tiene derechos sobre los bienes adquiridos en común y, a menudo, tienen la propiedad conjunta. Cada partícipe reconoce la parte convenida de los costos y gastos realizados para operar el activo y de los beneficios económicos generados. Los partícipes podrían verse obligados, ya sea individual o

14 En Sentencia C-172 de 2019, la Corte Constitucional citando al tratadista Aguerrondo expuso "Los consorcios y uniones temporales son, así, figuras de asociación entre comerciantes que buscan facilitar la ejecución de una actividad comercial sobre la base de la cooperación mutua, pero sin que dicha coordinación de esfuerzos implique la creación de un individuo comercial independiente de los asociados. Los consorcios y uniones temporales son, así, figuras de asociación entre comerciantes que buscan facilitar la ejecución de una actividad comercial sobre la base de la cooperación mutua, pero sin que dicha coordinación de esfuerzos implique la creación de un individuo comercial independiente de los asociados.

Según la doctrina, "por el pacto o contrato consorcial la actividad económica o empresa mercantil de cada consorciado no se convierte o deviene en indivisa y colectiva, ni tampoco se torna en indiferenciada, sino que por el contrato se mantiene dividida y singularmente individualizada. Únicamente surge un ente que agrupa a los empresarios, sin que estos se fusionen. Podríamos decir que cada unidad empresaria ingresa al conjunto multi o pluriempresarial, manteniendo su propia individualidad, su propia independencia jurídica y económica, pudiendo transferirse, enajenarse, gravarse, reformarse, o modificarse -todo naturalmente de un marco de normas preestablecidas en un pacto consorcial-, sin que ninguna de tales alternativas varíe sustancialmente la estructura del ente consorcial. Como dice un autor, el pacto consorcial es la exteriorización jurídica de los acuerdos libremente consentidos que los fundadores e iniciadores de la unión consorcial, pluriempresarial, explicitan en forma de una instrumentación que contiene la estructura de los acuerdos y normas que habrán de sostener y regular las relaciones internas y externas de las partes componentes del consorcio Aguerrondo, G.. La Empresa Consorcio. Buenos Aires, editorial A.P. 1980. pp. 65 y ss. " C.S, G.. Los Consorcios Públicos y Privados. Editorial Temis. 1985. Bogotá, pp. 32 y 33".

conjuntamente, a pagar las obligaciones y los gastos que se deriven del acuerdo de colaboración" (Superintendencia de Sociedades 2009).

Hay **empresas conjuntas** "cuando la asociación se realiza a través de la constitución de un ente económico independiente de los partícipes, en cuyo caso éstos ejercen un control conjunto, por lo cual, no tienen derechos sobre los activos individuales, ni sobre las obligaciones originadas por gastos del negocio. En su lugar, cada partícipe tiene derecho a una parte de los resultados de las actividades" (Superintendencia de Sociedades 2009).

En cuanto al concepto de empresas conjuntas, la autora discrepa de la posición de la Superintendencia, en tanto, la decisión de constitución de un nuevo ente económico independiente como es una sociedad, no conlleva la existencia de una asociación entre quienes adquieren participaciones en la misma, pues es la sociedad precisamente el vehículo a través del cual confluirán los recursos (más no el esfuerzo conjunto pues este ya lo realizará la sociedad misma) necesarios para acometer el fin específico propuesto.

Por último, la doctrina internacional indica que es también elemento esencial de los ACE, el pacto expreso de distribución de las utilidades o pérdidas resultantes de la iniciativa y la responsabilidad que cada una de las partes adquiere frente a las mismas (Nichols 1950); siendo así que, es imprescindible que el ACE especifique el porcentaje de participación de cada una de las partes en el emprendimiento o la metodología de asignación de utilidades y pérdidas, si este no va a estar relacionado con el porcentaje de participación, sino por ejemplo, por el alcance de la actividad que cada una aporta a la asociación.

Este elemento cobra especial trascendencia tratándose de los consorcios y uniones temporales constituidos para la ejecución de un contrato estatal, pues en ellos, por virtud de la Ley es necesario (para efectos de diferenciar entre el consorcio y la unión temporal) regular no solamente el porcentaje de participación, sino adicionalmente, la extensión de la participación, es decir, el alcance, las actividades o las labores a que expresamente se comprometen cada una de ellas, pues ante la ausencia de las mismas, se presumirá siempre la existencia de un consorcio, con la consecuente responsabilidad solidaria tanto en el cumplimiento como en el incumplimiento de obligaciones frente a su contratante público.

Escapan de la esfera de los ACE, todos aquellos contratos debidamente tipificados en la ley colombiana, así como aquellos no tipificados pero que no reúnan cualquiera de los requisitos analizados. Considerando el ámbito de aplicación de los ACE, es relevante entonces señalar que no son ACE, los contratos de sociedad (cualquiera que sea el tipo societario seleccionado) incluidas las sociedades de objeto único contenidas en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, ni las promesas de contrato de sociedad reguladas en el artículo

119 del Código de Comercio y menos aún, los acuerdos internos de accionistas a que hace alusión el artículo 70 de la Ley 222 de 1995^[15].

Tampoco hacen parte de los ACE los denominados MOU o Memorandos de Entendimiento, que son documentos privados suscritos por las partes que tiene básicamente por fin, la manifestación de una futura intención de negocio, sin que en este se concreten las condiciones detalladas que regularán las relaciones previo, durante y al final del desarrollo de este.

En este punto cabe preguntarse si están excluidos de los ACE, aquellos que suscriban los particulares con las entidades públicas, como son las asociaciones público privadas o APP. A la inquietud es posición de la autora que efectivamente están excluidas, no solamente por contar con regulación expresa de la Ley 1508 de 2012, sino porque adicionalmente, la condición contractual de las APP en Colombia comporta un elemento de gobernanza vertical, que es propio de la ejecución de un contrato estatal (la relación contratante – contratista) y no la existencia de una gobernanza horizontal, que es la que se espera propiamente de la condición de dos partes interesadas en constituir una asociación para un propósito específico de carácter mercantil.

Igual exclusión se predica de la asociación entre entidades públicas regulada en el artículo 95 de la Ley 448 de 1998, pues se establece esta posibilidad de asociación exclusivamente para efectos de cooperación en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, ya sea directamente o a través de terceros constituidos, sin ánimo de lucro, con lo cual, esta asociación carece ya de uno de los elementos requeridos para la existencia del ACE. Por igual motivo, se entienden también excluidas las asociaciones que se realicen entre una entidad pública para el cumplimiento propio de sus funciones y particulares, ya sea de manera directa o a través de las asociaciones y fundaciones que estas constituyan, en virtud del artículo 96 de la Ley 498 de 1998.

Por último, es importante igualmente hacer alusión a otras figuras señaladas por la jurisprudencia colombiana como de colaboración empresarial e intermediación para la expansión de negocios, que tampoco se incluyen en el concepto de ACE, en la medida en que no constituyen una asociación, sino que corresponden a modelos de contratación interpartes, siendo las más conocidas

15 "Artículo 70. Acuerdos Entre Accionistas. Dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo".

en el derecho mercantil el corretaje, la representación de firmas, el depósito de mercancías, el suministro, la consignación, la agencia, la concesión, la distribución y la franquicia. (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil 2015).

2. DIFERENTES MECANISMOS DE ACE

Considerando que los ACE se suscriben para acometer un proyecto, actividad o gestión específica, estos igualmente permiten el desarrollo de esquemas contractuales más complejos en la medida en que facilitan un número mayor de partes involucradas.

Tómese por ejemplo las Asociaciones Público-Privadas o las Concesiones de infraestructura en donde existe un contratante (puede ser 1 entidad o varias entidades contratantes que delegan en 1 entidad que los representa contractualmente) que a su vez contrata con un adjudicatario del proyecto. Este adjudicatario, usualmente por la magnitud de las inversiones y la magnitud del riesgo, puede ser una SPV con un número plural de accionistas¹⁶ o un ACE bajo la figura de consorcio o unión temporal, a su vez, subcontrata parcialmente actividades que se derivan de su contrato principal.

La práctica en Colombia evidencia que esta subcontratación puede ser de dos clases: Con una pluralidad de subcontratistas (personas naturales o jurídicas que acometen la actividad) o con otro ACE, compuesta por varios integrantes que bien pueden ser accionistas del SPV o terceros diferentes o una combinación de las mismas (un ACE en segundo nivel) para la ejecución de un contrato EPC¹⁷.

Este subcontratista a su vez puede igualmente adelantar actividades de subcontratación para acometer trabajos específicos ya sea porque es más rentable que sean llevadas a cabo por un tercero o igualmente, por ser una labor muy particular, se requiere un conocimiento especializado. Dependiendo de la complejidad del proyecto o labor, pueden existir tantos niveles de ACE como sean necesarios, tal y como se observa en la **Figura 1**, cada uno de ellos independientes y con sus propias obligaciones, derechos, deberes y responsabilidades.

En el caso de proyectos de energía, Mahnken y Kurtze señalan que el generador de energía responsable del diseño, construcción y puesta en marcha de la planta de energía, usualmente procede a la subcontratación de estas actividades ya sea con un único contratista o con una figura asociativa

16 Estas sociedades son conocidas como SPV (Special Purpose Vehicle) o sociedad de propósito especial. En el caso de la contratación pública colombiana, son denominadas sociedades de objeto único (Ver art. 7 de la Ley 80 de 1993).

17 Engineering, procurement and construction contract (EPC) o contrato de estudios, diseños, suministro y construcción.

constituida mediante un ACE que es usualmente un consorcio igualmente vinculado mediante un contrato EPC).

Lo particular de este caso es que a pesar de la existencia del Consorcio, el generador de energía puede tener una relación contractual directa con cada uno de sus integrantes, siendo este tipo de consorcio conocido como consorcio externo (Mahnken y Kurtze 2018) o consorcio abierto (Stoemmer s.f.).

También en este tipo de proyectos puede acontecer, que uno de los integrantes de la asociación representa a todos los integrantes y actúa como líder de la asociación, caso en el cual se habla de consorcio cerrado (Stoemmer s.f.). O en el caso en que uno de los integrantes del Consorcio se responsabilice de una actividad específica, como lo es la construcción y actúe como constructor principal (*main contractor* por su denominación en inglés), quien constituye a su vez una nueva figura asociativa con un tercer constructor mediante la firma de un ACE para acometer las actividades de construcción a él asignadas, encontrándonos frente al esquema de **consorcio interno** o **consorcio oculto**¹⁸ (Mahnken y Kurtze 2018).

Para los Consorcios abiertos, lo trascendental es la existencia de un rol preponderante de uno de los integrantes de la figura asociativa, quien actuará como líder y que cuenta con la capacidad no solo de representar sino de comprometer a los demás integrantes de la asociación. Tratándose de este esquema toda la relación contractual se encausará a través de éste, sin que los demás integrantes tengan relación directa o trato alguno con el contratante del proyecto, lo que modifica los efectos de la responsabilidad de la figura asociativa y de sus integrantes (Stoemmer s.f.). Es de señalar que pese a que en estos casos hablamos de consorcio, los mecanismos anteriormente descritos son igualmente aplicables a cualquier tipo de ACE.

3. CONTENIDO DEL ACUERDO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL

Una de las cosas más importantes al momento de optar por un ACE, es tener presente que su razón de ser no culmina con la obtención del proyecto o del contrato adjudicado o iniciado el emprendimiento, sino que realmente el acuerdo, tiene por objetivo regular las relaciones de los firmantes hasta la extinción de la asociación. Ello significa que el ACE para ser implementado debe ser divulgado al interior de los equipos de trabajo de los firmantes y adicionalmente, ser objeto de consulta de forma tal, que sea este el primer documento que permita esclarecer las inquietudes o dudas que se presentan durante el desarrollo del emprendimiento conjunto.

18 Conocidos en inglés como *close consortium* o *silent consortium*.

En la experiencia de la autora, se presenta con mucha frecuencia, la existencia de ACE que solo contienen 2 páginas y que por ende al momento de una controversia entre las partes, estas no tienen como resolverla en la medida en que no acordaron las reglas suficientes para poder realizar una interpretación que permita, en la medida de lo posible, la mayor transparencia, estabilidad y claridad en la ejecución del negocio.

También es práctica recurrente, que por el contrario, los ACE cuentan con extensas regulaciones que se asimilan a estatutos sociales, cuando muchas reglas de las sociedades no le son aplicables desde el punto de vista práctico o que se limitan a repetir lo que ya está en la Ley en ciertas materias o peor aún, pese a la extensa regulación del ACE este permanece en el archivo sin ser utilizado.

Para evitar lo anterior, es necesario contar con un ACE que contenga los aspectos más relevantes al momento de su implementación, lo que es fundamental, si se tiene presente que corresponde a un contrato atípico que carece de regulación propia en la legislación colombiana y que por tanto, como bien lo indica el artículo 822 del código de comercio, será su contenido en conjunto con los principios que gobiernan su formación, efectos, interpretación, extinción, anulación o rescisión que derivan del Código Civil, lo que resolverá todos los aspectos en torno a este. Criterio legal que es igualmente predicable de los consorcios y uniones temporales en la contratación estatal, por disposición expresa del artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Dicho lo anterior, al ser un contrato no regulado por la Ley, la responsabilidad de su adecuada construcción recae exclusivamente en las partes, pues precisamente con base en lo que ellas pacten, se resolverán las controversias, se aclaran las dudas o se determinará el curso de acción ante las eventualidades que genera el proyecto, actividad o emprendimiento que motiva el ACE, para lo cual se efectúan las siguientes reflexiones prácticas para su implementación:

El ACE debe constar por escrito, no porque ello sea un requisito legal, sino para que no exista distorsión durante su ejecución de la voluntad de las partes.

Así mismo, debe validarse la capacidad de las partes para suscribirlo. Esto significa en el caso de las sociedades, que deben validarse que el objeto social permita a la sociedad suscribir este tipo de acuerdos y la segunda, que el representante legal cuente con las atribuciones según los estatutos sociales para su firma. De no ser ello así, en el primer caso, debe tramitarse una reforma estatutaria y en el segundo caso, deberá tramitarse la respectiva autorización del órgano social (Asamblea de accionistas, junta de socios o junta directiva, según sea el caso).

En cuanto al clausulado, se recomienda como mínimo el documento incluya los siguientes aspectos:

a) **Objeto y Alcance.** El objeto del ACE es la conformación de la asociación, debiendo señalarse de manera clara y concisa el fin específico para el cual se

crea. El alcance es una cláusula que tiene por fin desarrollar el objeto y por tanto, brinda información adicional sobre el proyecto, actividad o fin específico para el cual se constituye la asociación; lo anterior si se tiene presente que la asociación puede llegar inclusive a ser constituida para desarrollar múltiples proyectos o actividades o puede acontecer, que el proyecto debe ser acometido en diferentes etapas, caso en el cual es importante precisar en el ACE que este cubre la ejecución de todas las etapas hasta la obtención del fin propuesto.

b) **Tipo de Asociación.** Cuando la asociación se constituye para la ejecución de un contrato estatal, es imprescindible señalar, si se trata de un consorcio o una unión temporal dada la distinción legal que frente al incumplimiento existe entre ellas, a fin de agotar lo previsto en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, puesto que la ausencia de dicha distinción hará presumir por ministerio de ley, la constitución de un consorcio. Tratándose de negocios en derecho privado, la denominación es indiferente, dado que no hay distinción legal alguna entre las asociaciones, consorcios o uniones temporales. En esta cláusula, igualmente se incluye el nombre con el cual se distinguirá la asociación.

c) **Porcentajes de participación y los términos de su extensión.** En esta cláusula, las partes acordarán los porcentajes de participación que determinarán la distribución de ingresos, costos, gastos, utilidades y pérdidas. Aunado a lo anterior, debe indicarse los términos del alcance de la participación, los cuales constituyen labores o tareas específicamente asignadas total o parcialmente a las partes (por ejemplo, una parte puede ejecutar los estudios y diseños y la otra completamente la construcción). Frente a los términos de la extensión de la participación, es necesario que estas sean fácilmente asignables e identificables a cada parte, para que esta disposición tenga sentido.

Así, señalar, por ejemplo, que ambas partes adelantarán la construcción sin más información, hace que la cláusula pierda su razón de ser. La extensión de la participación cobra especial relevancia en el caso de las uniones temporales constituidas para fines públicos, pues es mandato expreso del artículo 7 de la Ley 80 de 1993, so pena de que al ser ineficaz la asignación de actividades o funciones, los efectos del incumplimiento se prediquen por igual para todas las partes.

Es importante tener presente que la extensión puede no tener relación alguna con los porcentajes de participación, es decir, puede acontecer que las partes acuerden la asignación específica de actividades, de obligaciones de financiación, de vinculación de recursos de manera total o parcial a alguna de las partes, sin que ello guarde una relación directa con el porcentaje de participación de cada una de ellas. Ejemplo, dos partes pueden acordar tener un porcentaje de participación igualitario (50% cada una) y aún así indicar, que la obligación de aportar un cupo de crédito sea exclusivamente de una de ellas. En otro caso, dos partes pueden acordar un porcentaje de participación igualitario (50% cada una) y aún así indicar, que la actividad de diseño

es ejecutada en su totalidad por una de ellas, independientemente de que su valor corresponda o no al 50% del valor de la facturación de la asociación.

d) **Responsabilidad.** Las asociaciones mercantiles son por naturaleza de responsabilidad solidaria ante terceros por presunción legal estipulada en el artículo 825 del Código de Comercio, debiendo las partes pactar expresamente lo contrario, en el evento en que deseen una responsabilidad acorde a los porcentajes de participación. Así mismo, podrán declarar tener una participación solidaria frente a su contratante y manifestar responsabilidad no solidaria frente a terceros diferentes (acreedores o proveedores o trabajadores), respondiendo cada una hasta el límite del porcentaje de participación establecido, salvo disposición legal en contrario, tal y como acontece para los consorcios y las uniones temporales que en contratación estatal, cuentan por ley, con responsabilidad solidaria no susceptible de ser modificada por ser norma de orden público.

e) **Aportes y recursos:** El ACE puede incluir estipulaciones relacionadas con la realización de aportes dinerarios o en especie por parte de los integrantes de la asociación para que los mismos sean utilizados por la asociación en la ejecución del contrato. En el caso de bienes y dado que la asociación no constituye una persona jurídica independiente de sus integrantes, la propiedad de estos deberá permanecer en cabeza de quien los aporta, sin perjuicio de que su destinación o uso se derive al contrato o proyecto. En el caso de aportes dinerarios, el ACE puede establecer las condiciones o el cronograma de aportes para los mismos, así como si se constituirá un fondo común para su administración y a cargo de quien estará dicha administración.

f) **Administración y Gobernabilidad.** Es de vital importancia que las partes establezcan el mecanismo de administración en el ACE y como se llevará a cabo la toma de decisiones durante su vigencia. En dicho sentido, puede acordarse la creación de un máximo órgano de dirección tal y como una junta administradora o un comité de dirección, compuesto ya sea por integrantes que representan a todas o algunas de las partes, por terceros independientes o por integrantes en una composición mixta. Al no existir regulación expresa, las partes se encuentran en total libertad para determinar cómo se compondrá el órgano decisorio, su quórum deliberatorio y su quórum decisorio.

A título de referencia por ejemplo, Mahnken y Kurtze efectuando un análisis del modelo de acuerdo consorcial de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)¹⁹, indican que los artículos 4.1.2 y 4.2.2.1 de dicho modelo prevén la constitución de un comité directivo (*Steering Committee*), que es el responsable de tomar las decisiones trascendentales en beneficio del proyecto y que solamente afectan a todos los integrantes de la asociación, las cuales se adoptan principalmente por unanimidad (Mahnken y Kurtze 2018).

19 ICC Consortium Agreement (ICC CA).

Al este órgano de administración, se le asignarán las atribuciones decisorias trascendentales o decisiones especiales para el negocio o proyecto que todas o algunas de las partes se reservan, para así delegar en los representantes de la asociación las relacionadas con la operatividad diaria del mismo o en el caso de la CCI, aquellas que no afecten a todos los integrantes.

Entre estas decisiones especiales se encuentran, por ejemplo, la designación de representantes legales y sus limitaciones, realización de aportes dinerarios o en especie, contrataciones o adquisiciones, modificación de estructura de financiación (deuda/ equity del proyecto), la modificación del modelo de negocio, la variación de condiciones contractuales con el cliente, la interposición de demandas, etc.

Las decisiones especiales podrán a su vez, ser adoptadas por unanimidad o por mayorías especializadas o por mayoría o que el socio líder sea quien tenga la libre atribución de adoptar determinado tipo de decisiones, acordando las partes acoger las determinaciones por éste adoptadas.

Al respecto y en el caso de optar por la unanimidad, es importante prever cláusulas de desbloqueo ("*deadlock clauses*"), para destrabar la operatividad de la asociación en caso de no poder las partes llegar a un acuerdo. Un ejemplo de este tipo de cláusulas puede contener que, ante la ausencia de quorum decisorio para adoptar una decisión especial, entre los integrantes del comité de dirección, dicha situación de bloqueo sea notificada a cada una de las partes por el comité y sean los máximos representantes legales de cada parte quienes en una segunda reunión intenten obtener el consenso requerido²⁰ ("*the special meeting*") (Mahnken y Kurtze 2018).

De persistir el bloqueo en esta reunión, puede optarse por las siguientes alternativas: a) Que las partes deriven la decisión en un tercero designado por las partes para tal fin; b) Que adopten cualquiera de los mecanismos de solución de controversias: Amigable composición, panel de expertos, tribunal de arbitramento, etc.; c) Que el socio líder adopte la decisión más conveniente para el proyecto, tal y como se indica en la Cláusula 4.2.2.3 del modelo de la CCI (Mahnken y Kurtze 2018); d) Que ante el riesgo de un incumplimiento en el proyecto, la decisión sea adoptada por mayoría simple (de ser ello posible).

Por último, es importante que la cláusula establezca la periodicidad con que se reunirá el órgano administrador y que de las reuniones surtidas se levanten las respectivas actas, que permitirán probar a futuro, el comportamiento contractual y asociativo de las partes, lo que puede servir en caso de una eventual controversia; actas que se conservarán ya sea en el domicilio de

20 Ante este tipo de cláusulas, es importante por ejemplo que los representantes de las partes en el Comité de Dirección no sean, los mismos representantes legales para que la cláusula cumpla su cometido.

la asociación o en los archivos de las partes, según ello se indique en el ACE ante la ausencia de disposición legal al respecto.

g) **Representación legal o mandatario:** Las partes pueden designar una o varias personas de manera independiente o mancomunada, o un cuerpo colegiado (comité de proyecto) para que actúen en representación de las partes ante el cliente o ante terceros, según se establezca en el ACE. En la medida en que del ACE no nace una nueva persona jurídica, lo acertado es señalar que quienes sean designados no tienen la condición de representantes legales en los términos para las sociedades, sino la condición de mandatarios con representación, en los términos establecidos en el artículo 1262 del código de comercio.

La Superintendencia de sociedades mediante diferentes conceptos, entre ellos, el concepto 220-156768 del 10 de octubre de 2018, conceptúa que la representación legal "tiene su razón de ser y su fuente en el sistema legal de la personalidad jurídica" y por tanto, "la legislación mercantil la contempla como mecanismo de proyección de la capacidad de la sociedad, según las reglas generales previstas en los artículos 100, numerales 6 y 12; 196 y 198 del código citado; y las particulares consagradas para cada uno de los diferentes tipos societarios, cual es el caso del artículo 440 ídem, aplicable a las sociedades anónimas". En tanto que el apoderado:

"No es en ningún caso representante legal de la sociedad, pues éste responde a la figura del mandatario, que a diferencia del anterior tiene origen en un contrato regulado por el artículo 2142 del Código Civil, en concordancia con los artículos 832 y 1262 del estatuto mercantil, contrato en el que debe concurrir la voluntad de las partes, una de las cuales se obliga a ejecutar uno o más actos de comercio, bajo las instrucciones de quien lo confiere y a su nombre" (Superintendencia de Sociedades 2018).

En consecuencia, para la designación del representante, el mismo documento de ACE hará las veces de mandato y será suficiente para que surta los efectos legales requeridos.

De igual manera, es importante que el ACE establezca en el mayor grado de detalle, las atribuciones a este conferidas, con el fin de que éste cuente con la suficiente capacidad para dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas por la asociación o ejercer los derechos de la misma, lo que puede incluir de manera excepcional por la materia, la capacidad de representar a la asociación judicial o arbitralmente en controversias surgidas en materia de contratación estatal (ya sea legitimación en la causa por activa o por pasiva), ante el reconocimiento de la capacidad legal de las asociaciones para ser actores judiciales o arbitrales.

No menos importante, es señalar que se recomienda que la designación del representante sea una atribución expresa del órgano de administración y

por ende, en el ACE se le estipule dicha atribución. Lo anterior, con el fin de evitar que se interprete que la designación del representante o su reemplazo constituye una modificación del ACE, lo que requiere el mutuo acuerdo entre las partes, cuando dicha decisión puede ser adoptada por una mayoría simple o calificada del órgano de administración.

h) **Incumplimientos e indemnidades:** Pueden las partes señalar los efectos en caso de incumplimientos declarados en las obligaciones ante el cliente o entre ellas, tales como la reducción de participación en la asociación, reducción de utilidades, castigo en derechos políticos en las votaciones del órgano administrador, reducción en el alcance de las actividades contratadas y dilución de las mismas a las demás partes cumplidas, etc. de forma tal que ante la ocurrencia de incumplimientos, el mismo negocio genere los mecanismos expeditos para cubrir los impactos económicos generados a las partes cumplidas y evitar así tener que acudir a los mecanismos de solución de controversias.

De igual manera, el ACE puede incorporar cláusulas de indemnidad que establezcan la obligación contractual entre las partes, así como el eventual procedimiento para atender de manera directa y/o brindar su colaboración, ante la ocurrencia de actuaciones administrativas o judiciales contra la asociación o alguno de sus integrantes o contra el contratante, por actuaciones u omisiones imputables a una de las partes, lo que incluye el derecho a resarcir los eventuales perjuicios económicos que de tal situación se generen.

En el caso de indemnidad ante el cliente, la responsabilidad de la asociación será la establecida en el contrato suscrito con el contratante, pudiendo ser como acontece en la mayoría de los casos solidaria, con lo cual, el contratante se encuentra facultado de exigir a cualquiera de los integrantes de la asociación el cumplimiento del total de las obligaciones, pudiendo dicho integrante subrogarse en los términos del artículo 1579 del Código Civil y exigir a los demás el pago en la proporción o parte que tengan cada uno en la asociación. Frente a terceros y ante el evento en que las partes hayan establecido limitaciones a su responsabilidad, los efectos de la cláusula de indemnidad respetarán la asignación de responsabilidad establecida en el ACE, lo que usualmente se traduce en una responsabilidad hasta por el porcentaje del valor de participación en la asociación, pudiéndose establecer otro tipo de asignación de responsabilidades, como por ejemplo en virtud de la actividad realizada por cada integrante.

i) **Vigencia y causales de terminación del ACE:** La vigencia del ACE corresponderá a aquella definida por las partes en el caso del derecho privado y no será inferior a la vigencia del contrato estatal, es decir hasta su liquidación y un año más, en el caso del derecho público, como así expresamente lo indica el artículo 6 de la Ley 80 de 1993.

Sin perjuicio de ello, se estima conveniente que se manifieste que la vigencia del ACE corresponde hasta tanto se extingan la totalidad de obligaciones, derechos y deberes que se derivan del objeto para el cual se constituyó la

asociación. Máxime cuando de cara a la jurisprudencia contenciosa administrativa, los consorcios y las uniones temporales pueden ser sujetos de acciones litigiosas o arbitrales, para lo cual es importante no sobrevenga su disolución y liquidación durante el proceso.

En cuanto a las causales de terminación, las partes cuentan con la libertad de establecerlas, pudiendo estas contemplar la terminación natural o anticipada del ACE (salvo que exista restricción de Ley como la señalada en el párrafo anterior para los consorcios y las uniones temporales) e incluso, señalar una condición resolutoria que contemple su extinción en caso de que el proyecto o contrato no para el cual se constituya la asociación no se materialice.

Así mismo, si alguna de las partes se encuentra por virtud de la ley, obligada a implementar medidas anticorrupción, lavado de activos, financiación de terrorismo o soborno transnacional, pueden incorporarse en el documento, causales de terminación anticipada ante la eventual incurrencia en cualquiera de estas circunstancias.

Mención especial merece, la extinción de la asociación en caso en que la misma se encuentre integrada por 2 partes y una de ellas siendo persona natural fallezca, cuando se trate de consorcios y uniones temporales constituidas para la ejecución de un contrato estatal, caso en el cual ante el hecho de tratarse el ACE de un *intuitu personae*, no es posible que los herederos reemplacen al causante en su posición contractual ante la entidad estatal, sin perjuicio del derecho a los beneficios económicos causados hasta el fallecimiento del integrante.

j) **Cesión:** En virtud del artículo 822 del código de comercio²¹, deben estipular las partes si desean el consentimiento previo de los demás integrantes ante una eventual cesión, so pena de entenderse que la misma surte efectos sin su intervención. Es de señalar que, en el caso de consorcios y uniones temporales constituidas para la ejecución del contrato estatal, por ministerio de ley, se requiere la autorización previa de la entidad contratante para cualquier cesión, con el fin de que sean avaladas las condiciones jurídicas, técnicas y financieras del cesionario, aún cuando ello acontezca en caso de inhabilidad sobreviniente (art. 7 y 8 de la Ley 80 de 1993), casos en lo cual, las entidades exigen la solidaridad entre el cedente y el cesionario.

k) **Controversias:** En caso que la intención de las partes sea excluir la solución de sus divergencias de los jueces ordinarios, deben incorporar en el

21 Artículo 887. Cesión de Contratos. En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución. La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución instantánea que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.

ACE mecanismos de solución de controversias tales como la conciliación, la amigable composición o el arbitraje, pudiendo establecer que todas o algunas divergencias sean sometidas a uno u otro mecanismo, reservando el arbitraje para aquellas de mayor cuantía y complejidad, teniendo en todo caso en consideración, la inmediatez en que se requiere que ellas sean resueltas.

Al revisar el tema en derecho comparado, el modelo de consorcio elaborado por la CCI, contempla en sus condiciones generales, la posibilidad de establecer pasos previos de solución de controversias, a aplicarse antes de recurrir al tribunal arbitral (Mahnken y Kurtze 2018). En este caso, la CCI recomienda la implementación de los denominados "*Dispute Boards*" definidos por ella como:

"un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato. Habitualmente utilizados en los proyectos de construcción, también se emplean en otros campos como la investigación y el desarrollo, la propiedad intelectual y los acuerdos de reparto de la producción y de accionistas" (Cámara de Comercio Internacional 2015).

En el caso colombiano, los *Dispute Boards*, no cuentan con reconocimiento jurídico dentro de los mecanismos de solución alternativo de conflictos, siendo la figura más cercana la amigable composición, en donde las Partes pueden, en virtud de la autonomía de la voluntad, establecer en su cláusula de controversias, que sea este mecanismo que les permita resolver sus diferencias en primer nivel cuya decisión adoptada por este grupo de expertos será de carácter obligatorio.

l) **Confidencialidad y exclusividad.** Las partes de estimarlo conveniente pueden estipular condiciones de confidencialidad de la información por ellas suministrada o generada por ellas mismas, salvo que, por disposición legal, la misma tenga la condición de información pública (por ejemplo en aplicación de la Ley de transparencia – Ley 1712 de 2014). Así mismo, pueden pactar que su relación comercial goce de exclusividad en ciertos campos o materias de forma tal, que se impida la competencia directa o indirecta entre ellas durante la vigencia del ACE o por un periodo posterior a su vencimiento.

m) **Cláusula Penal.** La cláusula penal en Colombia tiene la condición de tasación anticipada de perjuicios. En dicho sentido, las partes ante el incumplimiento del ACE pueden establecer la valoración económica de los perjuicios sufridos derivadas de la actuación u omisión de cualquiera de las partes, pudiendo además reservarse el derecho legal, el que le sean reconocidos a su favor, los perjuicios económicos que el juez del contrato decreta según el caso.

n) **Liquidación del ACE.** Por último, se recomienda que el ACE establezca un plazo de liquidación contado a partir de la terminación de la vigencia del

acuerdo, con el fin de que los integrantes de la asociación, de manera formal, extingan el ACE y por ende, se proceda a la distribución final de aportes, bienes u obligaciones adquiridas durante su vigencia y como los mismos serán distribuidos entre las Partes a fin de declararse a paz y salvo; acuerdos que serán plasmados en la respectiva acta de liquidación del ACE. Surtida la liquidación del ACE y dado que en muchos casos se tramita Registro Único Tributario (RUT) deberá adelantarse el trámite pertinente para cesar el mismo ante UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

4. OTROS ASPECTOS RELEVANTES A CONSIDERAR

En la medida en que el ACE es el instrumento mediante el cual se llevan a cabo la ejecución de proyectos de diferentes magnitudes, existen otros aspectos adicionales que deben ser tenidos en consideración durante su ejecución.

El primero de ellos, es imposibilidad jurídica para que las asociaciones resultantes de ACE tales como consorcios y uniones temporales, ante la ausencia de personería jurídica propia, de ser titulares de productos financieros, como así lo conceptuó la Superintendencia Financiera mediante concepto 2015011812-002 del 25 de marzo de 2015:

“Conforme a lo expuesto, resulta claro que los consorcios y las uniones temporales en tanto no comportan una personalidad jurídica distintas a sus integrantes no podrán ser titulares de cuentas bancarias y otros productos bancarios, por lo cual en caso de cheques girados a nombre de tales figuras deberá examinarse en la respectiva cuenta corriente o de ahorros si ella o ellas, están abiertas a nombre de uno o de varios de los integrantes del consorcio (y en donde se tenga previsto acreditar el pago del respectivo cheque), para determinar quién o quienes están facultados para recibir y cobrar el respectivo título valor.

Lo anterior, por cuanto quienes integran un consorcio (dada precisamente la inexistencia de personalidad jurídica) pueden abrir una cuenta corriente con pluralidad de personas en los términos del artículo 1384 del Código de Comercio o también podrán designar a uno de los integrantes como titular para su manejo, en cuyo caso efecto, deberán observarse las condiciones establecidas para la vinculación de clientes de que trata el sub- numeral 4.2.2.2.1, numeral 4.2, Capítulo IV, Título IV de la Parte I de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 029 de 2014)¹⁰, expedida por este Organismo, aspectos contractuales que en cada caso habrán de examinarse para establecer quién o quienes, a nombre del consorcio, estarán facultados y/o legitimados para cobrar y hacer efectivo el pago del correspondiente cheque” (Superintendencia Financiera de Colombia 2015).

Por su parte y fundado en la misma causa, mediante Concepto 54903 del 2 de abril de 2014, el Ministerio del Trabajo se pronunció indicando la imposibilidad para los consorcios y uniones temporales de tener la condición de empleador

frente al personal empleado en la iniciativa que motiva la asociación, con lo cual, la condición de contratante laboral y las responsabilidades que de ello se derivan continuarán en cabeza de sus integrantes:

"Así las cosas, es de advertir, que no es el consorcio quien contrata personal ni es empleador, sino que cada una de las empresas consorciadas tiene su propia planta de personal y dispondrán de lo necesario para adelantar el objeto constituido. De tal forma, las obligaciones laborales no reposan en cabeza del consorcio como tal, al no ser una persona jurídica no es sujeto de derechos ni de obligaciones, de tal forma que las obligaciones laborales, están en cabeza de cada una de las sociedades que conforman el Consorcio. Pues estos y las uniones temporales, como se mencionó anteriormente, son el resultado del acuerdo de dos o más personas que de manera conjunta presenten una misma propuesta para licitar, celebrar y ejecutar contratos" (Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social 2014).

Ahora frente a la facultad de adelantar compraventa de bienes inmuebles, la Superintendencia de Notariado y Registro mediante concepto Consulta n.º 2376 de 25 de junio de 2009 manifestó:

"De la normatividad anteriormente transcrita se establece que el consorcio es una unidad asociativa que tiene por finalidad la adjudicación; celebración y adjudicación de un contrato cuya representación está en cabeza de uno de los miembros que lo conforman, por lo tanto, al no tener una personería jurídica propia, carece de capacidad para la celebración de contratos de compraventa de bienes inmuebles a su favor, quienes tienen la capacidad son las personas naturales o jurídicas que se han integrado" (Superintendencia de Notariado y Registro 2009).

Sin embargo, por experiencia de la autora en múltiples proyectos de infraestructura era usual en la práctica que los contratos de trabajo y afiliaciones al sistema de seguridad social, cajas de compensación y adquisiciones de bienes se realizaran en nombre, ya sea del consorcio o de la unión temporal, como si dicha autonomía jurídica existiera para tales efectos. Igual circunstancia se predicaba de la adquisición de bienes y servicios a nombre de la asociación, lo que incluye la posibilidad de compra de bienes inmuebles y muebles, en donde los actos notariales y de registro quedaban bajo su titularidad, lo que evidencia que no existía una claridad conceptual diferenciadora en torno a la capacidad jurídica de las asociaciones en áreas diferentes a la contratación estatal.

Por último, no estaría completo este artículo sin que se abordara el tratamiento jurídico que como sujeto activo o pasivo, tienen las asociaciones que surgen de los ACE en materia de procedimientos administrativos y judiciales, lo que incluye, la justicia arbitral. En la medida en que los ACE no dan origen a una figura con personería jurídica propia como ya se abordado, es claro que

las actuaciones de índole administrativo, así como actuaciones de índole procesal deberán adelantarse por o en contra de los integrantes de la asociación.

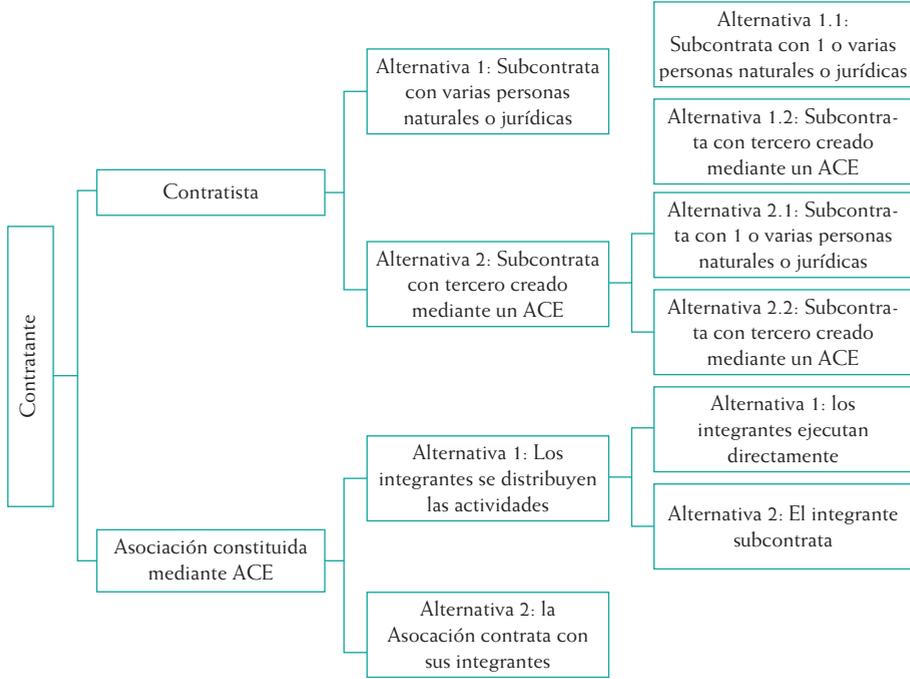
Circunstancia diferente se presenta cuando se trata de controversias surgidas entre la asociación y su contratante derivadas de la ejecución de un contrato estatal, en donde el Consejo de Estado reconoció que la legitimidad en la causa por activa y por pasiva, recae ya sea en el consorcio o en la unión temporal, pudiendo estas directamente comparecer tanto a la actuación administrativa, como a la justifica ordinaria y arbitral, pues el legislador a través de la Ley 80 de 1993 en su artículo 6, les concedió la capacidad jurídica para ser sujetos de deberes, derechos y obligaciones en contrato estatal, lo cual se extiende a las controversias que surjan con el mismo.

CONCLUSIÓN

Los ACE son una figura proveniente del derecho anglosajón e incorporada mediante la costumbre mercantil al derecho colombiano. Ampliamente empleadas en proyectos e iniciativas de diferentes sectores y magnitudes, son un instrumento que permite el crecimiento y fortalecimiento de las personas naturales y jurídicas en el desarrollo de sus actividades. Siendo el principio de la autonomía de la voluntad el principal eje rector de los ACE, existe una extensa responsabilidad de las partes en que el documento de constitución contemple los principales aspectos a ser considerados en el negocio y que adicionalmente, permitan que la colaboración entre las partes sea de manera organizada y eficiente en beneficio de cada una de ellas.

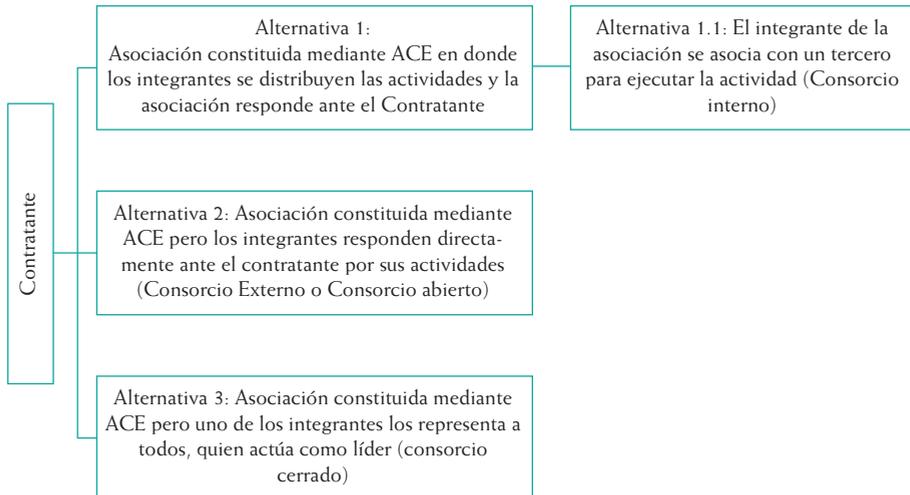
ANEXOS

ILUSTRACIÓN 1. EJEMPLO DE ESQUEMAS DE ACE EN PROYECTOS DE APP O CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA EN COLOMBIA



Fuente: Propia.

ILUSTRACIÓN 2. CONSORCIOS ABIERTOS, CERRADOS E INTERNOS



Fuente: Propia.

BIBLIOGRAFÍA

- Cámara de Comercio Internacional. «Cámara de Comercio Internacional». *Reglamento Relativo a los Dispute Boards*. 2015. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf> (último acceso: 16 de febrero de 2019).
- Cámara de Comercio u. s.f.
- Corte Constitucional de Colombia. «VLEX NETWORKS». *Sentencia C 172 de 2009*. 18 de marzo de 2009. <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-58094839> (último acceso: 16 de febrero de 2019).
- Corte Suprema de Dakota del Sur. «State ex rel. Crane Co. v. Stokke». 1937. <https://casetext.com/case/state-v-stokke-et-al> (último acceso: 24 de octubre de 2018).
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. «Sentencia 13208-2015». 30 de Septiembre de 2015.
- Mahnken, Volker, y Martin Kurtze. «Plant Construction and the ICC Consortium Agreement». *Construction Law International* (International Bar Association) 13, n.º 1 (2018): 25-32.
- Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social. «Ministerio del Trabajo y de la Seguridad Social». *Concepto 54903*. 02 de abril de 2014. www.mintrabajo.gov.co/.../20147/48263/.../5e3c975f-4c40-d083-df6f-39ced1fa6f8c (último acceso: 19 de febrero de 2019).
- NICHOLS, HENRY W. «Joint Ventures». 1950. <https://www.jstor.org/stable/1069340> (último acceso: 25 de octubre de 2018).
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y EDUARDO OSPINA ACOSTA. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis S.A, 2000.
- . *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis S.A, 2000.
- STOEMMER, PETER. *Project Management Knowhow*. s.f. https://www.project-management-knowhow.com/project_contract_structure.html (último acceso: 11 de noviembre de 2018).
- Superintendencia de Notariado y Registro. «Superintendencia de Notariado y Registro». *Revista Infolios*. 25 de Junio de 2009. https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/publicaciones/2010/inf_50_51cambio.pdf (último acceso: 16 de febrero de 2019).

Superintendencia de Sociedades. «Circular Externa 115-006». *Superintendencia de Sociedades*. 23 de Diciembre de 2009. https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/Circular%20Externa%2006_2009.pdf (último acceso: 05 de Noviembre de 2018).

Superintendencia de Sociedades. *Concepto 220-156768*. 10 de Octubre de 2018. https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO%20220-156768.pdf (último acceso: 25 de enero de 2019).

Superintendencia Financiera de Colombia. «Superintendencia Financiera de Colombia». *Concepto 2015011812-002*. 25 de marzo de 2015. <http://occp.co/sites/all/files/Concepto%20Superfinanciera.pdf> (último acceso: 16 de febrero de 2019).

Thomson/West. *Black's Law Dictionary*. Dallas, Tx: West Publishing Co, 2006.