

**EL CONTRATO DE JOINT VENTURE:
EL RIESGO INTER PARTES COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR
DEL CONTRATO**

Presentada por
SANTIAGO VARELA TORRES
Para optar por el título de Abogado



Dirigida por
Dr. JORGE CARREÑO JIMÉNEZ

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ
2014**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

I- Introducción	1
II- Historia	7
2.1.- Common Law: Gentlemen-Adventurers y la formación del imperio británico bajo el derecho anglosajón	7
2.2.- Partnerships y Corporations	8
III- Definición y naturaleza jurídica del contrato	13
3.1.- Definición	13
3.2.- Características	25
3.3.- Función económica	30
3.4.- Diferencias con otros contratos	32
IV- Teoría del riesgo como elemento diferenciador del contrato	51
4.1.- La teoría del riesgo contractual en el derecho privado en general	51
4.2.- La teoría del riesgo contractual en el <i>Joint Venture</i>	56
4.3.- La responsabilidad <i>inter partes</i>	56
4.4.- Efectos frente a terceros	59
4.5- Fundamento legal en Colombia	64
4.6.- Efectos de la teoría del riesgo entre los <i>venturers</i> y los terceros contratantes	70
V- Conclusiones	82
A- Anexo de casos	A1

RESUMEN

El *Joint Venture* es un contrato atípico que ha sido diluido conceptualmente por la doctrina y la jurisprudencia; se ha equiparado con otros contratos que, en realidad, son esencialmente distintos. Así pues, muchos de los beneficios que esta figura contractual puede traer a sus contratantes han desaparecido, tales como el manejo del riesgo *inter partes* como elemento esencial del mismo.

El entorno empresarial ha evolucionado a tal punto en que el *Joint Venture* se erige como un vehículo eficiente para hacer negocios, y por tanto debe ser cuidadosamente definido, con el fin de no opacar su función económica.

PALABRAS CLAVE

Joint Venture, Ingresos y Utilidades, Fondo Común, Riesgo, Elemento diferenciador.

I. INTRODUCCIÓN

Esta monografía jurídica está pensada para ser un documento académico de investigación y reflexión conceptual sobre la situación doctrinal y jurisprudencial, en general, en la que se encuentra hoy la concepción del *Joint Venture* como negocio jurídico; sus características y elementos; y el desarrollo que ha tenido el contrato, tanto en el derecho nacional como en el comparado. De igual manera, por la importancia que comporta, se analizará a lo largo de esta monografía jurídica la función económica del *Joint Venture*.

Ahora bien, puntualmente y en cuanto el alcance de la investigación que este trabajo ofrece, se intentará definir y estudiar la teoría del riesgo *inter partes*, en punto de la distribución de ingresos, que no de utilidades —atendiendo la acepción contable del término—, como elemento diferenciador del contrato frente a otros negocios jurídicos similares, buscando establecer, como consecuencia de los objetivos ya formulados, otras diferencias puntuales existentes entre este contrato y otros típicos y tradicionales, como lo son el contrato de sociedad en sus distintas clases y formas, el de cuentas en participación y los consorcios y las uniones temporales, junto con sus implicaciones con respecto a la función económica del contrato, a manera de ejercicio y distinción académicos.

Así las cosas, habiendo definido el derrotero académico e investigativo de esta monografía jurídica, y ya para entrar en materia, resulta necesario señalar que la realidad económica en el mundo globalizado y el desarrollo de las relaciones jurídicas entre entes y personas cada vez más especializados han llevado a la utilización de contratos que involucran elementos, categorías y particularidades de las figuras tradicionales y básicas de contratación, pero con formas nuevas, que integradas adquieren entidad propia, lo que

justifica una reflexión académica sobre la claridad y profundidad conceptual de los contratos a los que me refiero.

Una de estas figuras, que se ha vuelto usual, por cuanto tiene un alto contenido económico, es el *Joint Venture*; contrato que se viene utilizando indistinta e indiscriminadamente por su nombre, pero sin concretar mayormente sus elementos y características en la doctrina o en la jurisprudencia, con lo que, de una herramienta útil para los negocios, ha pasado a convertirse en fuente de desinformación y conflicto entre quienes lo utilizan para reglamentar sus relaciones jurídicas con contenido comercial y económico.

Y es que el *Joint Venture* no obstante comparte algunas características con algunos contratos tradicionales y típicos, se erige como un vehículo contractual distinto, autónomo, independiente, así como eficiente e idóneo, para regular ciertas relaciones negociales, que no todas, entre personas, ofreciendo algunas ventajas que otros contratos no tienen. Es por esto que los contratos de colaboración —entre estos el *Joint Venture*— se han impuesto en las situaciones en que los géneros asociativos —societarios u otros contratos o instrumentos tradicionales—, no resultan óptimos o eficientes para desarrollar negocios bajo determinadas circunstancias.

En el derecho comparado, y muy especialmente en el anglosajón, este contrato ha adquirido una importancia y necesidad tales que, al permitir a los empresarios incursionar bajo menores costos de transacción en distintos mercados, industrias o sectores económicos, dividiendo o distribuyendo costos y riesgos —y sin lo cual no lo podrían hacer de la misma manera—, conllevan a la imprescindible tarea de estudiar las relaciones entre ellos —los *venturers* si se quiere—, con respecto a sus obligaciones, los efectos del

contrato, y la teoría del riesgo inherente a los negocios a celebrar por virtud del *Joint Venture* de manera *inter partes* como elemento y característica esencial y diferenciadora del contrato.

En un estudio realizado por la Corporación Financiera Internacional —IFC, por sus siglas en inglés, *International Finance Corporation*—, perteneciente al Banco Mundial, se concluyó que los *Joint Venture* son una “*segunda mejor solución*” para las partes que participan en él. Afirmó uno de los empresarios entrevistados cuya compañía había hecho parte de un *Joint Venture*, que si las sociedades tuvieran todos los elementos necesarios para incursionar en una empresa de manera independiente, probablemente lo harían por el simple hecho de poder mantener el control sobre el negocio y dirigirlo en la medida que sus administradores lo consideraren pertinente.¹ Sin embargo, en la realidad global a la que se hacía referencia al inicio de esta introducción, son muy pocas las compañías que cuentan con todos esos elementos que les permita incursionar en empresas internacionales, o negocios de gran envergadura de manera independiente y autónoma sin fallar en el intento. De la misma manera, los riesgos y costos de entrada —a mercados internacionales, como países en vía de desarrollo, a manera de ejemplo y para efectos del estudio que mencionaba—, son muy altos para los empresarios, motivo por el cual el *Joint Venture* resulta siendo el vehículo más idóneo y eficiente para hacerlo, toda vez que les permite colaborar, compartiendo sus capacidades —desde todo punto vista—, para emprender la aventura común sin la necesidad de asociarse con terceros.²

¹ Miller, R. *et al.* (1996), *International Joint Ventures in Developing Countries. Happy Marriages?*, Washington, International Finance Corporation — The World Bank.

² *Ibid.*

Por su parte, en Colombia este contrato se ha utilizado mayoritariamente para que personas —como lo pueden ser sociedades extranjeras— incursionen en mercados, industrias o sectores de la economía del país, contratando estratégicamente —sin convertirse en alianzas estratégicas por ser estas un negocio jurídico radicalmente distinto³— con personas que ya tienen negocios en o conocimientos de cierta industria, mercado o sector de la economía, o que, por lo menos, les permitan establecer su empresa de una manera más eficiente que si lo intentaran hacer individualmente.

Sin embargo, en comparación con otros contratos —el de sociedad y cuentas en participación, por ejemplo— el *Joint Venture*, como tal, no ha tenido mayor desarrollo doctrinal, muchos menos jurisprudencial en Colombia, lo que ha llevado a que en la práctica, no pocas veces, se le asocie —y muchas veces se equipare— con otros contratos con los que comparte ciertas características, todo lo cual ha causado que su función económica se vea un poco matizada e incluso diluida, desaprovechando, y tal vez desconociendo en muchas ocasiones, las ventajas que este vehículo contractual pudiera traer para los contratantes. En efecto, ya lo advertían G. Cabanellas y J. A. Kelly cuando afirmaban, refiriéndose a la conceptualización doctrinaria que se ha hecho sobre este contrato, que “[n]o existiendo, en la práctica jurídica, tal concepto unitario, los autores que han intentado formularlo, han debido incurrir en todo tipo de deformaciones de la realidad que analizaban, tratando de desarrollar principios comunes para figuras radicalmente distintas, y obviando diferencias entre aquéllas, que hacen a su

³ Este contrato, el de alianza estratégica, que resulta distinto del *Joint Venture*, no puede ser objeto de estudio del presente trabajo, por el alcance académico que pretende dársele.

funcionamiento práctico y sentido económico.”⁴

La globalización, el desarrollo, la economía, y muchos otros factores externos, han alimentado la posibilidad de hacer negocios en y desde Colombia, lo que ha creado nuevas exigencias jurídicas para la regulación de esos negocios, y el contrato de *Joint Venture* juega un papel clave, por lo demás subestimado, en esa regulación. No en vano es que el contrato de *Joint Venture* se ha tornado en un instrumento de internacionalización en el que no pocas veces los países subdesarrollados o en vía de desarrollo adquieren la calidad de países huéspedes para que capitales extranjeros —de la mano de todo tipo de entidades habitualmente inversionistas— entren a sus industrias y economías. Esto anterior, sin embargo, no obsta para que personas de estos países usualmente huéspedes busquen invertir esa calidad, buscando hacer negocios en los países desarrollados.⁵

Es por ello que el estudio del manejo del riesgo de las partes y entre ellas como elemento esencial y diferenciador del contrato, que ha sido hasta cierto punto descuidado por la academia, resulta a todas luces necesario, atendiendo las necesidades que existen frente al tema, toda vez que no existe un concepto o régimen contractual claro, y tampoco acertado aparentemente, en la jurisprudencia y doctrina actuales. En efecto, con mucha razón citaba el Doctor Jaime Alberto Arrubla Paucar, en su tratado de Contratos Mercantiles, a G. Cabanellas y a J. A. Kelly:

⁴ Cabanellas, G. y Kelly, J.A. (1987), *Contratos de colaboración empresarial. Agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y joint ventures*. Buenos Aires, Editorial Claridad, p.104.

⁵ Colaiácovo, J.L., et al. (1992), *Joint ventures. Y otras formas de cooperación empresarial internacional*. Buenos Aires, Macchi Grupo Editor. Organización de los Estados Americanos —OEA—.

*“[E]xisten pocas áreas donde el derecho comparado haya arrojado menos frutos y mayores confusiones que en la de los joints [sic] ventures”.*⁶

⁶ Cabanellas, G. y Kelly, J. A., citados en Arrubla, J.A. (2008), *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, p. 277.

II. HISTORIA

2.1.- COMMON LAW: GENTLEMEN-ADVENTURERS Y LA FORMACIÓN DEL IMPERIO BRITÁNICO BAJO EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Bajo el derecho anglosajón, que es donde tiene su origen, este contrato se denominó indistintamente *Joint Adventure* o, en una menor medida, *Joint Enterprise*. El término se remonta a los albores del Imperio Británico, y puntualmente entre los *gentlemen-adventurers* o *merchant-venturers*, quienes servían para la colonización de nuevos territorios uniendo esfuerzos, haciendo contribuciones o aportes, en el sentido general del término, y asumiendo los riesgos con el fin individual de conseguir utilidades en su aventura o empresa.^{7, 8, 9}

Adicionalmente, el término se refería al “*envío de mercaderías al exterior bajo la responsabilidad de un notario u otro agente para venta en las mejores condiciones en beneficio de los propietarios*”¹⁰ en los que dos *venturers* contrataban para la realización de ese único negocio, sin llegar a asociarse o formar una *corporation*, figura ésta sobre la que se abordará en el siguiente aparte.

De hecho, esta concepción del término *Joint Venture* guardaba una íntima relación con instituciones del derecho escocés y del derecho francés, cuya característica principal era la transitoriedad de la asociación, puntualmente, un único negocio, viaje, transacción,

⁷ Le Pera, S. (1989), *Joint Venture y sociedad*, Buenos Aires, Astrea, p. 66.

⁸ Peña, L. (2012), *Contratos mercantiles, nacionales e internacionales*. 4ª edición, Bogotá, Temis, p.455.

⁹ Bonvincini, D. en Martorell, E. E. (1997), *Tratado de los contratos de empresa, Tomo III*, Buenos Aires, Depalma, p. 239.

¹⁰ Cabanellas, G. y Kelly, J. A., *op. cit.*, p. 82.

entre otros.¹¹

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de que el origen del término *Joint Venture*, así como de su uso indistinto, sea del *Common Law*, su desarrollo jurisprudencial y doctrinario, hasta llegar a su situación actual, se produjo, como lo sigue haciendo en gran medida, en Estados Unidos.

2.2.- PARTNERSHIPS Y CORPORATIONS

En 1890, el Parlamento del Reino Unido promulgó el *Partnership Act* mediante el cual regulaba una figura jurídica denominada *Partnership*, la cual definió como la relación existente entre personas que llevan a cabo un negocio en común, esperando lograr una utilidad en el mismo, siempre que no haya sido registrada como una compañía (puesto que esta última se rige por el *Companies Act* de 1862) o cualquier otra ley promulgada por el Parlamento para tal efecto, entre otras.¹² Lo anterior por cuanto, según el *Companies Act* de 1862, el registro del memorando de asociación formaba una compañía incorporada — *Corporation*—, con o sin responsabilidad limitada. Esto es, en otras palabras, que el registro del contrato social era un requisito de existencia de la persona jurídica denominada *Corporation*, que se formaba distinta e independiente de sus miembros.¹³ Por su parte, la *Partnership* no formaba una persona jurídica sino que era considerada meramente una relación entre personas.

¹¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹² Reino Unido, Parlamento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. (1890). *Partnership Act. An Act to declare and amend the Law of Partnership.*

¹³ Reino Unido, Parlamento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. (1862). *Companies Act. An Act for Incorporation Regulation, and Winding up of Trading Companies and other Associations.*

Y es en esto último donde radicaba la diferencia entre las *Corporations* y las *Partnerships*: las primeras, que se regían por el *Companies Act*, gozaban de personería jurídica, esto es, que la *Corporation* y sus miembros eran todas personas distintas e independientes entre sí, con patrimonios separados las unas de las otras; mientras que las *Partnerships*, que se regían por el *Partnership Act*, no tenían personería jurídica, esto es que no formaban un ente separado del de sus miembros, no obstante tenían un régimen de separación patrimonial con respecto de los bienes de sus *partners* muy particular que, por el alcance de esta monografía, no es posible explicar aquí.

Ahora bien, como parte del proceso de independencia de Estados Unidos, los distintos Estados Federales mantuvieron el *Common Law* como su régimen jurídico, y adelantaron una uniformización de sus leyes, entre ellas, el *Uniform Partnership Act*, cuya primera promulgación data de 1914 en los estados de Pennsylvania y Wisconsin¹⁴, y la cual se basó en gran medida en el *Partnership Act* del 1890 del Reino Unido.

La definición de la *Partnership* en el *Uniform Partnership Act* de los Estados Unidos, quedó muy similar a la proveniente del Reino Unido: “Una *Partnership* es una asociación de dos o más personas para llevar a cabo, como co-propietarios, un negocio con miras a obtener una utilidad”¹⁵, pero incluía algunas diferencias conceptuales importantes, sin perjuicio de haber mantenido la identidad de la figura prácticamente incólume. Así pues, similar a lo que ocurría en el Reino Unido, Estados Unidos adoptó esta figura sin personería jurídica, pero con igual separación patrimonial entre la *Partnership* —como relación entre sus miembros— y sus miembros mismos.

¹⁴ Le Pera, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵ Estados Unidos de América, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (1914) *Uniform Partnership Act*.

Así como en el Reino Unido, en Estados Unidos también, paralelamente a las *Partnerships*, existían las *Corporations*. Estas, al igual que las sociedades en Colombia, eran representadas por sus directores o representantes únicamente, por tanto ningún miembro, individualmente considerado, podía obligarlas. Así mismo, su objeto social era —como debía serlo— muy limitado, lo que permitía una aplicación de la teoría de los actos *ultra vires* muy estricta, según la cual, para explicarlo de manera muy breve, todos los actos realizados por la *Corporation* que no estuvieran contemplados en su objeto social, estarían viciados de nulidad.¹⁶

Por lo anterior, la Corte Suprema de los Estados Unidos planteó en *Pearce v. Madison & I. R. Co.* (1858) —y lo confirmó en 1888, en *Mallory v. Manaur Oil Works* (1888)—, que las *Corporations* no podían hacer parte en *Partnerships*, toda vez que: *i*) El hecho que los actos de la *Partnership* obligaran a la *Corporation*, implicaba que personas distintas a los directores o representantes de esta última la estuvieran obligando, lo que resultaba imposible e incompatible con la legislación que las regía; y, *ii*) el hecho de participar en una *Partnership* podría implicar la realización de negocios distintos a aquellos contemplados en su objeto social, todo lo cual llevaría a la aplicación de la teoría de los actos *ultra vires* sobre esos actos.¹⁷

Esta serie de decisiones judiciales configuraron, de manera remota, el origen del desarrollo jurisprudencial del *Joint Venture* como lo conocemos hoy. En efecto, la prohibición a las *Corporations* para asociarse con una *Partnership* impedía a aquellas participar en negocios que, a fin de cuentas, podían resultar de su interés. Como solución a

¹⁶ Le Pera, *op. cit.*, p.52 y ss.

¹⁷ *Ibid.*, p.53.

esto, se denominó *Joint Venture* a toda relación que, de no ser por la incompatibilidad mencionada, sería una *Partnership*, con el fin de evitar dar aplicación a la teoría de los actos *ultra vires*. Le Pera afirma, apoyándose para ello en la sentencia de la Corte Suprema de Nueva York en 1894, *Ross v. Willett*, lo siguiente:

“(…) cuando los tribunales se encontraron con corporations que habían entrado en una relación que debía calificarse de partnership recurrieron, para evitar la aplicación de la doctrina que prohibía tal participación, a una distinctio. Para ello utilizan la expresión joint venture, la relación que resulta de la coparticipación en un proyecto específico, a la que se le aplican las reglas de la partnership pero respecto de la cual, al no llamarse “partnership” sino de otro modo, la norma prohibitiva no es aplicable.”¹⁸

En esto anterior coinciden, aunque de manera imprecisa a nuestro criterio¹⁹, G. Cabanellas y J.A. Kelly, cuando afirmaban que “[o]riginalmente, se aplicaba esa expresión [joint venture o joint adventure] a una figura asociativa, cercana a la partnership, y que se distinguía de ésta por la restricción de las relaciones entre las partes a una operación o negocio determinados.”²⁰

Para 1914 entonces, la Corte Suprema del Estado de Nueva York reiteró en *Ross v. Willett*, citando *Hubell v. Buhler*²¹ (1887), que una *joint adventure* es una *Partnership* limitada, pero no limitada en el sentido jurídico del término en cuanto a la responsabilidad

¹⁸ Le Pera, *op. cit.*, p.67.

¹⁹ Imprecisa por cuanto hacen referencia a una figura asociativa, cuando precisamente lo que se buscaba con el *Joint Venture* era evitar la asociación y la consecuente aplicación de la teoría de los actos *ultra vires*.

²⁰ Cabanellas, G. y Kelly, J. A., *op. cit.*

²¹ Estados Unidos, Corte Suprema de Nueva York. (1887) “*Hubbell v. Buhler*”

de sus miembros, sino en cuanto al alcance de su objeto y duración, que se regiría por las normas aplicables a las *Partnerships*.²² De la misma manera, en *Febbel v. Kahn*²³ (1898), la Corte Suprema del Estado de Nueva York, estableció que la principal diferencia existente entre una *Partnership* y un *Joint Venture* es que este último recae sobre una transacción única, mientras que la *Partnership* se refiere a un negocio en general.

De lo anterior podemos inferir un aspecto importante, adelantándonos un poco al fondo de este estudio, y es que fueron los mismos jueces de los Estados Unidos mediante su jurisprudencia, desde los albores del uso de este contrato, quienes propusieron el *Joint Venture* —contrato de colaboración— como una solución o alternativa ante la imposibilidad de asociación —contrato de sociedad— de las *Partnerships* y las *Corporations*, lo que nos da luces para afirmar, desde ya, que unos son los contratos de asociación, y otros los colaborativos.

En cuanto al uso nominado, algunos autores, entre ellos Le Pera, han encontrado que la primera aparición del término *Joint Venture* en la jurisprudencia de los Estados Unidos, se dio en 1808, en *Hourquebi v. Girard*, así como en *Lyles v. Styles*.²⁴

Es así como el vasto desarrollo jurisprudencial que ha tenido el *Joint Venture* en Estados Unidos ha llevado a que el concepto resulte aún más amplio de lo que hasta ahora se ha anotado.

²² *Ibid.* (1894) “*Ross v. Willett*”

²³ *Ibid.* (1898) “*Febbel v. Kahn*”

²⁴ Le Pera, *op. cit.*, p. 65.

III. DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

3.1.- DEFINICIÓN

Definiciones del contrato de *Joint Venture* hay muchas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y a continuación se exponen algunas de ellas agrupadas según algunos elementos principales que comparten, que a nuestro juicio no son correctas en unos casos, y en otras resultan insuficientes, pero que de las cuales podemos extraer elementos y aspectos muy valiosos de cada una de ellas para así intentar lograr proponer una definición lo más cercana posible al verdadero concepto del contrato.

3.1.1.- DEFINICIONES QUE SE REFIEREN A UN CONTRATO DE ASOCIACIÓN:

Las definiciones que a continuación se transcriben, tratan, entre otras cosas, de una característica del contrato que, a juicio de importantes tratadistas —y que compartimos—, no resulta correcta, y es el hecho de definir el *Joint Venture* como un contrato asociativo, o de asociación, así:

- **Para Rowley** (citado en Le Pera, 1989): “[U]na asociación de dos o más personas para realizar una única empresa comercial con el fin de obtener una utilidad.”²⁵
- **Para la Corte de Apelaciones del Estado de California** (*Kirkpatrick v. Smith*, 1952) (citada en Le Pera, 1989): “[U]na empresa asumida en común; que es una asociación de empresarios unidos para la realización de un específico proyecto con el propósito de obtener una utilidad que, como las pérdidas, será dividida entre ellos,

²⁵ Le Pera, *op. cit.*, p. 69.

*aunque la obligación de los partícipes de soportar una parte proporcional de las pérdidas o de los gastos puede modificarse contractualmente. Porque se trata de una joint adventure debe haber una contribución de las partes a la empresa común, una comunidad de intereses y algún control sobre lo que es materia de éste o sobre los bienes adquiridos de acuerdo con el contrato.*²⁶

- **Para Willinston** (citado en Arrubla, 2008): “[U]na asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (ad hoc), para una utilidad común, combinando sus respectivos recursos, sin formar o crear una corporación o el status de partnership en sentido legal.”²⁷
- **Para Le Pera** (citado en Arrubla, 2008): “[A]cuerdo por el que dos o más empresas se asocian para la realización de un proyecto determinado, independiente de la forma jurídica que dicha asociación pueda asumir.”²⁸
- **Para la OCDE** (citada en Peña, 2012; y Guardiola, 1998): “[A]sociación entre dos o más personas con objeto de realizar en común una determinada actividad a través de una nueva entidad creada y controlada por los participantes.”²⁹
- **Para Peña:** “Asociación de personas naturales o jurídicas, que se integran de manera temporal para realizar un objetivo en común, sin la necesidad de dar nacimiento a una nueva persona jurídica y a una propiedad conjunta, ya que cada

²⁶ Le Pera, *op. cit.*, p. 70

²⁷ Arrubla, *op. cit.*, p. 278.

²⁸ *Ibíd.*, p.279

²⁹ Peña, *op. cit.*, p. 455; y Guardiola, E. (1998), *Contratos de colaboración en el comercio internacional, Intermediación. Agencia. Distribución. Transferencia de tecnología. Joint-Venture. Agrupaciones*, Barcelona, Bosch, p. 299.

uno de los miembros que pertenece a la integración conserva su autonomía jurídica y económica.”³⁰

- **Para la Corpus Juris Secundum** —Compilación de jurisprudencia norteamericana— (citada en Martorell, 1997): “[R]elación jurídica de reciente origen creada por los jueces norteamericanos y que suele ser descrita como una asociación de personas que buscan llevar a cabo con finalidad de lucro una empresa comercial individual.”³¹
- **Para Pássim** (citado en Martorell, 1997): “[A]sociación de personas que buscan llevar a cabo una empresa comercial individual con fines de lucro, para lo cual combinan sus bienes, dineros, efectos, habilidades y conocimiento.”³²
- **Para la Corte Suprema del Estado de Michigan (*Hathaway v. Porter Royal Pool*, (1941))** (citada en Cabanellas, 1987): “[U]na asociación de empresarios conjuntos para llevar a cabo un único proyecto con propósito de lucro.”³³

Como vimos, las anteriores definiciones, todas, hacen referencia, entre otros elementos, a una asociación; a la intención que tienen unas personas de asociarse, todo lo cual implica la presencia del *animus societati* y *affectio societati*.

Estos dos conceptos consisten básicamente en elementos subjetivos presentes en la voluntad de los asociados, y que están constituidos por la intención que tienen las partes de

³⁰ Peña, *op. cit.*, p. 456

³¹ Martorell, *op. cit.*, p. 240

³² *Ibíd.*, p. 241

³³ Cabanellas, G. y Kelly, J.A., *op. cit.*, p. 108.

asumir conjuntamente el riesgo que se deriva de la empresa social³⁴. Sin embargo, en el *Joint Venture* no existen tales, sino, por el contrario, no solo no existe el *animus* y *affectio societatis* sino que además nos encontramos ante la presencia del *animus cooperandi*, esto es, la intención que tienen los contratantes de colaborar entre sí sin asumir conjuntamente el riesgo derivado de la empresa o actividad común, a diferencia de los primeros.

Una esencial diferencia entre los primeros conceptos—el *animus* y *affectio societatis*—, y el segundo —el *animus cooperandi*— lo constituye la existencia en los primeros, e inexistencia en el otro, de un fondo común. En los primeros, los asociados realizan aportes que implican una transferencia del derecho de dominio a un fondo común, a un patrimonio independiente y distinto del de sus asociados; mientras que por su parte, en el segundo, los colaboradores no realizan aportes, sino contribuciones, si se quiere, en las que no se está frente a una transferencia de derechos, sino que esas contribuciones a la empresa común permanecen, como activos, en cabeza de cada uno de los *venturers* que los ha contribuido, sin que exista un fondo común, distinto del de los colaboradores, y sin que estos pierdan el derecho de dominio y el control sobre su contribución.

3.1.2.- DEFINICIONES QUE PUEDEN SER AMPLIAS Y GENÉRICAS:

Las que ahora se transcriben pueden resultar, al igual que otras anteriores, amplias y genéricas, y esto puede ocasionar que cualquier otro contrato pueda satisfacer esa definición. De la misma manera, pueden caer en la línea de convertir el *Joint Venture* en una categoría genérica contractual, esto es, que definen el negocio, degenerándolo, como

³⁴ Reyes, F. (2011) *Derecho Societario, Tomo I*. Bogotá, Editorial Temis., p.110.

una categoría o género contractual, cuando realmente se trata de un tipo de contrato especialísimo, distinto a los demás.

- **Para Arrubla:** *“Unión o agrupación de dos o más personas, naturales o jurídicas, sin el propósito de formar una sociedad, para realizar una operación concreta en búsqueda de beneficios, asumiendo los riesgos que le son propios.”*³⁵
- **Para Van Hilten** (citado en Peña, 2012; y Guardiola, 1998): *“[F]orma de colaboración entre empresas que conservan su independencia, ampliada eventualmente a otros sujetos económicos y que se realiza en el seno de una empresa común totalmente diferenciada, mediante aportación de know-how y una participación en el capital social.”*³⁶
- **Para E. Chuliá Vicent y T. Beltrán Alandete** (citados en Guardiola, 1998): *“[S]urge cuando dos o más sociedades ven la posibilidad de conseguir mejores resultados si unen sus esfuerzos que de un modo separado, todo ello en relación directa con las capacidades económicas y productivas de cada empresa y con referencia al objetivo que se proponen, no siendo posible lograr los objetivos propuestos con suficiente eficacia sin una vinculación en forma de sociedad, con aportaciones económicas, de gestión y de tecnología de las partes.”*³⁷
- **Para Zaldívar** (citado en Martorell, 1997): *“[C]oparticipación de dos o más sociedades en operaciones civiles o comerciales, con división del trabajo y de*

³⁵ Reyes, *op. cit.*, p. 279.

³⁶ Reyes, *loc. cit.*

³⁷ Guardiola, *op. cit.* p. 299.

responsabilidades según los casos y, por extensión, a los acuerdos regulatorios de ellas.”³⁸

- **Para T. W. Tomlinson** (citado en Cabanellas, 1987): “[E]l *compromiso, con una duración no muy corta, de fondos, instalaciones y servicios, por dos o más intereses legalmente separados, a una empresa, para su mutuo beneficio.*”³⁹

Los tratadistas que propusieron las anteriores definiciones evitaron, acertadamente, conceptualizar el contrato como una asociación de personas, a diferencia de otros doctrinantes que, de manera imprecisa y desacertada, como en el aparte anterior lo explicaba, sí lo hicieron. Por ello, abonamos a estas definiciones que se refieren a una colaboración entre personas, *i.e.*, un contrato colaborativo, en el que está presente, en efecto, el *animus cooperandi*, con la notable y esencial ausencia del *animus societatis* y *affectio societatis*.

No obstante lo anterior, estas definiciones resultan en muchos casos amplias y genéricas —pero no por ello equivocadas— sin embargo, no permiten vislumbrar una connotación clara de la función económica del contrato y sus elementos esenciales, lo que permite que dichas definiciones abarquen una amplia gama de contratos mercantiles.

Así mismo, la referencia a la asunción de riesgos resulta ser en unos casos muy genérica e imprecisa, y en otros, brilla por su ausencia, y por esto no puede diferenciarse el *Joint Venture* de otros contratos, omitiendo de alguna manera la descripción de la función económica. Pero, por otra parte, incluye un aspecto novedoso y otro muy importante: el

³⁸ Martorell, *op. cit.*, p. 241

³⁹ Cabanellas, G. y Kelly, J. A., *op. cit.*, p. 107.

primero, la independencia en las responsabilidades y obligaciones, lo que llama a la independencia de riesgos en el contrato; y el segundo, aportado por el Profesor Arrubla, es la independencia de riesgos, en referencia a que cada *venturer* asumirá únicamente los riesgos que le son propios, mas no los riesgos de los otros *venturers*.

3.1.3.- DEFINICIONES QUE HACEN REFERENCIA A DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES:

Al igual que en otras definiciones ya citadas, estas hacen referencia, de manera imprecisa, a la distribución de utilidades en el contrato de *Joint Venture*. Esto atenta contra el manejo del riesgo que diferencia a este contrato de los otros, puesto que, en vez de distribuir utilidades o pérdidas, precisamente lo que lo hace especial y distinto es que en el *Joint Venture* se reparten los ingresos del negocio común. No existen gastos ni costos comunes, sino que cada uno de los *venturers* contribuye, independientemente de los otros, a la realización de la *adventure*. Por ello, la utilidad o pérdida sólo puede calcularse para cada uno de los *venturers*, deduciéndola de los ingresos recibidos del contrato contra sus propios costos y gastos, considerados individualmente.

- **Para la Corpus Juris Secundum** —Compilación de jurisprudencia norteamericana— (citada en Martorell, 1997): “[C]ombinación especial de dos o más personas que conjuntamente buscan obtener una utilidad en una empresa específica, sin actuar bajo la designación de *partnership* o *corporation*.”⁴⁰

⁴⁰ Martorell, *op. cit.*, p. 241

- **Para la Corte de Apelaciones del Estado de California (Freedman v. Industrial Accident Comm. (1945); y Parker v. Trefry (1943)** (citada en Cabanellas, 1987):
“[C]uando dos o más personas combinan su dinero, propiedad o tiempo en el ejercicio de una determinada línea de comercio, o para un negocio en particular, acordando compartir las ganancias y las pérdidas en proporción al capital contribuido.”⁴¹

En efecto, contablemente, las utilidades y los ingresos, o las pérdidas y costos o gastos, son conceptos absolutamente distintos entre sí, y que describen fenómenos contables y económicos muy diferentes. La **utilidad** —la neta en este caso— es el fenómeno que se presenta cuando los ingresos totales exceden los gastos totales de una empresa⁴²; los **ingresos**, por su parte, son “*incrementos en el capital provenientes de la entrega de bienes o servicios a los clientes.*”⁴³; y los gastos son “*decrementos en los ingresos que resultan de las operaciones.*”⁴⁴ Como se desprende de lo anterior, la utilidad resulta de la depuración que se hace del ingreso, deduciendo el gasto, mientras que el ingreso es autónomo, y no resulta de ninguna depuración. Esto adquiere importancia en la medida que en el *Joint Venture*, al no haber fondo común, pues no hay gastos comunes, sino que cada *venturer* tiene su gasto propio, y, al no haber un gasto común, no puede existir depuración de ingresos, y en consecuencia, no hay —como no podría haberla— utilidad común.

⁴¹ Cabanellas, G. y Kelly, J. A., *op. cit.*, p. 107.

⁴² Horngren, C. *et al.* (2010), *Contabilidad*, 8ª ed., México, Prentice-Hall, p. 11.

⁴³ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁴ *Ibid.*, *loc. cit.*

Por ello, los juristas deben atender la diferencia entre uno y otro concepto, al menos en lo que al *Joint Venture* concierne, ya que se trata de un contrato con un altísimo contenido económico el cual debe ser cuidadosamente conceptualizado y estructurado, precisamente para no caer en el error de convertir este contrato en otro distinto, o de generalizarlo de tal manera que se convierta en un género contractual que abarca muchos tipos de contratos comerciales.

3.1.4.- DEFINICIONES QUE CONFUNDEN EL JOINT VENTURE CON OTROS CONTRATOS:

En la misma línea de análisis que se ha venido exponiendo, muchos autores han caído en la tentación que consiste en definir el contrato de *Joint Venture* como si fuera otro contrato, o de convertirlo, en otros casos, en un género contractual y quitándole su esencia de tipología contractual única y especialísima, al despreciar o excluir precisamente lo que lo diferencia de otros contratos.

- **Para J.O. Rodner** (citado en Guardiola, 1998): “[A]quella en que dos o más inversionistas participan en forma conjunta tanto en el capital como en el manejo de la empresa receptora de la inversión, participando en la dirección y control de la sociedad, siendo cada inversionista lo suficientemente importante dentro de la composición de la empresa como para que las decisiones financieras de ésta se hagan midiendo el capital de cada uno (grupo extranjero y grupo nacional).”⁴⁵
- **Para Willinston** (citado en Peña, 2012). “Un contrato por el que varias partes sin incorporarse o crear una partnership, pero creando una comunidad de intereses,

⁴⁵ Guardiola, *op. cit.*, p. 299.

combinan sus recursos para desarrollar un negocio, en el que mantienen un cierto tipo de control.”⁴⁶

Estas definiciones describen un sinnúmero de contratos que se presentan en el mundo de los negocios, como la unión temporal o consorcio en unos casos, y las sociedades en sus distintas formas, en otros. Por esto, al igual que muchas anteriores, peca por amplia y genérica. Y el efecto de esto no es otro sino el de convertir el *Joint Venture* en un género tipológico de contratación, que ya no la especie, como en realidad lo es, diluyendo de paso su concepto y función económicos.

Ahora, para concluir, de todas las anteriores definiciones se desprende que ninguna de ellas, a juicio nuestro, define con claridad o precisión completas el contrato de *Joint Venture*, y por el contrario, lo tratan de tal manera que le quitan toda posibilidad de ser individualizado.

En efecto, muchas de esas definiciones, individualmente consideradas, pueden referirse y aplicarse a cualquier contrato comercial distinto al *Joint Venture*, ya bien sea contrato de sociedad, sociedad de hecho, consorcio, cuentas en participación, alianza estratégica, unión temporal, etc., según corresponda, por lo amplias y genéricas que resultan.

No se precisan en ellas elementos diferenciadores, como la inexistencia de un fondo común, la distribución de ingresos y no de utilidades, o la autonomía del manejo del riesgo entre los *venturers* quedándose apenas en la identificación los elementos comunes, que sí existen pero que no son los que le dan identidad propia al contrato.

⁴⁶ Peña, *op. cit.*, p.455.

Y es que es esa amplitud conceptual la que ha traído consigo las más grandes confusiones y desaciertos en el uso y aplicación del *Joint Venture* en el desarrollo de los negocios, y la que ha llevado a escribir esta monografía jurídica. Así pues, con definiciones igualmente aplicables a un gran número de contratos, los abogados y empresarios han terminado nominando *Joint Venture* a cualquier contrato mediante el cual dos personas distintas decidan adelantar una empresa común sin constituir una sociedad —o en muchos casos incluso constituyéndola—, dejando de lado que no pocas veces el contrato realmente resulta no ser otro distinto a la sociedad misma, a la de hecho, a la alianza estratégica, y a todos aquellos a los que ya me he referido.

G. Cabanellas y J. A. Kelly hacen una crítica muy interesante a las definiciones que hasta el momento han dado tanto la jurisprudencia como la doctrina en relación a la falta de claridad y precisión de todas ellas, y afirman que ninguna de ellas es realmente acertada y que, en realidad, describen otros contratos radicalmente distintos⁴⁷, refiriéndose a esas definiciones, así:

*“Esta característica común [la de hallar su origen en un contrato] en nada distingue a las joint ventures de otros tipos negociales. En consecuencia, debe recurrirse a las funciones económicas y empresariales de las joint ventures a fin de determinar una definición inclusiva de las distintas variantes de ella.”*⁴⁸

⁴⁷ Cabanellas, *op. cit.* pp. 106 y ss.

⁴⁸ Cabanellas, *op. cit.*, p. 108.

3.1.4.- NUESTRA PROPUESTA DE DEFINICIÓN:

Por la innegable autoridad de todos los doctrinantes citados, aun cuando se critiquen sus definiciones, podemos sacar elementos muy valiosos que nos acercan a una definición clara y a nuestro juicio acertada, a saber:

- Se trata de un contrato de colaboración, que no de asociación, suscrito entre dos o más personas, naturales o jurídicas.
- Es un contrato para la ejecución de una única empresa, específica, *ad hoc* si se quiere.
- Con el contrato, cada una de las partes busca la obtención de un beneficio o una utilidad⁴⁹ propios, y no una parte del beneficio de los otros *venturers o de la empresa*, beneficio que provendrá de los ingresos del negocio común, y que de manera individual e independiente resulte para cada uno de ellos de la distribución de esos ingresos.
- Con la celebración del contrato no se crea una nueva persona jurídica.
- Los *venturers* conservan su independencia y autonomía.
- Surge cuando los *venturers* encuentran que es posible conseguir mejores resultados individuales si comparten la empresa, contribuyendo con sus esfuerzos y recursos, ya bien sean económicos, tecnología, infraestructura, *know-how*, recursos humanos, bienes apreciables en dinero, etc., que si lo hicieran de manera separada, pero sin constituir un fondo común.

⁴⁹ Se hace referencia a utilidad en el sentido contable del término.

- Los *ventureers* participan todos de la empresa en común, y tienen control y dirección sobre su propia participación y contribuciones en la empresa, pero no sobre la participación y contribuciones de los demás *ventureers*.
- Cada uno de los *ventureers* contribuye al resultado, que es el objeto de la aventura, sin que haya, en principio, transferencia de derechos entre ellos.
- Cada una de las partes asume, individualmente considerados, los riesgos y obligaciones que les son propios.

De la reunión de estos elementos aportados por los tan autorizados doctrinantes ya citados, junto con la adición de otros que consideramos esenciales, proponemos la siguiente definición, para lograr, con suerte, un concepto un poco más completo, claro y profundo del contrato de *Joint Venture*:

Es un contrato por virtud del cual dos o más personas denominadas ventureers acuerdan colaborar entre sí, al desarrollo de una única empresa ad hoc contribuyendo con dinero, trabajo, know-how, recursos o cualesquier otros bienes apreciables en dinero al resultado, sin crear un fondo común, ni una nueva persona jurídica y con el propósito de distribuir entre ellas los ingresos del negocio y no las utilidades de la empresa.

Los ventureers asumen cada uno su propio riesgo manteniendo su independencia y autonomía ejerciendo control y dirección sobre su propia participación, contribución y colaboración en la empresa.

3.2.- CARACTERÍSTICAS

De la definición propuesta y el análisis que hemos hecho para lograrla, surgen las siguientes características para el contrato:

- **ATÍPICO:** El *Joint Venture* es un contrato que no tiene ningún tipo de desarrollo normativo en Colombia y en consecuencia, al no estar definido o regulado, es atípico. Surge de las estipulaciones contractuales que convengan las partes en el contrato.

En esto coincide unánimemente la doctrina, entre ellos autores como Peña, L. (2012) y Arrubla, J.A. (2008).

- **NOMINADO:** No obstante ser atípico, el amplio uso social del *Joint Venture*, tanto a nivel nacional como internacional, lo ha convertido en un contrato nominado.
- **CONSENSUAL:** Toda vez que el *Joint Venture* es un contrato atípico, no requiere ningún tipo de solemnidad para perfeccionarse más allá del acuerdo de voluntades entre las partes.⁵⁰
- **DE LIBRE ESTIPULACIÓN:** Por ser propio de su función económica, como ya se verá, son las partes las que, por virtud de una negociación mutua, acuerdan el contenido y alcance mismo de sus obligaciones dentro del contrato de *Joint Venture* que pretenden celebrar. De la misma manera, el contrato, al ser producto de la práctica social, se rige por los principios y postulados de la autonomía de la voluntad

⁵⁰ Arrubla, *op. cit.*; Peña, *op. cit.*

privada, sin dejar de lado los usos y costumbres que lo acompañan por su amplio uso.⁵¹

- **BILATERAL Y PLURILATERAL:** Es un contrato en el que todas las partes adquieren, desde un principio, obligaciones para con las otras siendo cada uno acreedor y deudor frente al otro, no obstante su alcance pueda tener algunos matices regulados contractualmente. Adicionalmente, las partes no solo contraen obligaciones entre sí, sino que, por virtud del mismo contrato, también pueden contraer obligaciones con terceros acreedores y deudores.
- **ALEATORIO:** Existe una contingencia de utilidad o pérdida para cada una de las partes, independientemente consideradas. Así pues, mientras una de ellas puede reportar una importante utilidad, la otra puede soportar pérdidas, por virtud de la teoría del riesgo *inter partes* que rige, como elemento diferenciador, en el contrato de *Joint Venture*.

En consecuencia, al momento de nacimiento del contrato, no existe certeza del alcance de las obligaciones de las partes, ni del resultado del mismo, siendo así pues un contrato aleatorio.

- **DE DURACIÓN:** Atendiendo nuevamente la función económica del contrato, el *Joint Venture* no es de ejecución instantánea, sino que se concreta para proyectos de una duración específica, usualmente prolongada en el tiempo dependiendo de la

⁵¹ Peña, *op. cit.*

complejidad del negocio.⁵²

- **PLURIPERSONAL:** Para su existencia y ejecución, el contrato de *Joint Venture* requiere de dos o más partes denominadas *venturers*. Los *venturers* pueden ser personas jurídicas o naturales, y no tiene límite máximo de participantes. Pertenecen todos a la misma posición contractual al ser todos colaboradores en la consecución del fin del contrato, que usualmente lo constituye, de manera genérica, la búsqueda de ingresos y producción.⁵³
- **DE COLABORACIÓN:** Al ser este un contrato en el cual las partes buscan un beneficio, proyectado en una utilidad individual, en una empresa conjunta, requieren de una continua cooperación entre ellas, con el fin de intentar lograr el éxito del negocio emprendido.⁵⁴ Este, sin embargo, no ha sido un punto pacífico en la doctrina, puesto que algunos autores consideran el *Joint Venture* como un contrato asociativo. Para nosotros, como se ha insistido en numerosas oportunidades, el contrato de *Joint Venture* es un contrato de colaboración, y no de asociación.

Y es que el Doctor Jaime Arrubla anotó muy certeramente, citando a Le Pera, en su tratado de Contratos Mercantiles Tomo III, de los Contratos Atípicos, que “*la relación que se establece entre las partes en estos contratos no constituye una sociedad ni una asociación, precisamente porque no hay búsqueda de una utilidad sino un esfuerzo conjunto para obtener producción.*” (El resaltado es propio.)⁵⁵

⁵² Arrubla, *op. cit.*; Peña, *op. cit.*

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ Le Pera, S. ref. en Arrubla, *op. cit.*, p. 282.

En el mismo sentido, Peña Nossa enseña que una de las características del contrato de *Joint Venture* es la existencia de *animus cooperandi* —refiriéndose a la colaboración— entre sus miembros⁵⁶, que no de *animus societati* —refiriéndose a la asociación—.

Esta ubicación conceptual, aunque parezca infructífera y superficial, implica, en combinación con otros elementos, un efecto sustancialmente importante para el contrato de *Joint Venture*, cual es la inexistencia de una utilidad o pérdida común por la misma teoría del riesgo.

Esto anterior, realmente, es lo que posibilita el elemento de *adventure* o aventura, esto es, el hecho de que mientras un *venturer* pueda obtener utilidad, el otro pueda no hacerlo; y en el caso en que el negocio común les genere pérdidas (ya bien sea por el resultado del negocio, o por la imposibilidad no culpable de cumplimiento), serán propias e individuales, y deberán asumirla de la misma manera: individual e independientemente.

- **PRINCIPAL:** El *Joint Venture* puede subsistir por sí solo, sin necesidad de que exista otro contrato principal que le sirva de sustento y del cual dependa su existencia.
- **ONEROSO:** En la ejecución del contrato de *Joint Venture*, existe la posibilidad de que se reporte una utilidad para todas las partes que hacen parte de él, toda vez que cada uno de los *venturers* obtendrá ingresos del negocio mismo, o de terceros, pero nunca de los otros co-contratantes. Así mismo, todos se han gravado, asumiendo

⁵⁶ Peña, *op. cit.*, p. 458.

obligaciones recíprocas, en beneficio de la ejecución del mismo, esto es, la empresa conjunta.⁵⁷

3.3.- FUNCIÓN ECONÓMICA

El *Joint Venture* se presta a crear eficiencias, logrando una colaboración entre personas y sus capitales y recursos en la gestión de una empresa conjunta sin crear una asociación o nueva persona jurídica distinta o un fondo común, manteniendo así su autonomía jurídica, técnica, administrativa, contable, etc. La función económica de esta colaboración empresarial no es otra sino la de aunar capacidades y recursos de distintas personas (conocimiento del mercado y acceso al mismo y posicionamiento, capitales, recursos físicos y humanos, infraestructura, capacidad tecnológica y financiera, etc.) con el fin de promover una producción y creación de ingresos por virtud de la empresa común que pretenden emprender los *venturers*, a menores costos de transacción y con un elemento de aventura, cuyo manejo de riesgos es muy particular.

Este contrato ha sido instrumento tanto en negocios muy simples, como en otros muy complejos. De hecho, amplia e históricamente ha sido utilizado para adelantar grandes proyectos en la industria petrolera, desde la exploración hasta la explotación y producción. De la misma manera, los países desarrollados lo han utilizado como un instrumento de internacionalización mediante el cual sus inversionistas buscan incursionar en mercados de países subdesarrollados o en vía de desarrollo que sirven como huéspedes para recibir el capital de aquellos, de la mano de empresarios que ya tienen sus negocios en esas economías. Esto les permite aprovechar el posicionamiento económico, técnico, legal, y

⁵⁷ Peña, *loc. cit.*

demás que tenga el empresario local —por llamarlo de alguna manera—, así como su conocimiento desde el punto de vista geográfico, social, político y legal. Lo anterior implica una reducción de costos de transacción que permite saltar esas barreras del mercado a bajos costos, precisamente por la colaboración existente entre los *venturers*.

Anotaba el Doctor Lisandro Peña Nossa en su tratado de Contratos Mercantiles, Nacionales e Internacionales (2012), refiriéndose a la función económica del *Joint Venture*:

“Cuando se integran esfuerzos y capitales en la gestión de un proyecto común, los resultados se pueden ver incrementados, debido a que superan el límite individual y generan mayores beneficios. Las empresas utilizan esta figura contractual debido a la necesidad de permanecer en el mercado, ya que favorece la competitividad, puesto que generalmente los proyectos u operaciones realizados por medio de esta figura jurídica son de gran complejidad y superan la capacidad económica, de organización e infraestructura de una sola persona natural o jurídica. También genera mayor rentabilidad debido a que se pueden disminuir costos y dividir riesgos.

En países en vía de desarrollo es una herramienta útil para facilitar el acceso al mercado nacional e internacional debido a que incentiva la inversión extranjera, permitiendo la unión de capitales y convirtiéndose en un mecanismo efectivo para la consecución de recursos tecnológicos, económicos y financieros.”⁵⁸

⁵⁸ Peña, *op. cit.*, p. 455.

En efecto, la celebración de *Joint Ventures* entre entes o personas locales y entes o personas de otros países —industrializados y desarrollados en su gran parte— se ha convertido en un fenómeno empresarial y jurídico usual en los países en vía de desarrollo, puesto que su nivel de crecimiento económico es mucho mayor y rápido que aquel que se presenta en países industrializados, cuyo crecimiento es más estable y lento. Por esto, las empresas, al entrar a estos mercados, buscan formas jurídicas que les permitan minimizar su riesgo y costo financiero, y lo han hecho a través del *Joint Venture* con empresas locales.⁵⁹

Así mismo, no sobra mencionar que la celebración del *Joint Venture*, aparte de los beneficios ya mencionados, evita a los empresarios, entre otras cosas, los costos de constitución y mantenimiento de sociedades mercantiles.

3.4.- DIFERENCIAS CON OTROS CONTRATOS

El *Joint Venture*, por ser un vehículo ampliamente utilizado en el medio empresarial por su función y alto contenido económico, cuenta con enormes similitudes y diferencias con otros contratos típicos y tradicionales. Esto ha causado que la doctrina y la jurisprudencia hayan degenerado, e incluso destrozado en muchos casos, el concepto del *Joint Venture*, al equipararlo en cuanto a sus elementos con otras figuras contractuales. En efecto, con no poca frecuencia hemos visto cómo cualquier otro contrato, por el simple hecho de servir de vehículo para aunar esfuerzos entre personas, se le llama *Joint Venture*, cuando en realidad no lo es.

⁵⁹ Miller, *op. cit.*

Por lo anterior, a continuación se hará un breve resumen de las diferencias que tiene el *Joint Venture* con los contratos típicos y tradicionales más similares, enfocándonos en aquellas que, en nuestra opinión, resultan más relevantes y de fondo, dejando de lado algunas otras más generales —no por eso menos importantes— pero que no constituyen el tema neurálgico de esta monografía jurídica, con el fin de poner de presente que ningún contrato en el que dos o más personas se asocien es un *Joint Venture*, y que no todo contrato mediante el cual dos personas colaboren mutuamente, es un *Joint Venture*, sino que por el contrario, sus diferencias son absolutamente cardinales.

3.4.1.- DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE SOCIEDAD EN GENERAL Y ALGUNOS DE SUS TIPOS

Las sociedades, junto con sus distintos tipos, están reguladas, en general, en el Libro Segundo del Código de Comercio Colombiano, junto con otras normas, tales como la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 2008, en particular. El contrato social es definido por el artículo 98 del Código de Comercio como un contrato por medio del cual “*dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social*”, que, “*una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.*”⁶⁰(El resaltado es propio.)

A continuación, se expondrán algunas de las diferencias más esenciales que existen entre el contrato de sociedad, en general, y el *Joint Venture*, deteniéndonos un poco en algunos aspectos puntuales que diferencian este último negocio jurídico con la sociedad

⁶⁰ Colombia (1971) Código de Comercio. Bogotá, art. 98.

mercantil de hecho y la sociedad colectiva, toda vez que son contratos que, en algunos sentidos, resultan bastante similares al *Joint Venture*.

- **Existencia de *animus societatis* y *affectio societatis* entre los socios**

Esta es quizá una de las diferencias más importantes y que convierte estos dos contratos en vehículos absoluta y radicalmente distintos. En el contrato de sociedad sus partes —los socios o accionistas— cuentan con un elemento que, si no es esencial sí resulta característico, y que consiste en la presencia de unos elementos subjetivos denominados por la doctrina y jurisprudencia como *animus societatis* y *affectio societatis*, a tal punto que, para algunos tratadistas, entre ellos Phillippe Merle, la falta de estos elementos presupondría la inexistencia de la sociedad.⁶¹ No obstante lo anterior, la doctrina no ha sido pacífica en este punto, pero este no es un tema a tratar en esta monografía jurídica ya que además ha sido estudiado con detalle en las obras citadas al efecto.

Estos dos elementos anteriores —el *affectio societatis* y el *animus societatis*— han sido definidos por el Doctor Francisco Reyes Villamizar como “*la intención de los contratantes de asumir conjuntamente el riesgo derivado de la empresa o actividad social.*”⁶² Bajo la misma línea, el Doctor Reyes cita a Ricardo Nissen, definiendo la *affectio societatis* en los siguientes términos:

“*[V]oluntad de cada socio de adecuar su conducta y sus intereses personales, egoístas y no coincidentes al objeto de la sociedad; relación vinculada a la existencia de una voluntad común de los socios para la consecución del fin*

⁶¹ Merle, Phillippe citado en Reyes, *op. cit.*, p.110.

⁶² Reyes, *loc. cit.*

social y constituida más por una disposición anímica activa de colaboración en todo lo que haga al objeto de la sociedad.”

Ahora bien, entre los contratantes en el *Joint Venture* no existe *animus societatis* ni *affectio societatis*, sino que por el contrario, evitando precisamente la asociación, existe es el *animus cooperandi*. Esto significa que sus partes, ya bien sean personas jurídicas o naturales, actúan en colaboración —y no en asociación— para poder realizar, de manera conjunta, una actividad de interés común.⁶³

Las diferencias entre el uno y el otro radican en la distribución del riesgo. Mientras que los asociados —con *animus societatis*— tienen la intención de asumir conjuntamente un riesgo que se deriva del negocio común, *v.gr.* la sociedad; en el caso del *animus cooperandi*, por su parte, no existe tal intención de compartir riesgos. En efecto, es la ausencia de este ánimo la que caracteriza el *animus cooperandi*, puesto que cada colaborador busca evitar el riesgo ajeno, y mantener y asumir el suyo propio.

En conclusión, mientras en la sociedad existe una intención de asociación o asociarse —*animus societatis*—, en el *Joint Venture* no existe tal, sino, por el contrario, la de colaboración o colaborar —*animus cooperandi*—, convirtiendo así a estos dos contratos en vehículos distintos. **El primero, asociativo o de asociación; y el segundo colaborativo o de colaboración.**

⁶³ Peña, *op. cit.*, p. 458.

- **Existencia de personería jurídica**

Como bien se sabe, el efecto principal de la constitución de una sociedad con el cumplimiento de los requisitos necesarios para ello, es la existencia de una nueva persona jurídica, distinta de sus socios individualmente considerados, junto con todo lo que ello conlleva⁶⁴, salvo en el caso de la sociedad mercantil de hecho, en la que no sucede lo mismo, teniendo en cuenta, además, que el artículo 499 del Código de Comercio estatuyó que la “*sociedad de hecho no es persona jurídica (...) [y] los derechos que se adquirieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho.*”⁶⁵

Por su parte, el *Joint Venture* no goza de personería jurídica, puesto que de la celebración de ese contrato no surge más que una relación entre los *venturers*, y de ser el caso, con terceros acreedores. Así pues, fundamentales diferencias nacen del efecto de la inexistencia de una nueva persona jurídica, como lo es la inexistencia de un nuevo patrimonio y de una razón social, entre otros.

- **Aportes**

Como elemento esencial del contrato de sociedad, el Doctor Francisco Reyes Villamizar enseña que, para la explotación económica prevista en el objeto social, **es indispensable la integración de un fondo social conformado por los aportes de los asociados.**⁶⁶

⁶⁴ Reyes, *op. cit.*, p. 209.

⁶⁵ Colombia (1971) Código de Comercio. Bogotá, art. 499.

⁶⁶ Reyes, *op. cit.*, p. 118.

Este fondo social conformado por los aportes de los asociados, sale del patrimonio de estos y se integra a la sociedad misma, configurando parte del patrimonio de esta —la nueva persona jurídica distinta a la de sus socios— por virtud de la transferencia del derecho de dominio que estos realizaron a favor de aquella mediante su aporte.

Esto anterior, en cambio, no ocurre en el *Joint Venture*, por varios motivos, entre ellos los siguientes:

- i) **No existe un fondo social que integre los aportes de los socios:** En el *Joint Venture*, cada uno de los contratantes hace una **contribución** —no un aporte— a la ejecución del contrato, sí; pero esto no constituye un fondo social, ya que no se da ninguna transferencia de derechos. De hecho, cada uno de los contratantes en el *Joint Venture* conserva la propiedad, la dirección y el control sobre su contribución, cosa que definitivamente no ocurre en la sociedad. Es tan así que el acto de aportar un bien a la sociedad —sea cual fuere— constituye un título traslativo de dominio, y en consecuencia, el socio aportante deja de ser propietario de lo que haya aportado, perdiendo así el dominio y el control sobre aquello, todo lo cual no ocurre en el *Joint Venture*, puesto que no hay aportes, sino contribuciones al negocio común.⁶⁷

⁶⁷ De hecho, la Superintendencia de Sociedades, mediante su Guía de Aplicación de la Circular Externa 115-000006 del 23 de diciembre de 2009 sobre contratos de colaboración, estableció como transcribo resaltando:

*“La Circular Externa sobre acuerdos de colaboración, dispone que son operaciones conjuntas aquellos acuerdos que implican la **colaboración mutua, destinada a realizar una actividad comercial o empresarial, pero el uso de activos y otros recursos permanece en cabeza de cada partícipe.**”*

La Superintendencia considera que este tipo de operaciones puede ser aplicable a contratos de colaboración (consorcios, uniones temporales y otros similares), en los cuales, las decisiones que afectan la operación, son tomadas en forma conjunta, pero cada uno de los partícipes conservan su autonomía e independencia, mantiene sus propios activos, asumen sus obligaciones y disponen de sus recursos para el fin contractual.”

En el contrato de sociedad, en cambio, sí existe un fondo común, material y real, conformado por los aportes de sus socios, por virtud de una transferencia de derechos, a título traslativo de dominio, realizada por virtud de la obligación de realizar aportes.

- ii)* **No existe una nueva persona jurídica con patrimonio**, y consecuentemente, no existe un patrimonio, como elemento de la personalidad, distinto al de sus socios. En este sentido, las contribuciones de los *venturers* no integran ni conforman un patrimonio distinto al de ellos mismos, considerados individualmente, como sí sucede en el contrato de sociedad.

Lo anterior, por su parte, tiene algunos matices en tratándose de la sociedad mercantil de hecho, en los términos del artículo 504 del Código de Comercio. Esta disposición crea un régimen de propiedad especial, o mejor aún, de prelación de créditos especial con respecto a ciertos bienes, según se desprende de ese artículo, que aquí transcribo:

“Los bienes destinados al desarrollo del objeto social estarán especialmente afectos al pago de las obligaciones contraídas en interés de la sociedad de hecho, sin perjuicio de los créditos que gocen de privilegio o prelación especial para su pago. En consecuencia, sobre tales bienes serán preferidos los acreedores sociales a los demás acreedores comunes de los asociados.”

Esta disposición implica que, si bien no existe un fondo común, real, establecido como un patrimonio materialmente separado del de sus socios, sí lo existe de manera virtual, por la misma prelación que la norma establece. En efecto, este mismo

régimen especial es el mismo al que me referí superficialmente en el capítulo 2.2 del presente trabajo, tratando el tema de las *Partnerships*, pero sobre el cual el alcance académico de la monografía no me permite adentrar en ese tema.

- **Utilidades**

La participación en las utilidades sociales es otra radical diferencia entre el contrato de sociedad y el *Joint Venture*. En las sociedades, la participación en las utilidades generadas por la explotación económica del objeto social constituye la retribución principal que reciben los asociados por virtud de su participación en el contrato social, y es esta, por antonomasia, la finalidad última del contrato de sociedad, según se desprende de la definición estatuida en el artículo 98 del Código de Comercio⁶⁸.

Como anotaba el Doctor Reyes Villamizar en su tratado de Derecho Societario, es ese beneficio económico —la utilidad que reporta y distribuye la persona jurídica— la que configura el ánimo de lucro subjetivo que se refleja en el incremento patrimonial que tiene la sociedad como persona jurídica, que, a fin de cuentas, será repartido entre sus socios.⁶⁹

En el contrato de sociedad nos referimos a utilidades sociales, puesto que, no obstante es una única persona la que puede reportar utilidad —la persona jurídica de la sociedad, la sociedad misma—, cualquier incremento patrimonial se distribuirá posteriormente entre sus socios, y por tanto, los afectará a todos.

Esto no sucede en el contrato de *Joint Venture*. En él no hablamos de utilidad social, y en el contrato no hay ningún acaecimiento de incremento patrimonial —utilizando los

⁶⁸ Reyes, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁹ Reyes, *loc. cit.*

términos del Doctor Reyes—. A diferencia de las sociedades, en el *Joint Venture*, mientras uno de los *venturers* puede reportar utilidades, otro de ellos puede reportar pérdidas, toda vez que, si bien no hay distribución de utilidades —por la inexistencia del concepto como tal para efectos de ese contrato— lo que sí existe es la distribución de ingresos.

En efecto, ya se había mencionado páginas atrás cómo el Doctor Jaime Arrubla, al igual que el Profesor Sergio Le Pera, insisten en que “*la relación que se establece entre las partes en estos contratos no constituye una sociedad ni una asociación, precisamente porque no hay búsqueda de una utilidad sino un esfuerzo conjunto para obtener producción.*” (El resaltado es propio.)⁷⁰

- **Objeto**

La función económica del contrato de sociedad, los requisitos para su validez, así como los trámites muchas veces engorrosos y elevados costos de transacción, hacen que el objeto fin de la sociedad tienda a ser la explotación de un objeto social y una empresa de larga duración, abarcando un amplio abanico de negocios que se busca extender para que permanezcan en el tiempo. Tanto es así que, hoy por hoy, el objeto social de las Sociedades por Acciones Simplificadas —SAS— lo puede constituir la realización de cualquier actividad lícita, como lo dispone el numeral 5° del artículo 5 de la Ley 1258 de 2008.

El contrato de *Joint Venture*, por su parte, suele ser lo contrario, puesto que se ha utilizado, históricamente y precisamente por su alcance y objeto, para una única empresa, un único negocio, un proyecto específico o *ad hoc* si se quiere.

⁷⁰ Le Pera, S. ref. en Arrubla, *op. cit.*, p. 282.

- **Riesgo**

Como consecuencia de la creación de una nueva persona jurídica distinta de sus socios individualmente considerados, y la consecuente creación de un patrimonio nuevo, un fondo común o social, la participación de cada uno de sus socios en las pérdidas o utilidades dependerá también de la participación que tengan en el capital social de esa persona jurídica. Puesto de otra manera, el resultado económico en términos de pérdidas o utilidades de una sola persona —la persona jurídica creada por virtud de la celebración del contrato de sociedad con las formalidades exigidas por la ley—se distribuye, en principio, entre sus socios a prorrata de su participación. Así las cosas, si la sociedad reportó pérdidas en un ejercicio fiscal, entonces todos los socios, como tales, deberán soportar esa pérdida al no poder ninguno de ellos percibir utilidades con causa en el contrato social, por cuanto dichas utilidades no existen. Esto quiere decir que el riesgo que asumen los socios o accionistas de una sociedad al participar en esta, es exactamente el mismo para todos y se distribuye a prorrata de sus participaciones, siendo compartido, salvo el caso particular de las acciones privilegiadas por dividendo. En efecto, afirma el Doctor Reyes Villamizar: “*la intención de los contratantes [es la] de asumir conjuntamente el riesgo derivado de la empresa o actividad social.*”⁷¹

Lo propio no sucede en el contrato de *Joint Venture*. En este hablamos de distribución de ingresos⁷², todo lo cual implica que, mientras un contratante puede reportar utilidad del negocio emprendido, es posible que otro de ellos pueda incurrir en pérdidas, o más aún, mientras uno de ellos puede reportar ingresos, es posible que el otro no.

⁷¹ Reyes, *op. cit.*, p.110.

⁷² Le Pera, S. ref. en Arrubla, *op. cit.*, p. 282.

Ahora bien, sin perjuicio de lo ya mencionado, capítulo especial requieren las dos figuras societarias que se anunciaron desde el principio de este aparte: la sociedad mercantil de hecho, y la sociedad colectiva.

La sociedad mercantil de hecho está reglada en el Título IX del Libro Segundo del Código de Comercio Colombiano, en sus artículos 498 a 506. Deviene cuando el contrato social no ha sido elevado a escritura pública. Sin embargo, esto debe entenderse en armonía con la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 2008, junto con las concordantes, las cuales permiten la constitución de cierto tipo de empresas o sociedades mediante documento privado, todo lo cual reemplaza la elevación del contrato social a escritura pública por el acto de inscripción en el Registro Mercantil, que se convierte en requisito esencial de la personificación jurídica, como lo es el caso de las Sociedades por Acciones Simplificadas —SAS—. ⁷³

Por su parte, la sociedad colectiva se encuentra desarrollada en el Título II del Libro Segundo del Código de Comercio, entre los artículos 294 y 322.

- **Responsabilidad solidaria e ilimitada entre los socios**

En la sociedad de hecho, el legislador ha querido que, no obstante se haya omitido una formalidad para la constitución de la sociedad, esta produzca efectos, que por lo demás son limitados por la misma ley. Uno de estos efectos es que, según lo dispone el artículo 501 del Código de Comercio, *“todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas. Las estipulaciones tendientes a limitar esta*

⁷³ Colombia, Congreso de la República. (2008, 05 de diciembre), “Ley 1258 del 05 de diciembre de 2008, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada”, en Diario Oficial, núm. 47.194, 05 de diciembre de 2008, Bogotá., art. 2.

responsabilidad se tendrán por no escritas.”⁷⁴ Lo mismo establece el artículo 294 con respecto a las sociedades colectivas, en punto de la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios.⁷⁵

Esto no sucede en el contrato de *Joint Venture*. En efecto, por tratarse de un contrato de colaboración y no de asociación, los efectos frente a terceros del contrato de *Joint Venture* solo se predicen frente al *venturer* que haya contratado con aquel tercero. Puesto en otras palabras, “*el contrato tendría efectos relativos y solamente estaría respondiendo frente al tercero, quien se manifieste contratando con él.*”⁷⁶ En conclusión, en el *Joint Venture* no existe responsabilidad solidaria e ilimitada de los *venturers* frente a terceros con los que se haya contratado en ejecución del contrato, como sí ocurre en la sociedad mercantil de hecho y en la sociedad colectiva.

- **Los derechos adquiridos y obligaciones contraídas para la empresa social, se entienden adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios**

Bajo la misma línea de argumentación que utilizaba cuando nos referíamos a la responsabilidad solidaria e ilimitada entre los socios de hecho, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas para la sociedad de hecho se entienden adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho, en los términos del artículo 499 del Código de Comercio. Esto, para el caso de la sociedad mercantil de hecho, resulta como consecuencia de la carencia de personería jurídica de la misma.

⁷⁴ Colombia (1971) Código de Comercio. Bogotá, art. 501.

⁷⁵ *Ibid.*, art. 294.

⁷⁶ Arrubla, *op. cit.*, p. 285.

No sucede lo mismo en el contrato de *Joint Venture*. En armonía con lo enseñado por el profesor Arrubla, en Colombia este contrato tiene efectos relativos frente a terceros. Sin embargo, esto se tratará con detalle en el capítulo especial que se le ha dedicado.

3.4.2.- DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

El contrato de Cuentas en Participación está regulado en el Título X del Libro Segundo del Código de Comercio dedicado a las sociedades, en los artículos 507 a 514. Consiste básicamente en un contrato mediante el cual dos o más personas *“toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.”*⁷⁷

En este contrato hay dos tipos de contratantes: el primero, el partícipe gestor o activo; y el segundo, el partícipe inactivo u oculto, con funciones claramente definidas y diferenciadas en un esquema donde no se forma una nueva persona jurídica, sino donde una parte se aprovecha, por decirlo de algún modo, de la personería jurídica o capacidad de la otra, detalle este que comparte con el *Joint Venture*.

Para lo no dispuesto en el contrato de cuentas en participación, existe una remisión expresa a las sociedades en comandita simple.⁷⁸

⁷⁷ Colombia (1971) Código de Comercio. Bogotá, art. 507

⁷⁸ El artículo 514 del Código de Comercio estatuyó que *“[e]n lo no previsto en el contrato de participación para regular las relaciones de los partícipes, tanto durante la asociación como a la liquidación del negocio o negocios, se aplicarán las reglas previstas en este código para la sociedad en comandita simple y, en cuanto éstas resulten insuficientes, las generales del título primero de este mismo libro.”*

- **Existencia de un socio oculto**

Según la definición normativa del contrato de cuentas en participación, existen dos tipos de partes en el contrato: el socio o partícipe gestor —que es el administrador del negocio— y el socio oculto —o partícipe no gestor o partícipe inactivo—. De hecho, la existencia de al menos un socio oculto es elemento esencial del contrato. Así pues, sin que haya tal, no podría hablarse de un contrato de cuentas en participación.

La calidad de socio oculto o partícipe no gestor trae consigo importantes efectos, como: *i*) su responsabilidad, que se limita al valor de sus aportes, a menos que revele su condición de tal, momento en el cual responderá en forma solidaria ante terceros, junto con el gestor⁷⁹; y, *ii*) no tiene acciones frente a terceros, ni estos en contra de aquel.

Esta distinción —entre socio gestor y socio oculto— no se presenta en el contrato de *Joint Venture*, y mucho menos es elemento esencial del mismo, y por tanto, la responsabilidad de los *venturers*, ya bien sea entre ellos o frente a terceros, en nada tiene que ver con que sean o no contratantes ocultos o gestores, puesto que esas calidades de distinción entre ellos no existen en este contrato.⁸⁰

- **El gestor es reputado como único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación.**

En el contrato de cuentas en participación, el único dueño y administrador del negocio, frente a terceros, es el socio gestor⁸¹. En efecto, con el perfeccionamiento de ese contrato nace para el socio oculto la obligación negativa de no inmiscuirse en la gestión y

⁷⁹ Colombia (1971) Código de Comercio. Bogotá, art. 511.

⁸⁰ Arrubla, *op. cit.*, p. 283.

⁸¹ Colombia (1971) Código de Comercio. Bogotá, arts. 510, 513 y 514.

dirección del negocio.⁸² Esto anterior, por principio, impide la posibilidad de colaboración entre las partes, que es, en esencia, el objeto fin del contrato de *Joint Venture*.

A contrario sensu, como afirmaba antes, el hecho de que el *Joint Venture* sea un contrato de colaboración implica la existencia del *animus cooperandi* entre los *venturers*, y su función económica busca aunar esfuerzos y recursos de los contratantes con el fin de que cada uno de ellos obtenga su utilidad. Esto no ocurre —ni podría hacerlo— en las cuentas en participación.

- **Régimen de los aportes**

Con la celebración del contrato de cuentas en participación, el socio oculto adquiere la obligación de realizar un aporte.⁸³ Este aporte, que es a título traslativo de dominio, conforma un fondo común, virtual, que deberá ser destinado únicamente para la realización del negocio. En ese sentido, y es aquí donde radica la diferencia con el *Joint Venture*, los aportes realizados por el socio oculto pasan a ser propiedad del gestor, aunque aparente y solo frente a terceros, para que este pueda disponer de ellos libremente dentro de la ejecución del negocio.^{84, 85}

En el *Joint Venture*, en cambio, cada uno de los *venturers* conserva el derecho de dominio sobre sus contribuciones, y no existe, en principio y por lo menos no como elemento esencial del contrato, transferencia de la propiedad de las contribuciones entre

⁸² Londoño, J.C. (2000), *El contrato de cuentas en participación, Alternativa contractual para las empresas de riesgo compartido*, [trabajo de grado], Pontificia Universidad Javeriana, Carrera de Derecho. pp. 27-28.

⁸³ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁸⁴ *Ibid. loc. cit.*

⁸⁵ Buitrago, J. E., (1981), *El contrato de cuentas en participación*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, pp. 34-35.

unos contratantes y otros, siendo además que estos podrán controlar y podrán disponer de su propia contribución.

- **Obligación común de soportar pérdidas o dividir utilidades en la proporción convenida**

El mismo artículo 507 del Código de Comercio, mediante el cual se definió el contrato de cuentas en participación, estatuyó que las ganancias o pérdidas del negocio común debían dividirse entre los partícipes en la proporción convenida. En efecto, la Circular Externa 115-006 del 23 de diciembre de 2009 proferida por la Superintendencia de Sociedades, basada en el Decreto 2650 de 1993, recordó el procedimiento contable que debe llevar a cabo el partícipe gestor, con el fin de establecer las utilidades a distribuir, que resultarán de la liquidación del saldo de las cuentas de ingresos, costos y gastos.⁸⁶

Por su parte, en el contrato de *Joint Venture* no puede existir división de pérdidas o utilidades, puesto que tales no existen. No pueden predicarse unas utilidades o pérdidas comunes al negocio, puesto que no hay costos, gastos e ingresos comunes, y que cada *venturer*, al tener su propio riesgo como contratante individualmente considerado, puede incurrir en pérdidas o utilidades, mientras el otro pueda reportar lo contrario. Lo anterior teniendo en cuenta que, en el *Joint Venture*, existe es una distribución de ingresos, que no de utilidades o pérdidas.

Valga decir, a título general además, que muchos de los elementos de las cuentas en participación —la existencia del fondo común, la necesidad de aportes (esto es, a título traslativo de dominio), la existencia jurídica de un socio— las convierten en un contrato

⁸⁶ Colombia, Superintendencia de Sociedades (2009), Circular Externa 115-006 del 23 de diciembre de 2009.

asociativo, que, como lo he reiterado, se diferencia del *Joint Venture*, toda vez que este último es un contrato colaborativo.

3.4.3.- DIFERENCIAS CON EL CONSORCIO Y UNIÓN TEMPORAL

El consorcio y la unión temporal se encuentran regulados en la Ley 80 de 1993, puntualmente en los numerales 1° y 2° del artículo 7°, respectivamente, y se presentan en situaciones de contratación estatal, lo que no impide que se utilicen en relaciones de derecho privado. Consisten básicamente en unas figuras diseñadas para la presentación por parte de dos o más personas de una misma propuesta, sin crear una nueva persona jurídica, para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal. Pero, reitero, ello no obsta para que estas dos figuras contractuales puedan ser usadas en esferas del derecho privado.

Estos contratos son muy similares, y, de hecho, su única diferencia radica en el régimen de las sanciones, ya que si bien en los dos tipos de contrato los miembros responden solidariamente por las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato, en la Unión Temporal, a diferencia del Consorcio, las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones que se deriven de la propuesta o del contrato se aplicarán de acuerdo a la participación que haya tenido el miembro incumplido en la ejecución del mismo. Para ello, en la propuesta debe delimitarse el alcance de la participación que cada uno de los miembros tendrá en la ejecución del contrato.⁸⁷

⁸⁷ Colombia, Congreso de la República. (1993, 28 de octubre), “Ley 80 del 28 de octubre de 1993, por medio de la cual se expidió el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”, en Diario Oficial, núm. 41.094, 28 de octubre de 1993, Bogotá, art. 7, pár. 1°.

Con respecto a la administración, los miembros del consorcio o de la unión temporal, según corresponda, designan a su representante para todos los efectos, y ellos mismos regulan su relación y responsabilidad *inter partes*.^{88, 89}

- **Responsabilidad solidaria de los miembros del Consorcio o la Unión Temporal frente a terceros y frente al Estado.**

Atendida la diferencia que se mencionó líneas arriba entre los miembros del Consorcio y los miembros de la Unión Temporal en punto de las sanciones, los numerales 1° y 2° del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 incluyeron dentro de la definición del contrato de consorcio y de unión temporal, respectivamente, la responsabilidad solidaria de todos los miembros frente a todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, afectando a todos los miembros las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la una y del otro.

Y es que la misma Superintendencia de Sociedades, en la Guía de Aplicación⁹⁰ citada previamente, estableció, sin limitar las figuras al derecho público, que un consorcio se presenta “[c]uando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.”⁹¹ Frente a la unión temporal consideró que se presenta “[c]uando dos o más personas en forma conjunta

⁸⁸ *Ibid.* Art. 7, num. 1°.

⁸⁹ *Ibid.*, Art. 7, num. 2°.

⁹⁰ Colombia, Superintendencia de Sociedades (2009), Circular Externa 115-006 del 23 de diciembre de 2009. [Guía de Aplicación]

⁹¹ *Ibid.*

presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.”⁹²

Esto no sucede igual en el contrato de *Joint Venture*, pues este contrato tiene efectos relativos frente a terceros, y por tanto únicamente el *venturer* contratante, en principio, será responsable frente al tercero con quien contrate o a quien afecte por sus propias obligaciones y no por las de los demás. Esto sin embargo, se tratará en acápite especial.

⁹² *Ibíd.*

IV. TEORÍA DEL RIESGO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DEL CONTRATO

4.1.- LA TEORÍA DEL RIESGO CONTRACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO EN GENERAL

La teoría del riesgo ha sido ampliamente desarrollada por grandes tratadistas, y tiene una gran variedad de tesis y soluciones propuestas. De la misma manera, también tiene distintas acepciones —que se rigen por los mismos principios y el mismo concepto—, dentro de las cuales se encuentran, entre otras: *i*) el riesgo, en punto de la responsabilidad civil, contractual y extra contractual; *ii*) la extinción de las obligaciones por imposibilidad en su ejecución; *iii*) la responsabilidad del deudor por el incumplimiento, parcial o total; *iv*) la determinación de cuál de las partes corre con el riesgo de la inejecución; y, *v*) quién debe soportar la pérdida en la ejecución de un contrato.⁹³ Esta teoría se ha definido también como “*el conjunto de elaboraciones doctrinales que afrontan en uno u otro sentido el problema del riesgo contractual (...)*”⁹⁴

El estudio del riesgo parte del análisis del incumplimiento contractual cuando el tal incumplimiento no es imputable a ninguno de los contratantes y por ello, para el caso que aquí nos ocupa, nos interesa analizar la teoría del riesgo en el sentido de estudiar el riesgo que asumen las partes cuando se hace imposible ejecutar una prestación, y cuál de las partes debe soportar la pérdida contractual.

⁹³ Vid., entre otros, Betti, E. (1969), *Teoría general de las obligaciones, Tomo I*, de los Mozos, J.L. (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado; y Ospina, G. (1984), *Régimen general de las obligaciones, Ed. 4ª*, Bogotá, Temis.

⁹⁴ Gómez, C. y Aguilar, A.F. (2009), *Riesgo contractual – La teoría de los riesgos en el derecho privado colombiano*, Bogotá, Universidad de Medellín, p. 10.

El profesor Betti ya describía en su obra la teoría del riesgo contractual de la siguiente manera:

*“(…) hecha imposible, por causa no imputable a ninguno de los contratantes, la satisfacción del conjunto de intereses previsto en el contrato, se trata de establecer quién de las dos partes debe sufrir el daño que de eso se deriva y, en consecuencia, perder el “commodum obligationis” en que había confiado.”*⁹⁵

En suma, para Betti, la teoría del riesgo estudia cuál de las partes en un contrato debe soportar la pérdida que reportará por la desaparición del interés contractual y/o la ventaja patrimonial por la imposibilidad de la prestación, sin poder reclamarle al otro por tal hecho, o si ambos deberán soportar esa pérdida.⁹⁶ De hecho, lo expone así: *“La verdad es que, el problema del riesgo contractual, consiste en ver quién pierde el commodum obligationis y no se puede resolver si no es fijándose bien en el criterio, según el cual, el acreedor pierde su deber-tener (...)”*⁹⁷

Una de las soluciones radica, para Betti, en la asunción del riesgo⁹⁸, en el sentido de que habrá que verificarse, para cada negocio jurídico, qué riesgo asumió cada una las partes con el fin de desentrañar las situaciones en las que cada parte deberá o no soportar una

⁹⁵ Betti, E. (1969), *Teoría general de las obligaciones, Tomo I*, de los Mozos, J.L. (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado, p. 172.

⁹⁶ *Ibíd.*, pp. 172-182.

⁹⁷ *Ibíd.* p. 189.

⁹⁸ Además de la asunción del riesgo, Betti plantea otros escenarios de distintos tipos de obligaciones, y propone una solución para cada una de ellas. No obstante lo anterior, para el contrato de *Joint Venture* resulta aplicable la asunción del riesgo, puesto que los otros supuestos de hechos planteados por el doctrinante no cobijan el contrato que aquí estudiamos, puesto que se refiere, entre otros, a los contratos en los que hay transferencia de derechos reales.

pérdida, y liberar al deudor del crédito que este último, en principio, debería por cuenta de la no ejecución de la prestación.^{99, 100}

Messineo por su parte, citado por Betti para criticar su posición simplista, planteó una solución al problema afirmando que, sobrevenida la imposibilidad, el deudor quedaba liberado de su cumplimiento, y correspondía al acreedor perder su crédito.¹⁰¹

Para el profesor Ospina Fernández, la teoría de los riesgos consiste en la siguiente situación: *“producida la extinción [de la obligación] por imposibilidad de ejecución no imputable al deudor, ¿el detrimento económico que ella envuelve debe sufrirlo el acreedor o el deudor?”*¹⁰² Su solución propuesta la constituye una teoría ecléctica entre las propuesta de Betti y Messineo, en el sentido de proponer que es el acreedor quien corre el riesgo de la pérdida patrimonial devenida la imposibilidad de la ejecución no imputable al deudor, por cuanto fue este quien, por virtud además de nuestro ordenamiento jurídico, asumió tal riesgo.¹⁰³

En ese mismo sentido se pronunciaban Carlos Gómez Vásquez y Andrés Felipe Aguilar Aguirre, siguiendo la tesis del Doctor Fernando Hinestrosa, cuando afirmaban, haciendo alguna salvedad, lo siguiente:

“[T]oda prestación está entonces sometida a un riesgo de inejecución no imputable al deudor, que determinará la extinción de la relación obligatoria

⁹⁹ Betti, *op. cit.*, p. 184

¹⁰⁰ Advierte Betti que, no obstante una de las consecuencias de la teoría del riesgo bajo su solución es la liberación del deudor, este fenómeno no es el que constituye el problema en la teoría del riesgo contractual.

¹⁰¹ Messineo, F. (1954), *Manuale di diritto civile e commercial, Tomo II, Ed. 8*, ref. en Betti, *op. cit.* pp. 175-176.

¹⁰² Ospina, G. (1984), *Régimen general de las obligaciones, Ed. 4ª*, Bogotá, Temis, p. 492.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 497-499.

(...) con un efecto devastador para el interés del acreedor: no podrá obtener ni la prestación específica (hecha imposible) ni la prestación (convertida en) genérica ni mucho menos la indemnización del daño sufrido (...)”¹⁰⁴

No obstante lo anterior, los citados autores respaldan la propuesta de Betti, que también de Pothier, en el punto de la asunción de riesgos, tema este que ya se tocó líneas atrás, y que se resume de la siguiente manera, en los términos propuestos por Abeliuk¹⁰⁵:

- i)* O el deudor —para nuestro caso, uno cualquiera de los *venturers* o incluso el tercero acreedor— asume contractualmente el riesgo (en cuyo caso se denominará *res perit débitori*), y por tanto debe soportar la pérdida que sufre como resultado de la imposibilidad de ejecutar la prestación, sin poder exigir la contraprestación al otro contratante o al tercero acreedor, según corresponda.
- ii)* O el acreedor —para nuestro caso, uno cualquiera de los *venturers* o el tercero contratante— asume contractualmente el riesgo (en cuyo caso se denominará *res perit creditor*), y deberá cumplir su prestación, no obstante la contraprestación se haya tornado incumplible, o, de haber ya ejecutado su prestación, no podrá reclamar nada al respecto.
- iii)* O en la una o en la otra relación jurídica callan los contratantes, en cuyo caso prima la regla general según la cual el riesgo lo asume el acreedor, salvo que el deudor esté en mora.

¹⁰⁴ Gómez, C. y Aguilar A.F., *op. cit.* p. 25.

¹⁰⁵ Abeliuk Manasevich, René. (1993), *Las obligaciones, Tomo II*, 4ª ed., Bogotá, Temis, p. 1052, citado en Gómez, C. y Aguilar A.F., *op. cit.* p. 37; *vid.* JOSSERAND, Louis. (1993), *Derecho Civil. Tomo II, Vol. I, Teoría general de las obligaciones*. Cunchillos y Manterola, S. (trad.), Buenos Aires, Jurídicas Europa-América, p. 255, citado en Gómez, C. y Aguilar A.F., *op. cit.* pp. 36-37.

Habiendo hecho una sucinta relación de algunas de las propuestas conceptuales al problema de la teoría del riesgo contractual, resulta necesario aterrizarlas al contrato que aquí nos ocupa: el *Joint Venture*.

4.2.- LA TEORÍA DEL RIESGO CONTRACTUAL EN EL *JOINT VENTURE*

Recordemos cómo había mencionado ya que cada uno de los *venturers* asume, por virtud del contrato, su propio riesgo, y no comparte el de los demás *venturers*, lo que, hasta ahora, significaba que cada uno debe asumir su propia pérdida, en caso de tenerla; y en otro escenario, que cada uno puede reportar una utilidad o pérdida individual, distinta, siempre teniendo en cuenta que hablamos de una distribución de ingresos, que no de utilidades. Pues bien, abordaremos ahora el riesgo en el sentido de analizar los efectos del incumplimiento contractual de los *venturers* entre ellos y frente a terceros.

Esta monografía jurídica se enfoca en descubrir y describir la teoría del riesgo *inter partes* como elemento diferenciador del contrato de *Joint Venture*, lo cual consiste, básicamente, en el análisis del particular régimen de riesgo que este contrato ofrece para cada uno de los *venturers*; y, por otra parte, para ponerlo a modo de pregunta: *¿qué pasa cuando hay un incumplimiento no culpable por parte de uno de los venturers que imposibilita el éxito en el cumplimiento del objeto contractual en el Joint Venture?*

En desarrollo de los anteriores capítulos, hemos logrado llegar a este punto con unos elementos básicos, tratados, que dan cuenta del fundamento jurídico de este planteamiento, a saber:

- **Es un contrato aleatorio**
- **Es un contrato de colaboración, y no de asociación**
- **Carece de personería jurídica**
- **No hay aportes, sino contribuciones**
- **No crea un fondo común**
- **No existen utilidades o pérdidas atribuibles al negocio común, y dichos conceptos son inaplicables para efectos de este contrato**
- **Hay distribución de ingresos**
- **Tiene un elemento de *adventure* o aventura**
- **Existe un riesgo propio e independiente para cada uno de los contratantes**
- **Genera efectos relativos frente a terceros**

Es la aplicación de estos elementos, en concreto, la que permite el desentrañamiento del régimen del riesgo dentro del contrato de *Joint Venture*, así como los efectos del contrato de frente a terceros, y la responsabilidad de los *venturers* frente a estos.

4.3.- LA RESPONSABILIDAD *INTER PARTES*

El origen histórico de este contrato —en lo que se refiere al *Common Law* y la función de los *gentlemen-adventurers* en la formación del imperio británico—, da cuenta de la función económica del mismo y las razones de su creación, especialmente en cuanto a la inexistencia de la asociación y consecuentemente al manejo del riesgo entre los *venturers* se refiere y la presencia del elemento de aventura en el negocio.

Pues bien, lo que distinguía el *Joint Venture* de otros contratos en el temprano Imperio Británico —y aún tiene que hacerlo—, es el elemento de *adventure* o aventura, que

era, en realidad, el nombre inicial del contrato: *Joint Adventure*. Y esto consiste básicamente en que, para los *venturers*, el negocio común —o la empresa *ad hoc* si se quiere— que es objeto del contrato de *Joint Venture*, es una aventura para cada uno de ellos individual e independientemente considerado, *i.e.*, que cada uno de ellos asumirá el riesgo que le es propio, sin asumir el de los demás, pero que podrá resultar exitoso o no, y, en este último caso, cada quien deberá asumir su propia pérdida.

La distribución del riesgo a la que se refiere la función económica de este contrato implica que cada uno de los *venturers* asume su propio riesgo, más no el de los demás, a diferencia de los contratos asociativos, como el de sociedad en el que el riesgo es el mismo para todos.

Y es que el hecho de asumir el riesgo propio no significa otra cosa sino la de no asumir los riesgos de los demás *venturers*. Precisamente como lo afirmaba en la introducción, los empresarios acuden a esta figura con el fin de no asumir riesgos que no les son propios o que superan sus capacidades o su voluntad. Mediante el contrato de sociedad, a manera de ejemplo, al asociarse con otras personas, los socios estarían asumiendo un riesgo conjunto; pero en el *Joint Venture*, los *venturers* tienen la posibilidad de emprender una empresa sin tener que asumir los riesgos que le pertenecen o le corresponden a otra u otras de las partes del contrato.

Técnicamente, entonces, el ingreso, que es lo que se reparte, debe llegar a todos los *venturers* en la proporción convenida, constituyendo el riesgo asumido por cada uno de ellos el hecho de que ese ingreso no baste para cubrir sus costos y gastos, y además generarle utilidades.

Así las cosas, resulta entonces de vital importancia la delimitación de la responsabilidad de los riesgos y responsabilidades entre los *venturers*, y frente al tercero contratante con el fin de preservar el equilibrio contractual entre todos ellos, y específicamente con respecto a la distribución de los ingresos por virtud del contrato.

Por otra parte, frente a la imposibilidad de cumplimiento contractual, de manera no culpable, por parte de uno de los *venturers* que afecte el resultado de la empresa común, la aplicación de la teoría del riesgo viene a responder los siguientes cuestionamientos: ¿debe el *venturer* incumplido responder frente a los otros *venturers*, los cumplidos, por los ingresos que estos últimos dejaron de recibir por culpa de ese incumplimiento?, ¿debe el *venturer* incumplido responder frente a terceros, acreedores contratantes o no, perjudicados?, ¿deben los *venturers* cumplidos responder frente a terceros, acreedores contratantes o no, perjudicados?

Pues bien, en primer lugar, cada uno de los *venturers* asume su propio riesgo por virtud del contrato, en el sentido del elemento de *adventure* y el *alea* del contrato. En ese sentido, y atendiendo los elementos que aquí se han estudiado, será el acuerdo entre las partes el que regulará la distribución de los riesgos ante un eventual incumplimiento, culpable o no, y cuya reglamentación deberá fundamentarse, básicamente, en la importancia de la contribución de cada uno de los *venturers* con respecto al resultado final o al objeto del contrato.

De no haber acuerdo expreso entre las partes sobre el régimen de los riesgos, deberá acudir a la teoría general según la cual el incumplimiento contractual no culpable libera al deudor de su cumplimiento —siempre que esté cobijado por una causal eximente de responsabilidad— y en los términos señalados atrás. En ese sentido, si este incumplimiento

no culpable causare algún daño a los demás *venturers*, estos no podrán hacer responsable al *venturer* incumplido, puesto que cada uno asumió su riesgo propio.

Todo lo anterior encuentra su asidero jurídico en la teoría del riesgo del contrato de *Joint Venture*, lo que nos lleva a la siguiente conclusión relacionada con el riesgo entre las partes:

Cada *venturer* asume su propio riesgo dentro del contrato, y por virtud de ello, frente al incumplimiento no culpable por parte de otro *venturer*, no podrá demandar de él el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios toda vez que este último quedará liberado de su obligación de cumplir ante la imposibilidad jurídicamente justificada de la ejecución del objeto contractual.

4.4.- EFECTOS FRENTE A TERCEROS

Ya había adelantado en capítulos anteriores que el contrato de *Joint Venture* produce efectos relativos frente a terceros. Esto significa que, en tratándose de responsabilidad contractual, únicamente los *venturers* que contraten con terceros en ejecución del *Joint Venture* se verán obligados por esos negocios jurídicos y responderán por ellos; y de la misma manera, los terceros únicamente tendrán acción contra los *venturers* con quienes contrataron, más no contra el resto de contratantes, y mucho menos con el *Joint Venture* como tal, puesto que, como he repetido, este contrato no crea una nueva persona jurídica distinta a sus contratantes individualmente considerados. Esto, sin embargo, no obsta para que el *Joint Venture* como tal (esto es, como figura contractual) conforme una sola parte deudora integrada por la totalidad de sus *venturers*, tal como sucede, en cierta medida, en las uniones temporales y los consorcios, para contratar con terceros acreedores, pero sin

que pueda existir solidaridad entre ellos, so pena de que el *Joint Venture* degenere en alguna de estas dos figuras.

De contratar todos los *venturers* como contratante pasivo, resultará vital entonces que en el texto contractual se regule muy especialmente el riesgo y la responsabilidad de cada una de las partes deudoras, i.e., los *venturers*, frente al tercero acreedor contratante.

En el escenario de la responsabilidad contractual, solo el *venturer* que hubiere contratado con el tercero contratante será deudor de frente a aquel, y en tal sentido, el único responsable de su incumplimiento. Así pues, el tercero contratante no tendrá acción contra los demás *venturers*, salvo que hubiere sido la figura como tal —el *Joint Venture* integrado— la que hubiere contratado, de manera plurilateral, con ese acreedor, en cuyo caso este tendrá acción contra los *venturers* que hubieren incumplido el contrato, en lo que les corresponda, y que no se encuentren cobijados por una causal de ausencia de responsabilidad.

Ahora bien, con respecto a la responsabilidad extracontractual, la regla se aplica en un solo sentido: únicamente el *venturer* que en desarrollo o ejecución del *Joint Venture* cause un daño a un tercero no contratante, será responsable frente a este último, y ese tercero solo tendrá acción en contra de ese *venturer* que le causó el daño, pero nunca contra los demás.

Lo anterior encuentra su explicación en el hecho que el contrato tiene efectos relativos frente a terceros, en palabras del doctor Arrubla Paucar, así: “*el contrato tendría efectos relativos y solamente estaría respondiendo frente al tercero, quien se manifieste*

contratando con él."¹⁰⁶

Esto trae importantes implicaciones que, entre otras, ya han sido anotadas en esta monografía jurídica, pero que aquí señalamos nuevamente, puesto que estas son elementos diferenciadores entre los contratos con los que usualmente las personas asocian, equiparan o confunden con el *Joint Venture*:

- La declaración de nulidad del contrato de *Joint Venture* no afecta a terceros, sino únicamente a los *venturers* entre ellos.
- Los *venturers* entre sí deben tener cláusulas de ajuste, de liberación y de reemplazo, precisamente para garantizar entre ellos que el contrato se cumpla frente a terceros.
- Los negocios jurídicos que nazcan del desarrollo del *Joint Venture* tiene su fuente en contratos celebrados por cada uno de los *venturers*, independiente e individualmente considerados, por la carencia de personalidad jurídica que tiene el contrato, todo lo cual implica la falta de capacidad para contratar.
- Todo contrato celebrado por cada uno de los *venturers* con un tercero, únicamente tendrá efectos entre ellos dos, y en nada afectará el contrato de *Joint Venture*. Así pues, sólo aquel *venturer* que contrate con un tercero adquirirá los derechos y contraerá las obligaciones propias del contrato particular celebrado con este último.
- Los contratos celebrados por los *venturers* con terceros no se ven afectados de ninguna manera por el contrato de *Joint Venture*. En el mismo sentido, la suerte del

¹⁰⁶ Arrubla, *op. cit.*, p. 285.

contrato de *Joint Venture* no afecta las relaciones jurídicas que los *venturers* contraigan con terceros.

- No existe responsabilidad solidaria e ilimitada de los *venturers* frente a terceros con los que se haya contratado en ejecución del contrato.
- Hay que lograr impedir que, cuando un *venturer* descubra que el contrato no le ha de ser rentable, simplemente se retire del negocio con perjuicio para los terceros y para los demás *venturers*.

Al igual que para la relación entre los *venturers*, resulta de suma importancia regular de manera clara, completa y precisa la relación entre estos y los terceros contratantes.

Sin embargo, hay muchas teorías existentes al respecto. Así pues, en el derecho comparado sobre *Joint Venture* han nacido cantidades de tesis sobre regímenes de responsabilidad frente a terceros muy distintos los unos de los otros, al igual que lo han hecho en relación al derecho de dominio con respecto a los aportes o contribuciones, alrededor de este tema en particular.

En primer lugar, con respecto a la responsabilidad de los *venturers* frente a los terceros, al tratarse de un contrato atípico, no existe una única teoría al respecto. Por ejemplo, el profesor Jaime Arrubla ha afirmado que cada uno de los contratantes responderá por los contratos que en desarrollo del contrato haya celebrado puesto que solo genera efectos relativos frente a estos; pero a su vez, afirma que, por analogía, debería aplicarse lo relativo a la sociedad mercantil de hecho o a las cuentas en participación, *i.e.*,

una responsabilidad solidaria entre todos los *venturers* con respecto a los terceros con los que se contrate en desarrollo y ejecución del *Joint Venture*.¹⁰⁷

En segundo lugar, en Estados Unidos se aplica un régimen muy particular del derecho de propiedad sobre las contribuciones de los *venturers* a la ejecución del contrato. No obstante ninguno de ellos pierde el dominio sobre dichas contribuciones, los terceros que contraten con los *venturers* en desarrollo de este contrato, podrán perseguir dichos bienes —sean de quien fueren— siempre que hayan sido contribuidos a la ejecución del *Joint Venture*. Del mismo modo, ningún acreedor personal del *venturer* —que fuera acreedor por motivos ajenos al *Joint Venture*— podrá perseguir los bienes contribuidos al *Joint Venture* por *venturer* de quien es acreedor.¹⁰⁸

Es por esto mismo que deberán ser las mismas partes —*venturers* y terceros— quienes deberán pactar, de manera precisa y delimitada, el alcance de las obligaciones de cada uno entre ellos y frente a los demás, y sus regímenes de culpa, responsabilidad y riesgos.

Esto permitirá que, en los casos señalados, se preserve el equilibrio del contrato frente a los riesgos asumidos por cada uno, y la distribución de los ingresos entre los *venturers* resulte equilibrada con respecto a las contribuciones de cada uno al objeto contractual.

¹⁰⁷ Arrubla, *op. cit.*, p. 288.

¹⁰⁸ Arrubla, *op. cit.*, p. 287 y ss. *vid.*, Le Pera, *op. cit.*

4.5.- FUNDAMENTO LEGAL EN COLOMBIA:

Las distintas tesis sobre la teoría del riesgo que líneas atrás hemos expuesto de los distintos importantes doctrinantes citados, tienen, todas, su fundamento jurídico en nuestra misma legislación.

A lo largo de nuestros distintos cuerpos normativos encontramos normas que regulan los riesgos y las responsabilidades entre las partes y frente a terceros para cada uno de los contratos típicos¹⁰⁹, y es del análisis e interpretación de aquellas que, extrapolando lo ya considerado a la aplicación de esas tesis y normas, integradas todas, hemos podido concluir que los efectos práctico-jurídicos, en tratándose de la teoría del riesgo en el contrato de *Joint Venture*, pueden concretarse de la siguiente manera:

4.5.1.- FRENTE AL INCUMPLIMIENTO NO CULPABLE:

En primer lugar, (y esto aplica para todos los escenarios que en esta monografía se tratan, como principio de derecho) para analizar la asunción de riesgos de cada una de las partes —incluyendo la de los terceros acreedores contratantes— será necesario acudir, *prima facie*, al texto del contrato celebrado entre las partes, y sólo de manera subsidiaria se deberá acudir a la aplicación analógica de las normas que regulen negocios similares. Sin embargo, y es de lo que se trata este trabajo, el texto del contrato debería plasmar de una u otra forma la teoría del riesgo que aquí exponemos:

Dado el caso del incumplimiento no culpable (*v.gr.* la existencia de una causal eximente de responsabilidad) por parte de un *venturer*, los demás *venturers* no podrán

¹⁰⁹ *vid. et. al. arts.* 1607, 1729-1734, 1736-1737, 1739, 1876, 1877, 2254 del Código Civil; y, los arts. 865, 929-930, 986, 991-992, 998, 1003, 1030, 1171, 1196, 1292-1294, y 1378 del Código de Comercio.

demandar el cumplimiento de su obligación o la indemnización de los perjuicios causados, de existirlos, por cuanto cada uno asumió su propio riesgo de manera independiente.

Ahora, si por causa del incumplimiento no culpable de uno de los *venturers* los demás *venturers* resultaren incumplidos frente a un tercero acreedor, este tercero acreedor no podrá exigir el cumplimiento o la indemnización de perjuicios al *venturer* cobijado por la causal eximente de responsabilidad. Sin embargo, el tercero acreedor sí podrá reclamar a los demás *venturers*, quienes, por su parte, no podrán repetir contra el *venturer* que sin culpa incumplió, salvo que la obligación de aquellos dependiera necesariamente del cumplimiento por parte de esta último.

Esto es lo que se desprende de lo dispuesto en el artículo 865 del Código de Comercio, que reza:

“ARTÍCULO 865. <NEGOCIOS JURÍDICOS PLURILATERALES>. En los negocios jurídicos plurilaterales, el incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no sea posible alcanzar el fin propuesto.”

Según se desprende de esta norma, si uno de los *venturers* incumpliere su obligación frente a un tercero acreedor contratante, y las obligaciones de los demás *venturers* dependieran de la obligación del *venturer* incumplido —pero cobijado por una causal de las que eximen de responsabilidad—, pues el tercero acreedor contratante no podría demandar el cumplimiento de la obligación o la indemnización de los perjuicios causados, y todos los *venturers* quedarían entonces liberados. En este caso, el riesgo, como se ve, es del tercero

acreedor contratante. Ahora bien, si las obligaciones de los demás *venturers* no dependieren del cumplimiento de la obligación del *venturer* incumplido, ese tercero acreedor sí podrá exigir el cumplimiento o la indemnización de perjuicios a los demás *venturers*, siempre que aquellos no tengan una justificación jurídica que los eximiere de su responsabilidad.

Ahora bien, entre ellos, los *venturers* cumplidos podrán exigir a los incumplidos la ejecución de las obligaciones que a cada uno le correspondan, y la eventual indemnización por los perjuicios causados por los incumplimientos respectivos, salvo que el *venturer*, o los *venturers* incumplidos, se encuentren cobijados por alguna causal eximente de responsabilidad, caso en el cual quedará liberado de sus obligaciones.

Un mayor análisis merece esto anterior a la luz de las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado, independientemente consideradas.

4.5.1.1.- OBLIGACIONES DE MEDIO:

“Dícese que la obligación es de medios cuando el deudor solamente ha de poner estos con la diligencia requerida para el logro de un resultado cuya realización el no garantiza. Tal es la del médico que debe cuidar a su paciente sin que tenga que responder de la curación de éste, y la del abogado que se encarga de un pleito que fracasa para su cliente, pese al escrupuloso manejo del litigio por aquel.”¹¹⁰ (El resaltado es propio).

La teoría del riesgo aplicada en las obligaciones de medio comporta una interpretación tal vez más simple, si se quiere, en tratándose del *Joint Venture*. Como

¹¹⁰ Ospina, G. (1976), *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, Temis, p. 127.

quiera que ese tipo de obligaciones, al consistir únicamente en que el deudor disponga de toda la diligencia requerida para acometer el negocio, el resultado no hace parte de la obligación.

Así las cosas, el incumplimiento no culpable por parte de alguno de los *venturers*, y siempre que haya sido lo suficientemente diligente y hubiere empleado todos los medios disponibles para cumplir, lo liberará de todos modos. Sin embargo, para los demás *venturers* que no se encontraren cubiertos por alguna causal que los eximiera de responsabilidad, el hecho de también emplear todos los medios de la manera más diligente para lograr el objeto del contrato, se entenderá como cumplimiento contractual —logrando o no el resultado pretendido—, y por tanto esto último en nada afectará su responsabilidad. Esto es, en otras palabras, que el riesgo es del acreedor contratante.

4.5.1.2.- OBLIGACIONES DE RESULTADO:

“La obligación es de resultado cuando la obtención de este queda incluida en el objeto de aquella. Así, pertenece a esta categoría la que tiene el arrendatario de restituir la cosa arrendada al vencimiento del término del contrato.”¹¹¹ (El resaltado es propio).

El tratamiento de la teoría del riesgo en las obligaciones de resultado cambia, por cuanto, a diferencia de las obligaciones de medio, la diligencia de los contratantes no es suficiente, y es el resultado final el que realmente constituye la obligación.

¹¹¹ *Ibíd.*

Volvemos en este punto a la aplicación del artículo 865 del Código de Comercio precitado:

- Si la obligación de los demás *venturers* dependía necesariamente del cumplimiento del *venturer* incumplido —pero cobijado por causal eximente de responsabilidad—, todos se liberarán de su cumplimiento frente al tercero acreedor contratante, siempre que exista una causal de las que eximen de responsabilidad a los contratantes, caso en el cual, según corresponda, el contrato terminará o se resolverá.

Sea cual fuere la manera de terminación del contrato, ninguno de los *venturers* podrá demandar a los demás, por virtud de la independencia de riesgos.

- Si, en cambio, la obligación de los demás *venturers* no dependiera necesariamente del cumplimiento del *venturer* incumplido —pero cobijado por causal eximente de responsabilidad—, cada uno deberá cumplir a cabalidad con sus obligaciones. Así mismo, ninguno de ellos, ni el tercero acreedor contratante, podrán exigir el cumplimiento o la indemnización de perjuicios al *venturer* incumplido, por cuanto su incumplimiento no genera responsabilidad al encontrarse en presencia de una causal eximente de responsabilidad.

4.5.2.- INCUMPLIMIENTO CULPABLE:

Si uno de los *venturers* incumple el contrato sin que medie una causal eximente de responsabilidad (*v.gr.* por su culpa o dolo), cada uno de los demás contratantes —ya bien sean *venturers* o terceros acreedores del *joint venture* como tal—, podrán exigir el cumplimiento de la obligación o la indemnización de perjuicios contra ese *venturer* incumplido que no se encuentra cobijado por alguna causal eximente de responsabilidad.

Y es que el hecho de que cada una de las partes del contrato de *Joint Venture* asuma su propio riesgo, de ninguna manera puede significar que se consienta o premie el dolo, la negligencia o la mala fe de sus contratantes. Los artículos 1731 y 1876 del Código Civil regulan casos análogos a aquel que aquí se expone, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1731. <PERDIDA POR CULPA DEL DEUDOR O DURANTE LA MORA>. Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varia de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor. (...)”

“ARTICULO 1876. <RIESGOS EN LA VENTA DE CUERPO CIERTO>. La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse al contrato, aunque no se haya entregado la cosa; salvo que se venda bajo condición suspensiva y que se cumpla la condición, pues entonces, pereciendo totalmente la especie mientras pende la condición, la pérdida será del vendedor, y la mejora o deterioro pertenecerá al comprador.”

Estas distintas situaciones de distribución de riesgos y responsabilidades previstas en nuestro ordenamiento jurídico —puntualmente todo aquello dispuesto en el Código Civil y el Código de Comercio— para cada uno de los contratos típicos ahí regulados, dan cuenta de la aplicación y formulación de las tesis propuestas y que aquí se han expuesto.

Si bien no podemos caer en tratamientos casuísticos, sí observamos en los artículos citados y en aquellos referenciados la vértebra neurálgica de esas tesis, que, para el contrato de *Joint Venture*, encuentran la aplicación que ya se ha mencionado.

Así pues, habiendo explicado lo anterior, en el Anexo de Casos de este trabajo se encuentra una serie de negocios hipotéticos, a título ilustrativo, en los que se ha usado el contrato, en donde se puede apreciar claramente la aplicación contractual de los elementos arriba enunciados.

4.6.- EFECTOS DE LA TEORÍA DEL RIESGO ENTRE LOS VENTURERS Y LOS TERCEROS CONTRATANTES

En la ejecución del contrato de *Joint Venture* pueden darse diversas situaciones de incumplimiento justificado que afecten sólo a uno o a algunos de los *venturers* de manera parcial o total, así como algunas que afecten a terceros contratantes o no contratantes¹¹², en los siguientes escenarios probables, y es por ello que el acuerdo de voluntades entre los involucrados en el contrato debe ser preciso, claro y completo:

4.6.1.- OBLIGACIONES DE MEDIO:

En tratándose de obligaciones de medio, los siguientes escenarios probables de incumplimiento justificado pueden tener la siguiente aproximación en cuanto a los efectos entre las partes involucradas en el contrato de *Joint Venture*:

4.6.1.1.- ENTRE LOS VENTURERS:

Cuando los *venturers* tienen a su cargo obligaciones de medio frente a terceros contratantes, podrán demandarse, entre ellos, el cumplimiento de sus obligaciones frente al tercero —las obligaciones de actuar con la diligencia requerida para la ejecución del

¹¹² La responsabilidad que puedan o no tener los *venturers* frente a terceros no contratantes constituye un tema que compete a la responsabilidad civil extracontractual, la cual, por el alcance de esta monografía, no puede ser aquí tratado.

contrato y el logro del cumplimiento del objeto— así como los perjuicios que la negligencia de alguno de ellos pudiere causar a los demás.

Habiendo todos actuado diligentemente, y habiendo percibido efectivamente los ingresos por su cumplimiento, esos ingresos deberán repartirse de acuerdo a lo convenido en el contrato. Esta distribución de ingresos, insisto, deberá pactarse desde la celebración del contrato tomando en consideración, en alguna medida, la importancia de la colaboración con que cada uno de los *venturers* contribuirá para el logro del cumplimiento del objeto contractual.

En ese sentido, para obligaciones de medio, el tercero acreedor deberá, efectivamente, pagar a los *venturers* según lo convenido y según la diligencia y esfuerzo de aquellos para la ejecución del contrato y la consecución del resultado, ya bien sea que se hubiere logrado o no.

4.6.1.2.- FRENTE A TERCEROS CONTRATANTES:

La diligencia debida de los *venturers*, de acuerdo a lo pactado en el contrato, les permitirá a estos reclamar del tercero contratante ya bien sea el cumplimiento de las obligaciones de este último, o la indemnización de perjuicios, siempre que las obligaciones de aquellos sean de medio, y no de resultado.

4.6.2.- OBLIGACIONES DE RESULTADO:

En tratándose de obligaciones de resultado, surgen entonces las siguientes posibilidades de desarrollo del contrato de *Joint Venture*:

4.6.2.1.- Contratos de resultado único:

A) Incumplimiento justificado por el tercero contratante: Cuando, por una causal eximente de responsabilidad, el tercero contratante incumpla el contrato celebrado con los *venturers*, ni el tercero contratante deberá pagar el ingreso ofrecido a los *venturers* ni cada uno de estos últimos podrá reclamar del otro o de los otros, indemnización o cumplimiento alguno, con independencia de que algunos de ellos ya hubieren cumplido con sus respectivas obligaciones orientadas al cumplimiento del resultado contratado.

En este aspecto, entonces, las estipulaciones de los contratos, con el tercero y entre los *venturers*, deben ser precisas para asegurar, equilibradamente, que el daño proveniente de un incumplimiento justificado del tercero contratante permita al menos algunos pagos parciales, por la parte del resultado ejecutada, y que ese ingreso se reparta entre los *venturers* que hayan participado en ese resultado para disminuir su pérdida, diferenciando en ella el daño emergente y el lucro cesante.

- **Efectos entre los *venturers*:** Entre ellos, en la medida que la falta de ingreso que repartir no está en relación de causa-efecto con el comportamiento de ninguno de los *venturers*, así alguno hubiere tenido un comportamiento negligente, tampoco habrá acción para reclamar entre ellos.
- **Efectos frente a terceros contratantes:** Cuando el tercero tiene justificación para no cumplir, los *venturers* no tienen posibilidad de reclamo frente a aquel.

Ahora, el tercero contratante, en calidad de deudor eventual en el contrato, como quiera que se encuentra cobijado por una causal eximente de responsabilidad, quedará liberado de su obligación y ninguno de los *venturers* podrá demandar de él el cumplimiento o la indemnización de perjuicios, hubieren o no cumplido ya los *venturers* con sus respectivas obligaciones. El riesgo, en este caso, es de los *venturers* por razón de su condición de acreedores.

B) Incumplimiento parcial justificado por el tercero contratante: En este caso, el tercero tiene justificación para no cumplir, pero solo parcialmente. Esta situación se presenta cuando, aun tratándose de un resultado único, se han acordado pagos por etapas o ejecuciones del objeto único.

- **Efectos frente a terceros contratantes:** Al tercero no podrá exigírsele que pague el saldo del precio que no hubiere pagado, cuando se presentó la causal de justificación para no cumplir; pero tampoco tendrá ese tercero acción para pedir la restitución de lo efectivamente pagado a los *venturers*.
- **Efectos entre los *Venturers*:** Entre los *venturers*, entonces, se presentan diversas posibilidades, a saber:
 - **Todos han cumplido aquello a lo que se comprometieron.** El ingreso entonces se distribuye entre ellos de acuerdo a las proporciones pactadas en el contrato.
 - **Solo algunos han cumplido aquello a lo que se comprometieron,** en cuyo caso se presentan nuevamente varias posibilidades:

- Que el que no haya cumplido aquello a lo que estaba obligado lo haya hecho por su culpa o dolo, en cuyo caso no tendrá derecho a ninguna parte del ingreso si fue por sus actos que alguna parte del precio no se pagó; o, como en el caso anterior, conservará su derecho a la parte del precio, así haya incumplido, porque la causa del daño de los demás *venturers* no tiene relación de causa-efecto con su incumplimiento; o,
- Que, el que no haya cumplido aquello a lo que estaba obligado, no hubiere llegado a la instancia de cumplir, en cuyo caso también deberá participar de los ingresos, toda vez que su incumplimiento no causó la disminución del pago del precio.

C) Incumplimiento no culpable por parte de un *venturer*: Cuando el incumplido sea uno de los *venturers*, y no el tercero contratante, ese *venturer* incumplido quedará eximido del cumplimiento de su obligación y de la indemnización de perjuicios frente a los demás *venturers*, siempre que se encuentre cobijado por una causal eximente de responsabilidad.

- **Efectos entre los *Venturers*:** En este caso, los demás *venturers* deberán cumplir con sus respectivas obligaciones frente al tercero, salvo que su cumplimiento dependiera de la obligación insatisfecha, en cuyo caso también quedarán liberados del cumplimiento.

Con respecto a los ingresos percibidos, el *venturer* incumplido deberá participar de la distribución en la proporción convenida, por cuanto su

incumplimiento se encuentra justificado por una causal eximente de responsabilidad.

Así las cosas, y buscando precisamente el equilibrio y la claridad en el alcance de las obligaciones de cada uno —obligación de pago por parte del tercero y las respectivas obligaciones a cargo de cada uno de los *venturers*—, deberá pactarse desde un principio en el contrato que la distribución de ingresos se hará de manera proporcional a la participación, colaboración y contribución al resultado final del objeto contractual, más aún si los demás *venturers* cumplieron con la obligación que el *venturer* justificadamente incumplido no ejecutó; o incluso, cuando los ingresos se hubieren visto disminuidos por la falta de cumplimiento de esa obligación puntual.

Con respecto al cumplimiento de la obligación incumplida por los demás *venturers*, ello deberá regularse mediante cláusulas de reemplazo, en las cuales el *venturer* que reemplace al incumplido en la ejecución, se subrogará con respecto de aquel en la distribución de ingresos.

Y con respecto a la disminución de ingresos por virtud del incumplimiento, aunque no culpable, será el *venturer* incumplido quien, al haber asumido su propio riesgo, deberá soportar la no percepción de ingresos del contrato, sin afectar los ingresos de los demás, todo lo cual deberá quedar pactado en el contrato celebrado con el tercero contratante.

- **Efectos frente a terceros contratantes:** En este caso, los demás *venturers* deberán cumplir con sus respectivas obligaciones frente al tercero, salvo que su cumplimiento dependiera de la obligación insatisfecha, en cuyo caso también quedarán liberados del cumplimiento.

Por su parte, el *venturer* incumplido, pero cobijado por una causal eximente de responsabilidad, quedará liberado del cumplimiento de su obligación y de la indemnización de perjuicios frente al tercero acreedor.

Ahora, si el cumplimiento de la obligación de los demás *venturers* no dependía de la obligación insatisfecha, estos, evidentemente, tendrán que cumplir con sus respectivas obligaciones frente al tercero, y este último conservará su derecho de poder exigir a esos otros *venturers* el cumplimiento de sus obligaciones, o la eventual indemnización de perjuicios dado algún incumplimiento. En este caso, sin embargo, sostenemos que el tercero acreedor, por tratarse de una obligación con un único resultado, deberá pagar la totalidad de lo pactado.

4.6.2.2.- Contratos de resultado por etapas:

A) Incumplimiento justificado por el tercero contratante: Particularmente para los contratos que consisten en la entrega de resultados por etapas deviene aún más importante la necesidad de establecer contractualmente el alcance de las obligaciones y riesgos de cada una de las partes —terceros y *venturers*— con respecto a los pagos a medida que se entreguen las distintas etapas convenidas, aunque ya sean parciales.

Puesto de otra forma, habrá que pactar entre los *venturers* la distribución de ingresos considerando la participación de cada uno de ellos para cada etapa individualmente separada, tal forma que el impago —o incumplimiento— no culpable por parte del tercero contratante no implique, o que ninguno recibirá ingresos, o que quien no colaboró para la etapa puntual, sí los tendrá.

Esto, desde luego, implica que con respecto al tercero contratante deberá pactarse la obligación de pagos parciales contra entrega de resultados parciales.

- **Efectos frente a terceros contratantes:** En este caso, el tercero contratante, al encontrarse en un incumplimiento no culpable por razón de una causal eximente de responsabilidad, quedará liberado frente a los *venturers* con respecto de las etapas en el que el cumplimiento hubiere devenido como imposible. Así, las etapas contractuales que se hubieren ejecutado deberán ser efectivamente pagadas. En consecuencia, los *venturers* conservarán sus derechos relacionados con las etapas culminadas, mas no con aquellas etapas cuyo cumplimiento resultó imposible por el incumplimiento no culpable del tercero contratante.
- **Efectos entre los *venturers*:** Al igual que en los casos anteriores, el incumplimiento por parte del tercero contratante amparado por una causal de las que eximen de responsabilidad, hará perder a los *venturers* las acciones entre estos mismos, y no podrán demandarse entre ellos el cumplimiento de sus obligaciones recíprocas ni la indemnización de perjuicios.

B) Incumplimiento justificado por un *venturer*: Cuando sea uno de los *venturers* cuyo incumplimiento con respecto a una de las etapas de ejecución pactadas en el contrato se encuentre justificado por una causal eximente de responsabilidad, aquel quedará liberado de su obligación de cumplimiento con respecto a esa etapa puntual, que no las demás, y se pueden presentar los siguientes posibles escenarios:

- **Efectos frente a terceros contratantes:** El *venturer* incumplido quedará liberado de su obligación de cumplir con respecto a la etapa que se encuentre cobijada por la causal eximente de responsabilidad. Sin embargo, con respecto a las demás etapas cuyo cumplimiento sea posible, el tercero conservará las acciones en contra del *venturer* en caso de que este llegare a incumplir con el objeto contractual.

- **Efectos entre los *venturers*:** Dado el incumplimiento no culpable por parte de un *venturer* que lo libere de su responsabilidad con respecto a cierta etapa contractual, los demás *venturers* no tendrán acción en contra de aquel incumplido en relación con las etapas en las que el incumplimiento se hubiese tornado imposible de manera no culpable. En este caso, de todas formas, los demás *venturers* que no se encuentren cobijados por la causal eximente de responsabilidad deberán cumplir, a cabalidad, con cada una de sus respectivas obligaciones.

Ahora bien, el incumplimiento frente al tercero contratante puede subsanarse, de alguna manera, pactando cláusulas de reemplazo en el

contrato celebrado con aquel. Estas cláusulas consisten básicamente en que, tornándose imposible el cumplimiento de una obligación por parte de alguno de los *venturers*, cualquiera o alguno de los demás *venturers* puedan cumplir las obligaciones adquiridas por aquel incumplido, subrogándose en la posición contractual con respecto a esa etapa.

En ese sentido, quien reemplace al *venturer* incumplido y cumpla la obligación de este, será quien recibirá los ingresos correspondientes a esa colaboración puntual.

Sin embargo, esto no aplica con respecto a las demás etapas en las que el *venturer* incumplido no esté amparado por la causal eximente de responsabilidad, ya que en aquellas deberá cumplir todas sus obligaciones.

4.6.2.3. Contratos de resultados vinculados:

A) Incumplimiento justificado por el tercero contratante: Se presenta cuando el cumplimiento por parte de los *venturers* dependiera del cumplimiento por parte del tercero acreedor contratante, y este tercero contratante no pudiere cumplir dicha obligación por una causa de aquellas que lo eximen de responsabilidad pues el contrato no podrá ejecutarse.

En este caso, contractualmente deberá entonces delimitarse de manera muy precisa qué obligaciones dependen del cumplimiento puntual por parte del tercero, y cuáles no, de tal manera que aquellas obligaciones que sean ejecutadas por los *venturers* y que no dependan del tercero, sean remuneradas en tal virtud signifiquen una percepción de ingresos para el *joint venture*.

- **Efectos entre los venturers:** Los *venturers* —en este caso con posición de acreedores— no tendrán acción alguna para demandar el cumplimiento o la indemnización de perjuicios, ni entre ellos, ni contra el tercero contratante incumplido.

- **Efectos frente a terceros contratantes:** Cuando el cumplimiento por parte de los *venturers* dependiera del cumplimiento por parte del tercero acreedor contratante, y este tercero contratante no pudiese cumplir dicha obligación por una causa de aquellas que lo eximen de responsabilidad, pues el contrato no podrá ejecutarse, y los *venturers* —en este caso con posición de acreedores— no tendrán acción alguna para demandar el cumplimiento o la indemnización de perjuicios a aquel tercero incumplido.

B) Incumplimiento justificado por un *venturer*: Si el cumplimiento de la obligación de los demás *venturers* dependía de la obligación insatisfecha, tanto el *venturer* amparado por la causal eximente de responsabilidad, como los demás *venturers*, quedarán liberados de sus obligaciones. El riesgo, en este caso, es del tercero acreedor.

Ahora bien, el tercero acreedor no tendrá que pagar a los *venturers* suma alguna, por cuanto el objeto del contrato no se satisfizo.

- **Efectos entre los venturers:** Los *venturers*, al quedar todos liberados del cumplimiento de sus obligaciones, no tendrán acciones los unos con respecto de los otros, por cuanto la causal eximente de responsabilidad que cobije a

uno de ellos, los eximirá a todos con respecto de las obligaciones dependientes y vinculadas.

- **Efectos frente a terceros contratantes:** Si el cumplimiento de la obligación de los demás *venturers* dependía de la obligación insatisfecha, tanto el *venturer* amparado por la causal eximente de responsabilidad, como los demás *venturers*, quedarán liberados de sus obligaciones. El riesgo, en este caso, es del tercero acreedor.

V. CONCLUSIONES

El *Joint Venture* es un contrato sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia tienen, todos, un punto en común, unánimemente, y es que no existe un concepto claro, y pacíficamente acertado del mismo.

Sin embargo, en el desarrollo de esta monografía jurídica, se acopió doctrina importante de muy autorizados tratadistas, así como alguna jurisprudencia que trataba el tema de la definición conceptual del *Joint Venture*, logrando así recopilar distintas teorías al respecto.

De esta reunión de teorías, logramos establecer unos puntos de suma importancia, que a continuación se resume, a manera de conclusión.

1.- El *Joint Venture* es un contrato colaborativo, y no asociativo:

a) Inexistencia de *animus societatis* y *affectio societatis*. Presencia del *animus cooperandi*: En este vehículo contractual no están presentes los elementos subjetivos de *animus societatis* y *affectio societatis* entre sus partes. En efecto, ninguno de sus *venturers* cuenta con la voluntad de asociarse o de asumir conjuntamente el riesgo que se deriva del contrato social.¹¹³ Por el contrario, los *venturers* comparten, subjetivamente, el *animus cooperandi*, esto es, la voluntad de colaborar entre sí, sin asociarse ni compartir el riesgo conjunto de la empresa común.

¹¹³ Reyes, *op. cit.* p.110.

b) Inexistencia de un fondo común. Inexistencia de aportes: En los contratos asociativos, existe un fondo común conformado por los aportes de los asociados. Estos aportes son realizados por los asociados, y consisten en la transferencia del derecho de propiedad que estos hacen, y que entran en el nuevo fondo común, distinto a sus propios patrimonios. En los contratos colaborativos, como el *Joint Venture*, no existen los aportes, puesto que no hay una transferencia del derecho de propiedad para la ejecución del negocio común, en el caso del *Joint Venture*, no: Nos referimos, en este caso, a contribuciones en la colaboración, toda vez que los colaboradores, o *venturers* para el caso que aquí se estudia, conservan el dominio y el control sobre cada una de sus contribuciones, sea cual fuere.

2.- Inexistencia de utilidades o pérdidas comunes en el *Joint Venture*.

Distribución de ingresos, y no de utilidades o pérdidas.

Al no existir un fondo común en el contrato, en los términos antes expuestos, no resulta técnico —ni posible— aplicar los conceptos de utilidad o pérdida en la acepción contable de los mismos, puesto que no hay una contabilidad única del proyecto precisamente por la inexistencia de aportes. La variación patrimonial que se presenta por virtud del negocio común no lo es a manera conjunta, sino que afecta por individual a cada uno de los *venturers*, que conservan su derecho de dominio y control sobre sus contribuciones. No existiendo utilidades o pérdidas comunes en el negocio, entonces resulta que son los ingresos provenientes de la explotación del negocio común los que se distribuyen entre los *venturers* de la manera en que se hubiere pactado.

Es esta distribución de ingresos la que implica que la utilidad o pérdida contable se predicará de cada uno de los *venturers* individualmente, y no de manera conjunta, y constituye el fundamento del elemento de *adventure*, que a continuación se trata.

3.- Asunción de un riesgo propio para cada uno de los *venturers*. Existencia del elemento *adventure* o aventura.

Este último elemento —el de *adventure* o aventura— resulta, además de diferenciador, de la reunión y combinación de todos los elementos y características explicadas en esta monografía jurídica, juntas en un mismo negocio jurídico; y sin él, no podríamos hablar de un *Joint Venture* como tal.

De la aplicación adecuada de este elemento de aventura se desprende la máxima eficiencia del contrato de *Joint Venture* y la idoneidad para sus contratantes, y es lo que lo diferencia de todos los demás contratos tradicionales —sociedad, sociedad mercantil de hecho, cuentas en participación, etc.—. En efecto, la base de la función económica del *Joint Venture* no es otra sino la distribución de riesgos entre sus contratantes, asumiendo cada uno su riesgo propio, sin asumir el del otro, para maximizar la eficiencia y la utilidad para cada uno de ellos, individualmente considerados, tras el reparto de ingresos de la empresa común.

En suma, la definición propuesta líneas atrás para el *Joint Venture* busca reunir todos los elementos diferenciadores que se han explicado en este trabajo, junto con la función económica del mismo, buscando aportar una mayor claridad conceptual de este contrato:

Es un contrato por virtud del cual dos o más personas denominadas *venturers* acuerdan colaborar entre sí, al desarrollo de una única empresa común *ad hoc* contribuyendo con dinero, trabajo, *know-how*, recursos o cualesquier otros bienes apreciables en dinero al resultado, sin crear un fondo común, ni una nueva persona jurídica y con el propósito de distribuir entre ellas los ingresos del negocio y no las utilidades de la empresa.

Los *venturers* asumen cada uno su propio riesgo manteniendo su independencia y autonomía ejerciendo control y dirección sobre su propia participación, contribución y colaboración en la empresa.

ANEXO DE CASOS

Los casos que a continuación se exponen, se presentan de manera ilustrativa y como ejemplo de aplicación de la teoría del riesgo en el *Joint Venture*, y deberán entenderse de una forma contractual y normativa general y amplia, sin perjuicio de las normas especiales que apliquen para cada uno de ellos.

PRIMER CASO: GENTLEMEN-ADVENTURERS (NAVEGACIÓN Y COLONIZACIÓN)

El señor ABC, un *gentlemen-adventurer* inglés, tiene conocimiento de que a una distancia importante del puerto de Southampton puede haber una isla desierta colonizable, y cree que tiene probabilidades de encontrarla. Sin embargo, no tiene los recursos económicos —dinero para alquilar el barco, pagar la tripulación, comprar los alimentos y provisiones, entre otros— ni humanos para llevar a cabo su aventura —no cuenta con la tripulación del barco ni con las personas necesarias para su expedición—.

En vista de lo anterior, acude donde el señor XYZ, quien es un reconocido navegante propietario de una gran embarcación y que además cuenta con una numerosa tripulación que serviría para su expedición, y le propone el siguiente negocio:

- ABC contribuye con todo su conocimiento para encontrar y colonizar la isla que dice saber cómo encontrar.

- XYZ contribuye con los recursos necesarios para realizar la expedición (pone al servicio de la aventura, de la empresa ad hoc el barco y su tripulación), sin importar cuál sea su costo total.
- ABC contribuye con £100 para pagar los alimentos del viaje.
- En caso de que encuentren la isla y logren colonizarla, ABC será propietario del 20% de la tierra que les corresponda como colonizadores; y XYZ será propietario del 80% restante.

Supongamos además que, después de realizada la expedición, esta tuvo un costo total para XYZ de £200.000.

En el negocio antes descrito se pueden presentar los siguientes eventos:

i) Que no encuentren la isla o que otros la hubieren colonizado antes:

En este caso, cada uno de los *venturers* —ABC y XYZ— asumirá sus propias pérdidas, esto es: ABC habrá perdido las £100 que aportó para la compra de alimentos; mientras que XYZ habrá perdido el tiempo durante el que usó su barco para una expedición infructuosa —representado en lucro cesante—, más el costo total de la expedición, que ascendió a £200.000 (conformada por los salarios que tuvo que pagar a su tripulación, y todos los recursos financieros que tuvo que invertir para llevar a cabo el viaje). XYZ no podrá reclamar a ABC los recursos invertidos para buscar la isla que no se encontró o que ya estaba colonizada.

ii) Por error del piloto, el barco encalla y otras personas colonizan la isla (incumplimiento culpable):

En este caso, dado que la responsabilidad de la dirección de la embarcación, junto con los actos de su tripulación, recaía sobre XYZ, pues un error del piloto —por el que aquel respondía— lo hace responsable a aquel frente al *venturer* ABC y frente a otros terceros con quienes hubiera contratado, dado el que caso en que dicho error los pudiera perjudicar.

Y es que la liberación del *venturer* incumplido sólo sucede cuando el incumplimiento es no culpable, puesto que la asunción de riesgo del *venturer* cumplido no puede cobijar la culpa de los demás *venturers*, porque de lo contrario se tornaría una situación jurídica y económicamente insostenible.

En consecuencia, ABC podrá efectivamente reclamar a XYZ los perjuicios que, por su culpa, causó al haber hecho imposible el cumplimiento del objeto contractual.

iii) Por un temporal, el barco cambia su dirección y encalla, y otras personas colonizan la isla (incumplimiento no culpable):

A diferencia del anterior caso, este trata de un incumplimiento no culpable por parte del *venturer* XYZ, a quien, como consecuencia única de las inclemencias del tiempo, se le imposibilitó llevar la nave a su destino final antes de que otras personas colonizaran la isla.

Así pues, ante el incumplimiento no culpable de XYZ, ABC no podrá hacerlo responsable, ni podrá reclamarle perjuicio alguno, puesto que este último asumió su propio riesgo.

En este ejemplo se puede destacar la aplicación de la teoría del riesgos en dos de los sentidos planteados: *i*) La imposibilidad de ejecución no atribuible a ninguno de los

venturers; *ii*) la imposibilidad de ejecución por incumplimiento culpable de uno de los *venturers*; y, *iii*) la imposibilidad de ejecución por incumplimiento no culpable de uno de los *venturers*. Todos ellos resueltos bajo la tesis del profesor Ospina Fernández, basada eclécticamente en las enseñanzas de Betti y Messineo, como se advirtió, en punto de la asunción del riesgo propio.

SEGUNDO CASO: EXPLORACIÓN, EXTRACCIÓN Y VENTA DE PETRÓLEO

Bien es conocido que la industria petrolera es un negocio complejo, de altísimos costos, de gran envergadura en cuanto a infraestructura de músculo financiero se refiere, y que además comporta un nivel de riesgo inusualmente alto, puesto que todo el negocio se desarrolla en un ambiente de incertidumbre que se crea desde la misma iniciación de la exploración de la tierra en búsqueda de petróleo.

Con estas consideraciones, la sociedad Exploraciones de Campo ABC S.A. ha realizado un estudio de sismología y una perforación de exploración en el campo denominado ‘Campo Petrolero’ y cree, con algún nivel de incertidumbre, que puede encontrar allí una reserva importante de petróleo.

Con esta información, acude a la sociedad Petróleos XYZ S.A. y le propone el siguiente negocio:

- Exploraciones de Campo ABC S.A. contribuye con la exploración en el campo denominado ‘Campo Petrolero’ hasta la realización de la perforación de exploración. Esta contribución, para efectos de este negocio, está calculado aproximadamente en el 45% de los costos totales del negocio¹¹⁴, incluyendo en ellos la explotación y producción por parte de la productora Petróleos XYZ S.A.

¹¹⁴ Con este dato —el porcentaje de la contribución total al negocio— y la comparación sobre el porcentaje de distribución de ingresos, busco mostrar cómo esa distribución no depende de la contribución al negocio, sino del riesgo propio del venturer.

- Petr6leos XYZ S.A. contribuir6 con: la construcci6n de infraestructura, la perforaci6n, la extracci6n, la producci6n, sus canales de venta, y todo el personal requerido para explotar econ6micamente el campo.
- En caso de encontrar reservas de petr6leo, Exploraciones de Campo ABC S.A. recibir6 el 20% del valor de venta de cada uno de los barriles que de all6 se extraigan, esto es, el 20% de la producci6n total de petr6leo en ese negocio espec6fico —no obstante su participaci6n inicial fue de cerca del 45%—.

Asumamos ahora que el costo total para Exploraciones de Campo S.A. fue de US\$45.000.000; y para Petr6leos XYZ S.A. fue de US\$50.000.000 en caso de que no haya producci6n, y US\$110.000.000 en caso de que s6 la haya. No sobra aclarar que la contribuci6n al *Joint Venture* no fue el dinero, sino la industria que cada uno de ellos forj6.

En el negocio antes descrito se pueden presentar los siguientes eventos:

***i.* Que el pozo est6 seco:**

En este caso, cada uno de los *venturers* — Exploraciones de Campo S.A. y Petr6leos XYZ S.A.— asumir6 sus propias p6rdidas, esto es: Exploraciones de Campo S.A. habr6 perdido los US\$45.000.000 que invirti6 para realizar los estudios de campo; y Petr6leos XYZ S.A. habr6 perdido los US\$50.000.000 que invirti6 en la construcci6n de la infraestructura, la perforaci6n, y dem6s.

***ii.* Que el pozo tenga reservas, pero que la producci6n no supere los US\$100.000.000:**

En este caso, Exploraciones de Campo S.A. recibiría US\$20.000.000, soportando una pérdida de US\$25.000.000; mientras que Petróleos XYZ S.A. recibiría US\$80.000.000, asumiendo una pérdida por valor de US\$30.000.000.

iii. Que el pozo tenga reservas, y supere los \$500.000.000:

En este caso, ambos *venturers* habrán reportado una utilidad, así: Exploraciones de Campo S.A. recibiría el 20% de la producción total, es decir, más de US\$100.000.000 equivalente a una utilidad superior a los US\$55.000.000; y por su parte, Petróleos XYZ S.A. recibiría más de US\$400.000.000, o sea una utilidad superior a \$290.000.000.

Así pues, el riesgo, al ser individual, implica que la utilidad o pérdida no depende del negocio común, sino por el contrario, se predica de cada uno de los *venturers* individual e independientemente considerado, y en consecuencia, no existe distribución de utilidades o pérdidas, sino de ingresos. De la misma manera, la distribución de los ingresos no se hace, necesariamente, por virtud de las contribuciones, sino más por la cuantificación del riesgo que cada uno de ellos soporta.

Si bien los dos anteriores casos eran hipotéticos, el primer modelo de negocio se ha replicado en todos los sectores de la economía, en similares términos; por su parte, el segundo, no obstante las cifras y los contratantes no son reales y están lejos de serlo, ese tipo de convenciones, en esos mismos términos, se presentan con no poca frecuencia en el negocio petrolero, especialmente en los yacimientos petroleros de Medio Oriente.¹¹⁵

¹¹⁵ Agregar cita de yo no se done.

TERCER CASO: TELECOMUNICACIONES (CONTRATOS DE TELECOM)

Como ya dije, no obstante los anteriores ejemplos eran hipotéticos, su configuración contractual y modelo de negocio no se alejan mucho de la realidad. Sin embargo, a continuación expongo un resumen sobre una serie de contratos efectivamente celebrados por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones — Telecom, entre 1993 y 1997 con importantes empresas de telefonía y telecomunicaciones extranjeras (NEC, Nortel, Siemens, Alcatel, Ericsson, entre otros) los cuales, sin perjuicio de su mal resultado financiero para Telecom, desde el punto de vista jurídico en general, sin entrar en detalles específicos del negocio, se adecúan perfectamente al concepto de *Joint Venture* que aquí he tratado de plasmar.

E insisto en que habrá que hacer a un lado el mal resultado económico y financiero que estos contratos significaron para Telecom, puesto que, como se ha demostrado, el problema no estuvo en los contratos como tal, sino en la negociación y posterior ejecución mediocres de los mismos por parte de esta empresa colombiana, y el detalle financiero del negocio no es objeto de esta monografía jurídica, sino únicamente el fundamento jurídico en el que dichos *Joint Ventures* se basaron.

El 27 de diciembre de 1995, Telecom y un consorcio (conformado por NEC Corporation, entre otras compañías japonesas), celebraron uno de los quince contratos de *Joint Venture* que denominaron “Convenio de asociación a Riesgo Compartido C-0060-95” cuyo objeto consistía en “*regular y establecer las condiciones, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás estipulaciones bajo las cuales las partes desarrollarían conjuntamente y a riesgo compartido el proyecto de Telecomunicaciones que permitiera a*

Telecom la prestación del servicio público domiciliario de telefonía pública conmutada para Bogotá, D.C. y Soacha en la zona E, de conformidad con el plan de negocios acordado".¹¹⁶ Las bases principales de la negociación de la licitación pública mediante la cual se adjudicó el contrato al consorcio mencionado, fueron las siguientes, sin entrar en hechos minuciosos del caso específico, puesto que el negocio era bastante complejo¹¹⁷:

- Telecom necesitaba instalar 110.000 líneas telefónicas en una zona específica de Bogotá y Soacha con el fin de venderlas, pero no tenía los recursos financieros para hacerlo.
- La instalación de las 110.000 líneas telefónicas sería contribuida en su totalidad por el *venturer* japonés al que se le había adjudicado el contrato, incluyendo todos los equipos, redes e infraestructura necesarios e idóneos con todos sus accesorios, sea cual fuere el costo de ello.

No obstante lo anterior, para efectos de los planes de negocio y de presentación de la oferta, se calculó que la inversión ascendería aproximadamente a USD\$108.040.715

- Al *venturer* japonés le correspondería cerca del 90% de los ingresos operacionales que la explotación de las líneas instaladas produjeran durante los siguientes 75 meses al perfeccionamiento del contrato.
- Adicionalmente, junto con otros elementos, el *venturer* japonés previó un nivel de riesgo de aproximadamente 10% sobre el flujo de caja anual proyectado. Esto

¹¹⁶ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. (2005, mayo 13); Laudo Arbitral de Teleconsorcio S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & Co. Ltd., y Sumitomo Corporation v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom (en liquidación), Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Bogotá.

¹¹⁷ *Ibid.* Todas las condiciones contractuales y bases de negociación fueron extraídas del Laudo citado anteriormente.

significaba que, al momento de liquidación del contrato, si los ingresos recibidos efectivamente por el *venturer* japonés tenían una desviación negativa que superara el 10% con respecto al flujo de caja anual proyectado para las líneas instaladas, esta diferencia debía ser pagada a aquel por parte de Telecom. Pero si la desviación era positiva, y superaba el 10%, entonces el *venturer* japonés debía reembolsar esa diferencia a Telecom.

Como se ve, en este contrato, cada uno de los *venturers* tenía su propio riesgo:

(A) Telecom:

El riesgo de Telecom era que el flujo de caja anual proyectado para las líneas instaladas tuviera una desviación negativa de más del 10% con respecto a los ingresos operacionales producidos con la explotación económica de las líneas vendidas. Esto significaba, a manera de ejemplo, que si el flujo de caja anual proyectaba ingresos operacionales por las líneas telefónicas instaladas por USD\$1.000.000, pero el *venturer* japonés recibía efectivamente menos del 90% de ese valor, Telecom tendría que pagar a aquel la diferencia.

(B) Consorcio Japonés:

El riesgo del *venturer* japonés era: *i)* que el costo de la instalación de las 110.000 líneas telefónicas superara los ingresos que este recibiera; *ii)* Que los ingresos operacionales de las líneas telefónicas vendidas estuvieran entre el rango del 90% y el 100% del flujo de caja anual presupuestado sobre las líneas instaladas.

Lamentablemente, como ha mostrado la historia, la falta de planeación financiera y la pobre ejecución por parte de Telecom, junto con otros factores políticos, económicos y

sociales coyunturales, llevaron a que no solo no se hayan vendido las 110.000 líneas telefónicas instaladas, sino que además el flujo de caja anual cayó a tal punto que superó con creces el 10% de riesgo asegurado por el consorcio japonés. En este caso, y en otros *Joint Ventures* celebrados por Telecom cuyos objetos contractuales estaban dirigidos a la misma necesidad de instalación de líneas telefónicas en esa época, los distintos Tribunales de Arbitramento han condenado a Telecom a pagar a los otros *venturers* la diferencia existente entre lo facturado y el 10% de desviación de riesgo asegurada por estos.

BIBLIOGRAFÍA

Literatura consultada

- Abeliuk Manasevich, René. (1993), *Las obligaciones, Tomo II*, 4ª ed., Bogotá, Temis.
- Arrubla, J.A. (2008), *Contratos mercantiles. Tomo II. Contratos atípicos*. Medellín, Biblioteca Jurídica Diké.
- Betti, E. (1969), *Teoría general de las obligaciones, Tomo I*, de los Mozos, J.L. (trad.), Madrid, Revista de Derecho Privado.
- Bonvincini, D. en Martorell, E. E. (1997), *Tratado de los contratos de empresa, Tomo III*, Buenos Aires, Depalma.
- Buitrago, J. E., (1981), *El contrato de cuentas en participación*. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.
- Cabanellas, G. y Kelly, J.A. (1987), *Contratos de colaboración empresaria. Agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas y joint ventures*. Buenos Aires, Editorial Claridad.
- Colaiácovo, J.L., *et al.* (1992), *Joint ventures. Y otras formas de cooperación empresaria internacional*. Buenos Aires, Macchi Grupo Editor. Organización de los Estados Americanos —OEA—.

- Gómez, C. y Aguilar, A.F. (2009), *Riesgo contractual – La teoría de los riesgos en el derecho privado colombiano*, Bogotá, Universidad de Medellín.
- Guardiola, E. (1998), *Contratos de colaboración en el comercio internacional, Intermediación. Agencia. Distribución. Transferencia de tecnología. Joint-Venture. Agrupaciones*, Barcelona, Bosch.
- Horngren, C. et al. (2010), *Contabilidad, 8ª ed.*, México, Prentice-Hall.
- Josseland, Louis. (1993), *Derecho Civil. Tomo II, Vol. I, Teoría general de las obligaciones*. Cunchillos y Manterola, S. (trad.), Buenos Aires, Jurídicas Europa-América.
- Le Pera, S. (1989), *Joint Venture y sociedad*, Buenos Aires, Astrea.
- Londoño, J.C. (2000), *El contrato de cuentas en participación, Alternativa contractual para las empresas de riesgo compartido*, [trabajo de grado], Pontificia Universidad Javeriana, Carrera de Derecho.
- Messineo, F. (1971), *Manuale di diritto civile e commercial, Tomo II*, 8ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Miller, R. et al. (1996), *International Joint Ventures in Developing Countries. Happy Marriages?*, Washington, International Finance Corporation — The World Bank.
- Ospina, G. (1984), *Régimen general de las obligaciones, Ed. 4ª*, Bogotá, Temis.

- Peña, L. (2012), *Contratos mercantiles, nacionales e internacionales*. 4ª edición, Bogotá, Temis.
- Pulbrook, A. (1865) *“The Companies Act, 1862, with Analytical References and Copious Index; together with an appendix containing table B, “Joint-Stock Companies Act, 1856”; and the rules of the high court chancery regulating proceedings under “the companies act, 1862””* The Companies Act, 1862, with Analytical References and Copious Index; together with an appendix containing table B, “Joint-Stock Companies Act, 1856”; and the rules of the high court chancery regulating proceedings under “the companies act, 1862”, [en línea], disponible en: <https://archive.org/details/companiesactwit00pulbgoog>, recuperado: 03 de enero de 2014.
- Reyes, F. (2011) *Derecho Societario, Tomo I*. Bogotá, Editorial Temis.
- Reyes, F. (coord.), (2010), *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Normatividad y doctrina consultada

- Colombia, Congreso de la República. (1993, 28 de octubre), *“Ley 80 del 28 de octubre de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, en Diario Oficial, núm. 41.094, 28 de octubre de 1993, Bogotá.

- Colombia, Congreso de la República. (2008, 05 de diciembre), “*Ley 1258 del 05 de diciembre de 2008, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada*”, en Diario Oficial, núm. 47.194, 05 de diciembre de 2008, Bogotá.
- Colombia (1971) Código de Comercio. Bogotá.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades (2009), Circular Externa 115-006 del 23 de diciembre de 2009.
- Reino Unido, Parlamento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. (1890). *Partnership Act. An Act to declare and amend the Law of Partnership*, [en línea], disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/53-54/39>, recuperado: 03 de diciembre de 2014.
- Reino Unido, Parlamento del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. (1862). *Companies Act. An Act for Incorporation Regulation, and Winding up of Trading Companies and other Associations*.
- Estados Unidos de América, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (1914) *Uniform Partnership Act*. [en línea], disponible en: <http://users.wfu.edu/palmitar/ICBCorporations-Companion/Conexus/UniformActs/upa1914.pdf>, recuperado: 03 de diciembre de 2014.

Jurisprudencia consultada

- Colombia, Consejo de Estado, Sección Tercera. (2005, febrero 22), Sentencia del 2 de febrero de 2005, rad. No. 25000-23-26-000-2004-00831-01(28005), C.P.: Hernández Enriquez, A. E., Bogotá.
- Estados Unidos, Corte Suprema de Nueva York. (1887) “*Hubbell v. Buhler*”
- Estados Unidos, Corte Suprema de Nueva York. (1894) “*Ross v. Willett*”
- Estados Unidos, Corte Suprema de Nueva York. (1898) “*Febbel v. Kahn*”
- Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. (2005, mayo 13); Laudo Arbitral de Teleconsorcio S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & Co. Ltd., y Sumitomo Corporation v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom (en liquidación), Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Bogotá.