

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE  
COOPERACIÓN EMPRESARIAL

LUISA FERNANDA JIMÉNEZ MAHECHA

MONOGRAFÍA DE GRADO

DIRECTORES:

DR. ENRIQUE DÍAZ RAMÍREZ

Abogado de la Universidad del Rosario. Profesor titular de Derecho civil obligaciones y de Derecho comercial de la misma universidad. Autor del Libro Contratos bancarios. Árbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Y

DR. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA

Abogado de la Universidad del Rosario. Profesor de Contratos civiles y mercantiles de la misma universidad. D.E.A. en Derecho privado general (Universidad Paris II) y D.S.U. en Derecho internacional privado y en Derecho civil (Universidad Paris II). Admitido en el Colegio de Abogados de París (C.A.P.A).

Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario  
Facultad de Jurisprudencia  
Programa de Pregrado  
Bogotá  
2017

## **Agradecimientos**

*A mi familia como mi gran fuente de valores,*

*A mis maestros Enrique Díaz y Fabricio Mantilla*

*por compartir sus valiosos conocimientos,*

*Al destino inefable que ha estado presente en todos mis proyectos.*

## ÍNDICE

Agradecimientos

Resumen / Abstract

Introducción.....	1
1. CAPÍTULO PRELIMINAR. los contratos de cooperación empresarial.....	3
1.1 Fundamento: La cooperación empresarial .....	3
1.2 Definición: contratos de cooperación empresarial.....	4
1.2.1 Los contratos de cooperación empresarial en sentido amplio.....	6
1.2.2 Los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido.....	8
1.2.2.1 La cooperación empresarial entre los intereses contrarios y comunes de las partes.....	9
1.2.2.2 La cooperación empresarial entre el mercado y la empresa.....	11
1.2.2.3 Los contratos de cooperación empresarial en una posición intermedia..	12
1.3. Clasificaciones de los contratos de cooperación empresarial .....	13
1.3.1 Según el interés de las partes por el resultado del contrato.....	13
1.3.2 Según la colaboración que prestan las partes en el contrato.....	14
1.3.3 Según la creación o no de una nueva persona jurídica.....	14
1.4. Contratos objeto de estudio.....	17
1.4.1 Compartir riesgos y utilidades como criterio clasificador.....	18
1.4.2 Los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades son por esencia plurilaterales.....	19
2. La responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial.....	22

## PARTE I

### PRESUPUESTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE COOPERACIÓN EMPRESARIAL

<b>Título I.</b> Elementos <i>sine qua non</i> de la responsabilidad contractual.....	24
Sección I. El Daño.....	24
1. El daño en los contratos de cooperación empresarial.....	26
Sección II. Nexo causal .....	28
1. El Nexo causal en los contratos de cooperación empresarial .....	29
Sección III. Imputación .....	30
1. La Imputación en los contratos de cooperación empresarial.....	30
<b>Título II.</b> La culpa en la responsabilidad contractual.....	31
Sección I. La culpa en los contratos de cooperación empresarial .....	32
Sección II. Alcance de las obligaciones de medios y de resultado .....	33
1. Distinción entre las obligaciones de medios y de resultado .....	34
A. Obligaciones de medios.....	34
B. Obligaciones de resultado .....	37
2. Aplicación entre las obligaciones de medios y de resultado.....	39
A. Las obligaciones de medios y de resultado en el ordenamiento jurídico.....	39
B. Las obligaciones de medios y de resultado en la jurisprudencia..	41

## PARTE II

### LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE COOPERACIÓN EMPRESARIAL

<b>Título I.</b> Las partes ante el incumplimiento contractual.....	43
---	----

Capítulo I. Posición contractual y pretensiones de los contratantes ante el incumplimiento contractual .....	44
Sección I. Posición contractual de los contratantes.....	45
1. Incumplimiento entre los contratantes.....	47
2. Incumplimiento ante terceros.....	50
2.1. Incumplimiento por pasiva.....	50
2.2 Incumplimiento por activa .....	53
Sección II. Pretensiones por incumplimiento contractual.....	53
1.Pretensiones de cumplimiento.....	53
1.1. Cumplimiento en especie o naturaleza.....	54
1.2. Cumplimiento por equivalente.....	54
2. Pretensión de resolución .....	57
Capítulo II - Sanciones del acreedor ante el incumplimiento contractual .....	57
Sección I. La ejecución forzosa y la indemnización de perjuicios.....	58
1. La ejecución forzosa .....	58
1.1 La ejecución forzosa en los contratos de cooperación empresarial .....	59
2. La Indemnización de perjuicios.....	61
2.1 La Indemnización de perjuicios en los contratos de cooperación empresarial.....	63
Sección II. Otras sanciones del acreedor ante el incumplimiento contractual.....	64
1.Resolución del contrato.....	64
1.1. La resolución tácita del contrato no va envuelta en los contratos plurilaterales como regla general.....	66
1.2. La validez del contrato no se afecta por la nulidad que subsista sobre el vínculo de alguno de los contratantes.....	67
2. Excepción de contrato no cumplido.....	69

2.1. La excepción de contrato no cumplido en los contratos de cooperación empresarial.....	69
Capítulo III. Las causales de exoneración .....	72
Sección I. Existencia de una causa extraña .....	72
1. Inimputabilidad del deudor.....	73
2. Imprevisibilidad.....	73
3. Irresistibilidad.....	73
Sección II. Causales de exoneración .....	74
1. Fuerza mayor o caso fortuito .....	74
2. Hecho de un tercero.....	77
3. Hecho de la víctima.....	78
4. Obrar sin culpa en las obligaciones de medios.....	80
<b>Título II. Los contratos ante el incumplimiento contractual.....</b>	<b>81</b>
Capítulo I. Principales especies de contratos de cooperación empresarial y su responsabilidad contractual.....	82
Sección I. La <i>joint venture</i> .....	82
1. Concepto.....	83
2. Características.....	84
3. Responsabilidad contractual.....	85
3.1 Responsabilidad interna: entre los contratantes de la <i>joint venture</i> .....	86
3.2 Responsabilidad frente a terceros .....	89
Sección II. El Consorcio .....	90
1. Concepto .....	92
2. Características.....	93
3. Responsabilidad contractual .....	94
3.1 Responsabilidad interna: entre los contratantes del consorcio.....	94
3.2. Responsabilidad frente a terceros .....	95

Sección III. Unión Temporal de Empresas.....	98
1.Concepto.....	99
2.Características.....	100
3. Responsabilidad .....	100
3.1. La responsabilidad entre los miembros de la unión temporal.....	100
3.2. La responsabilidad que surge con terceros .....	101
3.3. Las sanciones en la contratación estatal .....	103
Sección IV. Cuentas en participación .....	106
1.Concepto.....	107
2.Características.....	108
3. Responsabilidad .....	108
3.1. La responsabilidad entre los miembros del contrato de cuentas en participación.....	109
3.2. La Responsabilidad que surge con terceros.....	113
Capítulo II. Consideraciones sobre el régimen especial de la responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial.....	114
Conclusiones .....	118
Bibliografía .....	119

## **Resumen**

La responsabilidad contractual se ha estudiado sobre la base de los contratos unilaterales y bilaterales, no obstante, con la llegada de los contratos de cooperación empresarial como un fenómeno jurídico y económico intermedio, surgen nuevos interrogantes en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable.

Los contratos de cooperación empresarial como un fenómeno de agrupación empresarial horizontal, en el que las partes deciden compartir riesgos y utilidades, cuentan con un régimen especial de responsabilidad contractual que los diferencian del régimen general aplicable a los contratos sinalagmáticos, porque se estructuran sobre la base de un interés común de los asociados.

## **Abstract**

The contractual liability has been studied on the basis of unilateral and bilateral contracts, however, with the appearance of business collaboration agreements as an intermediate legal and economic phenomenon, new questions arise in regards of the applicable liability regime.

The business collaboration agreement, as a horizontal corporate integration phenomenon in which the parts decide to share risks and profits, have a special contractual liability regime that differentiates them from the general regime applicable to synallagmatic contracts, because they are structured on the basis of a common interest of the associates.

## Introducción

La responsabilidad contractual se ha concebido sobre la base de los contratos unilaterales y bilaterales, no obstante, con la llegada de los contratos de cooperación empresarial, surgen nuevos interrogantes en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable. La creación de este género de contratos, nace del tráfico mercantil para responder a las necesidades de la economía internacional, dando lugar al fenómeno moderno conocido como cooperación o concentración empresarial<sup>1</sup>.

Los contratos de cooperación empresarial tienen por objeto posibilitar la cooperación entre empresarios, permitiendo la explotación conjunta de una actividad o negocio a riesgo compartido, con el cual se busca la minimización de riesgos económicos y jurídicos para la realización de proyectos de gran envergadura.

Los contratos de cooperación empresarial se pueden clasificar en sentido amplio y en sentido restringido. En sentido amplio, como aquellos contratos que responden a una finalidad común sin distinguir los intereses de las partes, y en sentido restringido, como aquellos contratos en donde los intereses de las partes convergen para la realización de un proyecto común, a pesar de que los intereses de las partes no sean idénticos como ocurre en las sociedades, ni sean contrapuestos como en los contratos bilaterales<sup>2</sup>.

Se trata de contratos que se ubican en una posición intermedia, entre los intereses de las partes y entre las transacciones que realiza el mercado y la empresa, como contratos horizontales que se estructuran sobre la base de un interés común, en donde las partes deciden compartir riesgos para poder obtener utilidades.

Como un fenómeno jurídico y económico intermedio, el Derecho debe amoldarse y responder a los nuevos presupuestos, interrogantes y requerimientos que el tráfico mercantil necesita para la ejecución de estas nuevas formas de cooperación. Colombia no ha sido

---

<sup>1</sup> ZALDIVAR, Enrique y otros, *Contratos de colaboración empresarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p.13. Citado por ARRUBLA, Jaime. *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*. Capítulo I. Séptima Edición. Ed., Legis, 2012, p.287.

<sup>2</sup> Véase LEQUETTE, Suzanne. *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*. Ed., Economica, Paris, 2012.

ajena a la formación y desarrollo de esta clase de contratos, por el contrario, cada día son más las empresas colombianas y extranjeras las que han optado por estos modelos contractuales para el desarrollo de grandes proyectos.

La jurisprudencia y la doctrina colombiana han tenido la oportunidad de definir sus principales elementos y características. Sin embargo, uno de los mayores problemas que se vive en la práctica jurídica con la ejecución de estos contratos, es la falta de determinación de los efectos de la responsabilidad contractual que asumen los contratantes ante el incumplimiento contractual, ya que se trata de contratos en donde las partes deciden satisfacer un interés que es común, compartiendo riesgos y utilidades, pero sin que existan intereses contrapuestos que se deban conciliar, como ocurre con los contratos intercambio.

Por esta razón, éste trabajo monográfico tiene por objeto resolver el siguiente problema jurídico: ¿los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades, cuentan con un régimen especial de responsabilidad contractual? Para responder el anterior interrogante, se plantearon los siguientes objetivos: analizar el concepto de contratos de cooperación empresarial; identificar los elementos de la responsabilidad contractual y establecer los efectos de la responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades.

La investigación ha sido ideada para ser desarrollada en el marco de una metodología analítico-propositiva, siguiendo tres etapas en su ejecución: una etapa de recolección de fuentes primarias y secundarias, una segunda etapa analítica, y finalmente, una etapa propositiva para plantear las posibles respuestas a los interrogantes identificados en la etapa previa.

El plan a seguir es el siguiente: en un capítulo preliminar se analizará el fundamento y concepto de los contratos de cooperación empresarial objeto de estudio. Posteriormente, se estudiarán los presupuestos estructurales de la responsabilidad contractual (I PARTE) y finalmente, se examinarán los efectos de la responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial (II PARTE).

## CAPÍTULO PRELIMINAR

### 1. LOS CONTRATOS DE COOPERACIÓN EMPRESARIAL

#### 1.1 Fundamento: La cooperación empresarial

En la actualidad las empresas han venido adoptando medidas de protección para poder soportar los comportamientos económicos que cada vez son más exigentes y competitivos en el mercado nacional como en el internacional, dando lugar al fenómeno de la cooperación empresarial<sup>3</sup>.

E. Zaldívar, R. Manovil y G. Ragazzi han señalado al respecto que *“el siglo XX es testigo de la profunda transformación operada en la economía y en el extraordinario crecimiento de las compañías mercantiles. Ello, sumado a factores de competencia y lucha de predominio entre ellas, originó lo que podría denominarse la revolución empresarial, en la búsqueda de un adecuado dimensionamiento para alcanzar mayor eficiencia, a través de diversas formas de vinculación (...) entre las empresas”*<sup>4</sup>.

Dichas formas de vinculación es lo que se conoce hoy, como la cooperación empresarial, producto del fenómeno de la globalización que propende por la reducción de costos, realización de proyectos de gran envergadura, distribución del riesgo de las operaciones y la adquisición de nuevos beneficios técnicos y de mercado<sup>5</sup>.

Existen diversos métodos de vinculación utilizados por las empresas, uno de ellos, es aquel en donde la estructura de la empresa no se altera, pero la independencia de sus vínculos corporativos sí se afecta, como el dominio administrativo que ejerce una empresa sobre la otra<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> ARRUBLA, Jaime. *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*. Capítulo I, Séptima Edición, Ed., Legis, Bogotá, 2012, p.287.

<sup>4</sup> Ver E. ZALDÍVAR, R. MANOVIL, G. RAGAZZI, *Contratos de colaboración empresarial*. Ed., Abeledo Perrot, 1986, p.13.

<sup>5</sup> PEÑA, Lissandro. *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Capítulo IX, Universidad Católica de Colombia, 2006, p. 454.

<sup>6</sup> MANOVIL, Rafael, RAGAZZI, Guillermo y ROVIRA, Alfredo. *Aspectos particulares en la evolución de las sociedades*, en Cuadernos de Derecho societario. Tomo III, Vol. Ed Albeledo-Perrot, p.3. Citado por

Otro método de vinculación empresarial, es aquel en donde la estructura jurídica interna de la empresa se altera, es decir, cuando dos o más empresas deciden fusionarse, escindirse e incluso transformarse, porque “(el) propio sujeto de derecho, puede desarrollar el juego de sus mecanismos internos para readecuar su marco jurídico a la necesidad económica que debe servir”<sup>7</sup>.

Finalmente, existen los métodos contractuales, los cuales tienen su origen en los contratos que celebran las empresas entre sí, estableciendo una relación de cooperación en la que en principio no existe una supremacía o subordinación jurídica, aunque muchas veces pueda llevar a una dependencia o dominación económica<sup>8</sup>.

Son diversas las maneras de contratación que utilizan las empresas, como lo menciona Arrubla Paucar: “*van desde el contacto ocasional de los contratos instantáneos como la compraventa; pasando por una colaboración más estable y duradera, como cuando celebran contratos de arriendo, agencia, suministro o préstamo; hasta cuando ocurre un mayor nivel de integración, como cuando se celebran contratos de participación entre ellas*”<sup>9</sup>.

Los contratos de cooperación empresarial se ubican en el método contractual de cooperación, en donde se utiliza el contrato como el instrumento jurídico para crear relaciones de diferentes niveles de colaboración, cooperación o coordinación interempresarial para la consecución de un fin común<sup>10</sup>.

## **1.2 Definición: contratos de cooperación empresarial**

Como lo advertimos previamente, las empresas celebran diversas modalidades contractuales para regular el tráfico de bienes y servicios que circulan entre ellas. En esa

---

HIDALGO, Mauricio y VALENCIA, José. Tesis de grado “*Contrato de agrupación empresarial: un contrato para las PYMES*” Facultad de ciencias jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 15.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>9</sup> ARRUBLA, Jaime. *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*. Capítulo I. Séptima Edición. Ed., Legis, 2012, p. 289.

<sup>10</sup> ZALDIVAR, Enrique y otros, *Contratos de colaboración empresarial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p.13. Citado por ARRUBLA, Jaime. *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*. Capítulo I. Séptima Edición. Ed., Legis, 2012, p.287.

medida, la cooperación empresarial puede abarcar todos los contratos que celebran las empresas entre sí, por lo que “todos los contratos son aptos para realizarla y la expresión “contratos de colaboración empresarial”, no agregaría nada a la de contratos de empresa o simplemente contratos”<sup>11</sup>.

Sin embargo, cuando analizamos los acuerdos de cooperación como estrategia empresarial, entendemos que las “relaciones de cooperación” tienen por objeto dejar de mantener la existencia de las empresas aisladas para convertirse en un fenómeno que les permita a las empresas competir en los mercados internacionales<sup>12</sup>.

La expansión de la cooperación empresarial se evidencia por la creación de políticas específicas, como en Francia<sup>13</sup> y España<sup>14</sup>, que han permitido que las empresas débiles puedan subsistir en un mercado hostil y competitivo, y que cada vez sean éstas figuras contractuales las más utilizadas por los empresarios para la consecución de sus objetivos comerciales<sup>15</sup>.

Desde el punto de vista teórico, los doctrinantes<sup>16</sup> han encontrado como dificultad la conceptualización del fenómeno de la “cooperación empresarial” como la de “contratos de colaboración o cooperación empresarial”. En la economía, con la teoría de los costes de transacción<sup>17</sup> y en complemento con el análisis costo-beneficio<sup>18</sup> se intenta dar un

---

<sup>11</sup> CABAÑELAS, Guillermo y KELLY, Julio Alberto, *Contratos de colaboración empresarial*, Buenos Aires, Heliasta, 1973, p.11. Citado por ARRUBLA, Jaime. *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*. Capítulo I. Séptima Edición. Ed., Legis S.A., 2012, p. 288.

<sup>12</sup> N.U. CEPAL. *La Cooperación empresarial en la industria Uruguaya*. Ed., CEPAL, 1998, p. 9.

<sup>13</sup> Ordenanza N° 67-821 de 23 de septiembre de 1967 y la Circular Interna ministerial del 21 de junio de 1977.

<sup>14</sup> Decreto del 25 de noviembre de 1971 y la Ley 18 de 25 de mayo de 1982.

<sup>15</sup> N.U. CEPAL. *Op., cit.*, p.9.

<sup>16</sup> Véase FARINA, Juan. *Contratos comerciales modernos*. Ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005. Véase también MARTORELL, Ernesto. *Tratado de los Contratos de Empresa*. Tomo III. Ediciones Depalma Buenos Aires, Buenos Aires, 2006.

<sup>17</sup> Los costes de transacción “se hace referencia a aquellos en los que se incurre al planificar, adaptar y controlar la realización de las actividades, al objeto de evitar o armonizar posibles conflictos de intereses entre los socios [Williamson (1985, pág. 2)]” Citado por GARCÍA CANAL, Esteban. *La forma contractual de los acuerdos de cooperación horizontales: empresas conjuntas frente a acuerdos contractuales*. Ed., Universidad de Oviedo. Consultado el 21/01/15 23:21 pm. <http://www.unioviedo.es/egarcia/ARTMT5.PDF>.

<sup>18</sup> “El análisis costo-beneficio implica un estudio del costo de oportunidad de la cooperación. Es decir, es la evaluación de los beneficios netos que no pueden obtenerse por estrategias alternativas, como la fusión, el desarrollo interno el uso del mercado. El análisis se reduce a la confrontación de los beneficios estratégicos

fundamento económico a este fenómeno, poniendo en discusión las ventajas relativas a los costos de las distintas formas de organización empresarial, teniendo en cuenta el entorno en el que las empresas desarrollan su actividad<sup>19</sup>.

Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, se han analizado los contratos de cooperación empresarial conforme a la normativa existente, sus principales características y las diferentes especies de contratos que conforman este género de contratos.

Pero el problema de encontrar una definición inequívoca persiste, en especial, por las innumerables denominaciones jurídicas que le han dado a este fenómeno como: *contratos de colaboración, cooperación, asociativos, plurilaterales, de organización, agrupamiento de colaboración, etc.* Como lo expresa el jurista argentino Efraín Hugo Richard: “La expresión contrato de colaboración, como el vocablo empresa, es multívoco”<sup>20</sup>.

Por esta razón, lo importante no es asignarle un nombre a este fenómeno, sino analizar esta realidad económica, de cómo las empresas han decidido adaptarse a las nuevas necesidades del mercado, y precisar las respuestas que ofrece el derecho a esta nueva forma de negociación interempresarial.

En esa medida, pasaremos a estudiar la noción de contrato de cooperación empresarial en sentido amplio y en sentido restringido.

### **1.2.1. Los contratos de cooperación empresarial en sentido amplio.**

Dentro de los estudios que se han realizado, la “cooperación” es la expresión utilizada para describir este fenómeno económico y jurídico. Según la acepción dada por la Real Academia Española la “cooperación” es la “acción y efecto de cooperar” y “cooperar” es “Obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin”<sup>21</sup>. La realización de ese “fin” - lo

---

con los costos estratégicos” N.U. CEPAL. *La Cooperación empresarial en la industria Uruguaya*. Ed., CEPAL, 1998, p., 17.

<sup>19</sup> *Ibidem* p. 11.

<sup>20</sup> RICHARD, Efraín. *Regulación de los contratos de Colaboración Empresarial*. p.115. Online. Consultado el 15/07/14. 18:00. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-013/index/assoc/D4439.dir/sec8001g.pdf>

<sup>21</sup> Real Academia Española. Definición Cooperar. Online. Consultado el 05/11/15 <http://dle.rae.es/?w=cooperar&o=h>

que la doctrina ha denominado como *fin común*- es lo que justifica que las empresas operen de manera conjunta para satisfacer una necesidad que es de interés común<sup>22</sup>.

Al respecto, algunos doctrinantes<sup>23</sup> han tratado de establecer una definición para los contratos de cooperación empresarial. El jurista Alberto Spota define estos contratos “*como aquellos en los cuales media una función de cooperación de una parte hacia la otra o recíproca, para alcanzar el fin que ha determinado el acaecimiento del contrato*”<sup>24</sup>. Otros autores han identificado como contratos de cooperación empresarial a aquellas figuras negociales donde dos o más personas jurídicas se vinculan contractualmente en procura de un resultado que es de interés común<sup>25</sup>.

El nudo funcional, como *fin común* o *carácter común* de estos contratos, aparece como el elemento fundamental para determinar cuáles contratos se consideran como de cooperación empresarial<sup>26</sup>. Por esta razón, doctrinantes como Farina, Etcheverry, Oviedo Albán, entre otros, reconocen como especies de estos contratos a la sociedad, la franquicia, la agencia y los consorcios.

---

<sup>22</sup> OVIEDO, Jorge y otros. *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Universidad de la Sabana y Biblioteca jurídica Diké, 2010, p.,264.

<sup>23</sup> Véase PEÑA, Lissandro. *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Capítulo IX. Contratos de colaboración empresarial. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2006. OVIEDO ALBÁN, Jorge y otros. *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Universidad de la Sabana y Biblioteca jurídica Diké, Bogotá, 2010. ETCHEVERRY, Raúl. *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*. Ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005. FARINA, Juan. *Contratos comerciales modernos*. Ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005. FUEYO, Fernando. *Los contratos de colaboración empresarial y su modalidad complementaria de contratos de dominación*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

<sup>24</sup> Definición de SPOTA, Instituciones. Contratos, vol. I, p. 124. Citado por FARINA, Juan. *Contratos comerciales modernos*. Ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005, p.412.

<sup>25</sup> ETCHEVERRY, Raúl. *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*. Ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2005. p.149.

<sup>26</sup>FERNÁNDEZ de la GÁNDARA, Luis. *La atipicidad en derecho de sociedades*, Ed. Pórtico, Zaragoza, pp.298 y ss., específicamente p. 304. Citado por RICHARD, Efraín. *La reforma del código civil y comercial: los contratos asociativos y la ley general de sociedades*. Revista de la Facultad de Córdoba, Vol. IV N° 1 Nueva Serie II (2013). Universidad Nacional de Córdoba, 2013, p.12. “Con la existencia de diversos grados de cooperación, se crean diferentes niveles de vinculación o integración, por lo tanto, cuando se designa un contrato como de cooperación empresarial se hace referencia a aquellos contratos en los que las partes están dispuestas a coordinarse para perseguir una finalidad común”.

La diversidad contractual permite abarcar como contratos de cooperación empresarial desde aquellos contratos que crean una nueva persona jurídica, hasta aquellos contratos en donde las empresas mantienen su autonomía e independencia intacta. No obstante, se han entendido como contratos de cooperación empresarial “la cooperación que se genera entre las empresas sin que pierdan su autonomía jurídica y económica con la creación de estos modelos contractuales, constituyendo así mismo, formas complejas o extensas de cooperación que permiten mantener intacta la autonomía de los participantes”<sup>27</sup>.

Es decir, que aunque se reconozcan como contratos de cooperación aquellos que crean una nueva persona jurídica para la obtención de un fin común<sup>28</sup>; también se identifican como especies de estos contratos, aquellos que permiten la cooperación entre empresas independientes, conservando su “identidad y autonomía en lo que hace al resto de sus operaciones, por lo que nos encontramos ante una forma de integración o agrupación entre empresas independientes”<sup>29</sup>.

En resumen, podemos entender los contratos de cooperación empresarial en sentido amplio, como aquellos contratos que tienen por objeto posibilitar la cooperación entre empresarios<sup>30</sup>, permitiendo la explotación conjunta de una actividad o negocio, en el cual los empresarios buscan la consecución de un fin común.

### **1.2.2. Los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido.**

Para poder analizar los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido, es indispensable tener en cuenta que los intereses de los contratantes pueden ser contrarios o

---

<sup>27</sup> ARRUBLA, Jaime. *Contratos mercantiles*. Contratos atípicos. Séptima edición. Ed., Legis. Bogotá, Colombia. 2012, pp. 288 y 289.

<sup>28</sup> Algunas investigaciones, como la de Arrubla Paucar y la de Oviedo Albán, se limitan a estudiar a aquellos tipos contractuales que no crean una nueva persona jurídica distinta a los partícipes en el contrato y que tienen por objeto alcanzar fines comunes.

<sup>29</sup> CABANELLAS, Guillermo y KELLY, Julio Alberto, *Contratos de colaboración empresarial*, Ed., Heliasta S.R.L, Buenos Aires, 1987, p.6. Citado por OVIEDO ALBÁN, Jorge y otros. *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Universidad de la Sabana y Biblioteca jurídica Diké, Bogotá, 2010, p. 267.

<sup>30</sup> Exposición de motivos de la Ley 22.903. Argentina.

comunes<sup>31</sup>. En ese sentido, existe un modelo económico intermedio entre los intereses contrarios y comunes de las partes (A) y entre las transacciones que se realizan en el mercado y la empresa (B), modelo económico que comprende los contratos de cooperación empresarial en una posición intermedia (C).

#### **A. La cooperación empresarial entre los intereses contrarios y comunes de las partes.**

Los intereses de las partes pueden ser contrarios o comunes. Por consiguiente, encontramos los contratos intercambio, entendidos como aquellos contratos en donde los intereses contrapuestos o antagónicos de las partes se deben conciliar, esto es, lo que obtiene una parte **A** lo pierde la otra **B**<sup>32</sup>. Existiendo una función de reciprocidad para lograr la satisfacción de los intereses provenientes de ambos centros de interés. Como contratos intercambio encontramos: el contrato de compraventa y permuta.

A diferencia de los contratos intercambio, se encuentran los contratos de organización o contratos alianza, en donde los intereses provenientes de las partes son comunes, lo que permite que ambos centros de interés desarrollen una actividad conjunta, instituyendo una cooperación entre **A** y **B**, donde las partes pueden ganar o perder conjuntamente<sup>33</sup>. Entre estos contratos podemos identificar: el contrato de sociedad y las asociaciones.

Suzanne Lequette en su obra “*Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*” utiliza como base dicha clasificación<sup>34</sup> para demostrar

---

<sup>31</sup>Véase CHÉNEDÉ, Françoise. *Las Conmutaciones en el Derecho Privado*. Constitución a la Teoría General de las obligaciones. Revista Chilena de Derecho Privado, N°18, pp.123-148, julio, 2012. [Online] y LEQUETTE, Suzanne. *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*. Ed., Economica, Paris, 2012, p., 13.

<sup>32</sup>*Ibidem*, p.8.

<sup>33</sup>*Ibidem*, p. 23.

<sup>34</sup>“*C’est là une précieuse base d’analyse pour tenter de mettre en évidence le développement de figures de type intermédiaire*”. LEQUETTE, Suzanne. *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*. Ed., Economica, Paris, 2012, p. 21.

“*l’existence d’une réalite économique intermédiaire: la coopération*”<sup>35</sup>  
estableciendo una función económica particular para cada estructura contractual.

En un primer extremo, ubica a los contratos *permutation* que al igual que los contratos intercambio, son entendidos como aquellos contratos en donde los intereses contrapuestos de las partes se deben conciliar con el fin de satisfacer los intereses económicos de ambas partes<sup>36</sup>.

En el otro extremo, ubica a los contratos *concentration* como contratos de organización pero a título oneroso<sup>37</sup>, que tienen como particularidad la reunión de una comunidad de intereses idénticos que no son contrapuestos y que persiguen un interés común, entendido éste, como la persecución de un objetivo común.

Y como modelo económico intermedio, se encuentran los contratos de *coopération* que a diferencia de los contratos *concentration*<sup>38</sup>, los intereses de las partes convergen para la realización de un proyecto común aunque sus intereses no sean idénticos. En este modelo económico se coordinan los intereses económicos diferentes para la realización de un proyecto común<sup>39</sup>.

La coordinación de intereses diferentes pero convergentes de las partes, se produce en virtud de la realización de obligaciones instrumentales y obligaciones finales que ejecutan las partes para poder alcanzar la satisfacción de sus intereses<sup>40</sup>. Por ejemplo, contratos como el *joint operating agreement* en el sector hidrocarburos, el operador que explora y explota un yacimiento petrolero es el que realiza la obligación final, y los no operadores administran la operación y realizan el aporte

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>38</sup> “*La coopération opère une mise en relation d’actifs complémentaires dans le cadre d’un projet commun mettant ainsi en scène des intérêts économiques convergents mais différents*”. LEQUETTE, Suzanne. *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*. Ed., Economica, Paris, 2012, p.127

<sup>39</sup> *Ibidem*.p.126.

<sup>40</sup> *Ibidem*.p.474.

financiero, ejecutando la obligación instrumental, de esta manera es posible ejecutar el proyecto petrolero.

Lo anterior, nos permite comprender que los contratos de cooperación empresarial se ubican en una posición intermedia entre los intereses contrapuestos y los intereses idénticos de las partes.

## **B) La cooperación empresarial entre el mercado y la empresa.**

La cooperación empresarial desde el punto de vista económico ha sido considerada como un modelo económico intermedio, al ubicarse entre la empresa y el mercado<sup>41</sup>. Se sitúa entre éstas dos formas organizativas para realizar transacciones: en el mercado y al interior de la empresa.

Las transacciones que realizan las empresas en el mercado, hacen referencia a aquellos intercambios que se producen en un contexto con múltiples oferentes y demandantes, en donde las operaciones se reducen a una relación de compraventa, recibiendo un bien o un servicio a cambio de un precio<sup>42</sup>.

Las transacciones en la empresa, son aquellas que se ejecutan de forma jerárquica, en donde existe una relación de subordinación entre los miembros que conforman la empresa, para lograr transformar los insumos en productos, lo que se conoce como la internalización total de las transacciones<sup>43</sup>.

Con los contratos de cooperación empresarial, las relaciones que tienen las empresas con los demás agentes del mercado no se tienen que reducir a una relación de compraventa o a una relación jerárquica para poder lograr las transacciones que requieren como empresa.

Por el contrario, el intercambio se puede dar entre agrupaciones empresariales que mantienen su independencia jurídica y económica, sin estar sometidos a una

---

<sup>41</sup> N.U. CEPAL. *La Cooperación empresarial en la industria Uruguaya*. Ed., CEPAL, 1998, p. 9.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 11.

relación de subordinación o atados a una relación de compraventa, y que, a diferencia de las transacciones de mercado tienen una mayor estabilidad como lo pueden tener las transacciones al interior de una empresa. Por esta razón, se considera como un modelo económico híbrido entre la empresa y el mercado<sup>44</sup>.

### **C) Los contratos de cooperación empresarial en una posición intermedia.**

Del anterior análisis, se puede advertir una convergencia de dos puntos de vista diferentes, uno jurídico y otro económico, los cuales posicionan a los contratos de cooperación empresarial en un lugar intermedio. El jurídico desde los intereses de las partes y el económico, desde el gobierno de las transacciones realizadas entre el mercado y la empresa<sup>45</sup>.

Este análisis tiene como propósito precisar cómo los contratos de cooperación empresarial, como fenómeno jurídico, abarca intereses contrapuestos de las partes pero que al tiempo concurren para la realización de un objetivo común, y que, al ser un método económico intermedio, combina rasgos pertenecientes a las transacciones propias del mercado y la empresa.

Por consiguiente, la creación y mantenimiento de una nueva persona jurídica independiente de las empresas que configura transacciones jerárquicas, quedaría excluida como una especie de los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido, a pesar de que se considere como un fenómeno de cooperación por compartir un interés común entre los asociados<sup>46</sup>.

En otras palabras, se consideran como contratos de cooperación empresarial en sentido restringido, aquellos contratos en donde los intereses de las partes convergen para la realización de un fin común, aunque sus intereses no sean

---

<sup>44</sup> “Apparaît ainsi un modèle économique hybride qui n’est ni celui du marché ni celui de la firme. Il a son ressort non plus dans les idées d’échange ou d’intégration, mais dans celle de coopération” LEQUETTE, Suzanne. *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*. Ed., Economica, Paris, 2012, p.11.

<sup>45</sup> N.U. CEPAL. Op. cit., p., 9.

<sup>46</sup> LEQUETTE, Suzanne. Op. cit., p., 8.

idénticos, constituyendo una nueva forma de organización intermedia entre el mercado y la empresa.

Se trata de contratos como las cuentas en participación, las uniones temporales, las *joint ventures*, el suministro, los consorcios, la franquicia, entre otros.

### 1.3 Clasificaciones de los contratos de cooperación empresarial.

Clasificar los contratos de cooperación empresarial resulta ser una tarea tan ardua y tan compleja, como tratar de encontrar un concepto inequívoco frente a estos contratos.

Los contratos de cooperación empresarial han sido clasificados teniendo en cuenta los siguientes criterios<sup>47</sup>:

#### 1.3.1. El interés de las partes por el resultado del contrato.

- a) Contratos en los que una de las partes realiza una actividad o gestión cuyo resultado económico interesa a la otra parte (v.gr., mandato); b) contratos en los que ambas partes tienen interés económico en el resultado (v.gr., comisión); c) contratos en los que existe una colaboración recíproca (v.gr., la franquicia y la agencia) y d)

---

<sup>47</sup> Existen diversas categorías reiteradas por la doctrina, como Juan Farina, Raúl Etcheverry y Ernesto Eduardo Martonell, en donde identifican diversas definiciones y alcances como: **los contratos de colaboración:** entendidos como aquellos acuerdos que tienen una función de colaboración y que tienen por objeto alcanzar un fin determinado, (v.gr., agencia y franquicia). **Los contratos de organización:** hace referencia a aquellos contratos de duración, con cláusulas que regulan la administración y fiscalización del negocio (v.gr., Agrupaciones de colaboración). **Los contratos plurilaterales:** son los que persiguen un fin común, como los de colaboración y organización, en donde intervienen más de dos partes (v.gr. los *joint venture*). **Los contratos asociativos:** son aquellos en donde las partes sin renunciar a sus intereses se obligan a efectuar prestaciones y a colaborar para el logro de un fin común. Las anteriores clasificaciones comparten una particularidad, son categorías que no resultan incompatibles entre sí, admiten la complementación y ubicación de un mismo contrato en diversas categorías. Por ejemplo, el contrato de franquicia, es un contrato que se ubica como de colaboración recíproca, pero al tiempo es un contrato en el que ambas partes tienen un interés económico en el resultado. Otro ejemplo perceptible, es la unión temporal de empresas que se puede clasificar: dentro de los contratos de colaboración, al realizar una función de colaboración para alcanzar un fin común; como contrato de organización, por ser un contrato de duración, con cláusulas que regulan la administración y fiscalización del negocio; como contrato plurilateral, al intervenir más de dos partes y ser de interés común; y como un contrato asociativo, en donde las partes sin renunciar a sus intereses se obligan a efectuar prestaciones y a colaborar para el logro de un fin común. Véase también ZEGARRA, Álvaro. Régimen General de los Contratos Asociativos, con particular referencia a su duración temporal. Revista de Derecho, Volumen 11, Perú, 2010.

contratos en los que las partes colaboran para la constitución de un ente (v.gr., sociedad)<sup>48</sup>.

### **1.3.2 La colaboración que prestan las partes en el contrato.**

a) Cuando la colaboración es unilateral como el mandato; b) si es recíproca como el contrato de franquicia; c) si la colaboración es de dos o más sujetos que persiguen un objetivo común con la creación de una tercera figura jurídica como las sociedades<sup>49</sup>.

### **1.3.3 Creación o no de una persona jurídica**

Encontramos que uno de los criterios más utilizados por los doctrinantes para clasificar los contratos de cooperación empresarial, es la creación o no de una persona jurídica, es un criterio que hace parte de los contratos de cooperación empresarial entendidos en sentido amplio<sup>50</sup>, permitiendo identificar aquellos contratos

que crean una nueva persona jurídica (v.gr., las sociedades, las fundaciones y las asociaciones) y aquellos que no (v.gr., las *joint venture*, los consorcios, las uniones temporales, la franquicia, la agencia, y el suministro, etc.).

Sin embargo, el criterio de generar o no una nueva persona jurídica, no corresponde a la acepción escogida para los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido, debido a que los contratos que generan personería jurídica, como las sociedades, corresponden a intereses totalmente idénticos.

---

<sup>48</sup> Veáse FARINA, Juan. *Contratos comerciales modernos*. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005, p.415.

<sup>49</sup> ETCHEVERRY, Raúl. *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*. Ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005, p. 150.

<sup>50</sup> GUAL DALMAU, María Asunción. *Las cuentas en participación*. Ed. Civitas, 1a. Edición, 1993. En las Segundas Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Mendoza en abril de 1991, “Los contratos de dominación y colaboración empresaria. Aprobó por unanimidad .1. Son contratos de colaboración los que tienen por finalidad la consecución de un propósito común. No son confundibles con los de cambio”.

Cuando analizamos las anteriores clasificaciones, surge la siguiente pregunta: ¿Para qué clasificar los contratos de cooperación empresarial? ¿Cuál es la utilidad de que sean clasificados bajo dichos criterios?

Las clasificaciones pueden ser tan variadas como intérpretes exista. Lo sustancial es entender que las clasificaciones deben responder a una utilidad. Clasificar significa “ordenar o disponer por clases”<sup>51</sup>, en esa medida, para poder ordenar es necesario encontrar criterios o pautas que permitan diferenciar una cosa de otra, en este caso, unos contratos de otros.

La utilidad de clasificar los contratos puede justificarse, por ejemplo, para identificar las principales características del contrato, su régimen aplicable, etc. En este caso, la utilidad de clasificar los contratos de cooperación empresarial, tiene como fundamento la dificultad de estudiar su régimen de responsabilidad contractual cuando estos contratos pueden ser entendidos en sentido amplio o en sentido restringido<sup>52</sup>, lo que hace de estos contratos un concepto tan complejo, que sirve para albergar muchos contratos dentro de este género, dificultando una identificación detallada del régimen de responsabilidad contractual propio de estos contratos.

Una de las clasificaciones más destacadas sobre la materia, es la que presenta el doctrinante Efraín Richard, quien clasifica los contratos de cooperación empresarial bajo el criterio de ser o no contratos plurilaterales:

- “1) Sin finalidad común, sin contrato plurilateral, en los que existen relaciones complejas, integrando procesos con control, dirección y asistencia con diversos grados de participación, como el mandato, la franquicia, la distribución y la agencia.
- 2) Con finalidad común, con contrato plurilateral, (v.rg., negocios en participación).

Dentro de los contratos con finalidad común:

---

<sup>51</sup> Real Academia Española. Definición Clasificar.

<sup>52</sup> CABAÑELAS, Guillermo y KELLY, Julio Alberto, Contratos de colaboración empresaria, Buenos Aires, Heliasta, 1973, p.11. “Entendida la colaboración empresaria en un *sentido amplio*, todos los contratos son aptos para realizarla y la expresión “contratos de colaboración empresaria”, no agregaría nada a la de contratos de empresa o simplemente contratos”.

2.1. Sin organización, contratos discretos (negocio en participación)

2.1. Con organización:

2.1.1. Que no generan personificación jurídica o de administración (v.rg., ACE, UT, Consorcio de colaboración, sindicación de acciones).

2.1.2. Que generan personería jurídica (v.rg., negocio constitutivo de sociedad, .cooperativa, asociación.”<sup>53</sup>

La clasificación tiene unos criterios claros y diferenciables entre sí, es creada sobre la base de un contrato plurilateral, en el que se considera los contratos como el mandato, la franquicia, la distribución y la agencia, como contratos sin finalidad común por no ser contratos plurilaterales.

El jurista Ascarelli<sup>54</sup> define los contratos plurilaterales como aquellos contratos en donde los intereses de dos o más partes convergen en un mismo centro de interés, es decir, lo que caracteriza esta clase de contratos no es el número de partícipes superior a dos, sino el hecho de que las prestaciones de cada contratante estén dirigidas a la consecución de un fin común, a diferencia de los contratos de cambio, en los cuales existen dos centros de interés contrapuestos<sup>55</sup>.

En la legislación colombiana los contratos plurilaterales se introdujeron con el Código de Comercio en los artículos 865 y 903, en donde la pluralidad de sujetos que conforma la relación contractual, tiene por objeto conseguir un fin que es común para todos ellos<sup>56</sup>. Al

---

<sup>53</sup> RICHARD, Efraín. *Regulación de los contratos de Colaboración Empresaria*, p.115. Online. Consultado el 15/07/14. 18:00. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-013/index/assoc/D4439.dir/sec8001g.pdf>

<sup>54</sup> Como lo cita Massimo Bianca en su obra *Derecho Civil: Ascarelli, Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, en Foro Lomb. 1932,439. Citado en Derecho Civil, Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.77. Los contratos plurilaterales fueron introducidos en el Código Civil Italiano de 1942 en los arts.1420, 1446, 1459 y 1466 C.C.

<sup>55</sup> ASCARELLI, Tulio. *Contratto plurilaterale e negozio plurilaterale*, en Foro Lomb. 1932,439. Citado por Massimo Bianca en Derecho Civil, Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.78.

<sup>56</sup> NARVÁEZ, José. Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles, Ed., Legis, Bogotá, 2002, p.66. PEÑA, Lisandro. *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Ed., Temis, Bogotá, 2012, p.86. Es importante distinguir, los contratos plurilaterales que tienen por objeto un fin común y las obligaciones con sujeto plural, en las que participan más de dos sujetos como activos o pasivos. Al respecto véase: HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones. Tomo I. Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 313-366.

respecto la jurisprudencia ha diferenciado los contratos con prestaciones recíprocas (bilaterales) de los plurilaterales como aquellos “*en los que las prestaciones de todos los sujetos involucrados están enderezadas a la obtención de un propósito que es común, como ocurre de manera paradigmática en los contratos de naturaleza asociativa*”<sup>57</sup>.

El contrato plurilateral se caracteriza por la existencia de varios intereses que se encuentran dirigidos al logro de un fin común, sin que la prestación de un centro de interés se ejecute de forma exclusiva en el interés de la otra<sup>58</sup>. Por lo tanto, “(...) la genuina categoría de los llamados contratos plurilaterales contempla los contratos de contenido asociativo (...)”<sup>59</sup> como lo son los contratos de cooperación empresarial.

El fin común o la comunidad de fin, a que se hace referencia, no es el fin contractual considerado en su conjunto, porque, cualquier género o especie de contrato tiene por objeto la satisfacción de los intereses de los contratantes, se trata del fin común, entendido como las actividades conjuntas que se deben ejecutar para la satisfacción de los intereses del centro de interés, que es común a las partes<sup>60</sup>.

Por lo anterior, hacemos referencia a los contratos plurilaterales<sup>61</sup> como aquellos contratos que tienen por objeto la consecución de un fin común, sin que se vea afectado el negocio jurídico por alguna vicisitud que se presente con alguna de las relaciones que lo conforman, como lo son los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido.

---

<sup>57</sup> C.S. de J. Sala Civil. Sentencia 26 de agosto de 2011. Expediente 05001-3103-016-2002-00007-01, M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

<sup>58</sup> BIANCA, Cesare. Derecho Civil, Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.78.

<sup>59</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, I, Introducción, Teoría del contrato, 6Ed., Thomson, Civitas, Pamplona, 2007, p.168. Citado por Oviedo Alban, Jorge. *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*, Ed., Universidad de la Sabana y Biblioteca jurídica Diké, 2010, p.269.

<sup>60</sup> G.B.Ferri. “*Parte del negozio*”, Enc.dir., XXXI, 901. Citado por Massimo Bianca en Derecho Civil, Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 78.

<sup>61</sup> El doctrinante Efraín Richard ha planteado la posibilidad de la existencia de contratos plurilaterales funcionales y estructurales. Los funcionales tienen por objeto la finalidad común, donde las vicisitudes de una relación no afectan al negocio en total, y los plurilaterales estructurales son aquellos que tienen en cuenta las partes sólo como centros de interés, es decir, que resulta de la necesidad de la existencia de tres partes, como en la delegación, aunque en éstos últimos las partes no compartan una función o finalidad en común.

Sin embargo, es importante advertir que autores como Messineo, Spota y Fueyo ubican al contrato de mandato, franquicia, distribución y agencia, también como contratos de cooperación empresarial, porque en éstos contratos media una función de cooperación para perseguir un interés común<sup>62</sup>.

#### **1.4. Contratos objeto de estudio**

El propósito con el presente acápite no es crear una clasificación que englobe todos los contratos de cooperación empresarial para identificar el régimen de responsabilidad contractual. El objetivo está encaminado a encontrar un criterio que permita clasificar los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido, de acuerdo a la responsabilidad que asumen las partes.

Para encontrar el criterio determinante, tenemos que remitirnos al fundamento de los contratos de cooperación empresarial.

##### **1.4.1. Compartir riesgos y utilidades como criterio clasificador**

Con la libre competencia, el crecimiento de los mercados y el desarrollo de contratos de gran envergadura con altos costos y grandes riesgos, trajo consigo que los empresarios buscaran nuevas alternativas contractuales para poder sobrevivir a un mercado competitivo<sup>63</sup>.

En esa medida, la empresa como realidad socio-económica<sup>64</sup>, buscó a través de diversas alternativas de vinculación con otras empresas, *compartir riesgos* y *compartir utilidades*, con el fin de poder responder a las nuevas necesidades de la economía internacional.

---

<sup>62</sup> RICHARD, Efraín. *La reforma del código civil y comercial: los contratos asociativos y la ley general de sociedades*. Revista de la Facultad, Vol. IV N° 1 Nueva Serie II (2013). Universidad Nacional de Córdoba, 2013, pp. 6 y 12.

<sup>63</sup> Ver E. ZALDÍVAR, R. MANOVIL, G. RAGAZZI, “*Contratos de colaboración empresarial*”, Ed., Abeledo Perrot, 1986, p. 13.

<sup>64</sup> RICHARD, Efraín. *La reforma del código civil y comercial: los contratos asociativos y la ley general de sociedades*. Revista de la Facultad, Vol. IV N° 1 Nueva Serie II (2013). Universidad Nacional de Córdoba, 2013, p., 3.

Cuando las empresas deciden *compartir riesgos y utilidades*, se convierte en el criterio determinante al momento de encontrar los modelos contractuales que mejor se adapten a sus necesidades, en donde los objetivos de las empresas se encuentran dirigidos a la distribución del riesgo y, por consiguiente, a la determinación de la responsabilidad que asumen las partes. En cuanto a los riesgos, estos pueden ser previsibles como aquellos que se determinan al momento de celebrarse el contrato, o imprevisibles como aquellos que pueden ocurrir durante la ejecución del contrato, igualmente pueden tratarse de riesgos operativos, legales, etc.

Para la economía, *compartir riesgos y utilidades* corresponde a una variable de inversión y un criterio definitivo para calcular los costes de transacción<sup>65</sup>, por esta razón, es tan importante que las empresas prefieran aminorar costos y posibles responsabilidades en inversiones en donde se pueda poner en peligro la existencia de la misma empresa.

*Compartir riesgos y utilidades*, resulta ser el criterio clasificador más pertinente para la presente monografía, ya que al distribuir los riesgos y utilidades a través de un contrato de cooperación empresarial se logra identificar la responsabilidad de los partícipes de acuerdo a las cargas que acordaron asumir, que en algunos casos pueden resultar equitativas y en otros casos desproporcionadas.

### **1.3.2 Los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades son por esencia plurilaterales**

Los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido que comparten riesgos y utilidades son por esencia plurilaterales, ya que los intereses de las partes convergen en un mismo centro de interés que es común, de lo contrario, las partes no estarían dispuestas a iniciar una relación contractual en la que todos asumen obligaciones, riesgos y utilidades de forma compartida.

---

<sup>65</sup> GARCÍA CANAL, Esteban. *La forma contractual de los acuerdos de cooperación horizontales: empresas conjuntas frente a acuerdos contractuales*. Artículo. Universidad de Oviedo. Consultado el 21/01/15 23:21 pm. <http://www.unioviado.es/egarcia/ARTMT5.PDF>.

Se trata de contratos horizontales en donde todos los integrantes participan directamente en la realización de las actividades objeto de la cooperación, poniendo en común parte de sus activos, *compartiendo riesgos y utilidades*, ejecutando actividades compartidas y asumiendo en la mayoría de los casos una responsabilidad solidaria. Las empresas en estos contratos se comprometen a trabajar conjuntamente con el fin de alcanzar un objetivo común. Por ejemplo, el acuerdo horizontal celebrado entre Bull, ICL y Siemens en 1984 para la creación de un laboratorio de investigación<sup>66</sup>.

Dentro de los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido que comparten riesgos y utilidades, podemos clasificar los contratos atípicos plurilaterales: los consorcios, las uniones temporales y las *joint ventures*, y como contrato típico plurilateral: las cuentas en participación.

Los contratos como franquicia, agencia y suministro, aunque son contratos de cooperación empresarial que no generan una nueva persona jurídica, no comparten riesgos ni utilidades, reciben a cambio contraprestaciones y tienen la calidad de contratos bilaterales. Se trata de contratos o acuerdos verticales en donde existe una relación comprador-vendedor entre las partes, realizando actividades coordinadas y no compartidas, en donde las empresas instauran una coordinación parcial de las actividades que permiten alcanzar el objetivo propuesto por las partes<sup>67</sup>.

Por ejemplo, el contrato de franquicia entendido como "un contrato por virtud del cual un sujeto denominado *franquiciante*, autoriza a otro, denominado *franquiciado*, para que explote, de manera relativamente autónoma e independiente, un negocio en un ramo específico, utilizando los signos de propiedad industrial y valiéndose del Know-How de aquel – *el franquiciante*- a cambio del pago de una contraprestación que, según lo pactado en el contrato"<sup>68</sup> en el cual no existe una puesta en común de recursos y de ganancias.

---

<sup>66</sup> GARCÍA CANAL, Esteban. *La forma contractual de los acuerdos de cooperación horizontales: empresas conjuntas frente a acuerdos contractuales*. Artículo. Universidad de Oviedo. Consultado el 21/01/15 23:21 pm. <http://www.unioviado.es/egarcia/ARTMT5.PDF>.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> "La contraprestación, apenas lógica, por parte del tomador, es el pago de unas regalías al franquiciante las cuales compensan la relación contractual mientras está vigente. El pacto de regalías es esencial al contrato. Su

En suma, en la presente monografía se hará un estudio sobre la responsabilidad contractual de los contratos de cooperación empresarial que no crean una nueva persona jurídica - *sentido restringido* - que comparten riesgos y utilidades al ser acuerdos horizontales plurilaterales, y que a su vez se clasifican en contratos típicos y atípicos. Hacemos referencia a los consorcios, uniones temporales, cuentas en participación y a las *joint ventures contractuales*, contratos que en esta oportunidad serán estudiados sobre la base de la responsabilidad civil contractual.

---

forma de pago es accidental". QUINTERO, Pablo. El contrato de franquicia, Ed., Universidad Javeriana, Bogotá, 2012, p.52 y 63.

## LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE COOPERACIÓN EMPRESARIAL

Cuando hablamos de la responsabilidad contractual hacemos referencia a la obligación de indemnizar los daños sufridos por un contratante, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del otro contratante<sup>69</sup>.

Sin embargo, no debemos olvidar que la responsabilidad contractual surge con la inejecución total o parcial, la inejecución imperfecta o la ejecución tardía de las obligaciones pactadas por las partes. Por lo tanto, podemos definir la responsabilidad contractual como aquella que surge por el incumplimiento total, parcial o defectuoso de las obligaciones contraídas en un contrato válidamente celebrado.

La responsabilidad contractual ha sido estudiada sobre varias cuestiones a saber<sup>70</sup>: su existencia<sup>71</sup>; la delimitación de su campo de aplicación respecto de la responsabilidad extracontractual<sup>72</sup>; la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual<sup>73</sup>; la relación entre los intereses de mora e indemnización de perjuicios; la voluntad de las partes respecto del régimen de indemnización; las cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad; las sanciones aplicables al deudor por el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual<sup>74</sup>, etc.

---

<sup>69</sup> Véase PIZARRO, Carlos. *"La responsabilidad contractual en el Derecho Chileno"* en Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños y perjuicios. Ed., Universidad del Rosario, 2010, pp. 299 y ss.

<sup>70</sup> Innumerables temas han sido estudiados sobre la responsabilidad contractual, lo que hace imposible su delimitación.

<sup>71</sup> LARROUMET, Christian. *"A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente"*, en Carlos Pizarro Wilson (coord.), vol.1., Cuadernos de análisis jurídicos, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2004.

<sup>72</sup> ALESSANDRI, Arturo. *"De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno"*, Santiago, Universitaria, 1943, n° 25, p.42. Citado por Tamayo, Javier en Tratado de Responsabilidad Civil. Relaciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Tomo I, Ed., Legis, Bogotá, 2013.

<sup>73</sup> Véase TAMAYO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil. *Relaciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual*. Tomo I, Ed., Legis, Bogotá, 2013, p.399.

<sup>74</sup> PIZARRO, Carlos. *"Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual. Publicado en Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños"*, Ed., Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p.209.

Estos estudios y debates doctrinales han permitido consolidar la responsabilidad contractual como un tópico legal de obligatorio estudio, el cual se ha concentrado sobre los contratos unilaterales y bilaterales. No obstante, con el crecimiento de la economía, los contratos de cooperación empresarial han venido ocupando un lugar importante dentro del Derecho Contemporáneo de las Obligaciones, en donde las partes desarrollan de forma conjunta la operación económica<sup>75</sup>, surgiendo de esta forma nuevos interrogantes en cuanto al régimen de responsabilidad contractual aplicable.

De esta manera, estudiaremos los presupuestos estructurales de la responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial (PARTE I) para posteriormente examinar sus efectos (PARTE II).

---

<sup>75</sup> CHÉNEDÉ, Françoise. *Las Conmutaciones en el Derecho Privado*. Constitución a la Teoría General de las obligaciones. Revista Chilena de Derecho Privado, N°18, pp.123-148, julio, 2012. [Online] “En definitiva, las distinciones realizadas por Aristóteles entre conmutaciones y distribuciones, por un lado, y las voluntarias e involuntarias, por otro lado, son la verdadera estructura del Derecho Contemporáneo de las Obligaciones. En efecto, incluso, si las relaciones económicas han cambiado notablemente, las distinciones aristotélicas siguen siendo pertinentes: hoy tanto como ayer, las operaciones económicas regidas por el Derecho de las Obligaciones son siempre transferencias de valores (voluntarias o impuestas) o distribución de valores. Así las cosas, hay que admitir que, incluso, hoy, la teoría general de las obligaciones debe ser organizada partiendo de la base de la división fundamental”.

## I PARTE

### PRESUPUESTOS ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE COOPERACIÓN EMPRESARIAL

#### Título I. Elementos *sine qua non* de la responsabilidad contractual

Como elementos estructurales de la responsabilidad contractual identificamos el daño, el nexo causal y la imputación. Los anteriores elementos constituyen la base estructural de la responsabilidad de cualquier contrato, incluidos los contratos de cooperación empresarial.

#### Sección I. El Daño

El daño hace parte de los elementos estructurales de la responsabilidad contractual como extracontractual<sup>76</sup>. El daño de acuerdo a la definición otorgada por la Real Academia Española hace referencia al “efecto de dañar” lo que a su vez significa “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”<sup>77</sup>, el daño para la responsabilidad civil contractual se encuentra circunscrito al perjuicio que sufre el contratante cumplido por el incumplimiento total, parcial o defectuoso de las obligaciones contractuales.

El daño causado en la responsabilidad civil contractual se materializa en lo que se conoce como daño emergente y lucro cesante, regulados en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil<sup>78</sup>. El daño emergente entendido como “el perjuicio o la pérdida que

---

<sup>76</sup> C.S., de J., sentencia del 18 de diciembre de 2008. Ref: 2005 – 0031. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

<sup>77</sup> Real Academia Española. Online.

<sup>78</sup> “El artículo 1613 C.C. se refiere al daño emergente y lucro cesante. Con el primero hay una lesión de un derecho patrimonial; con el segundo se reconoce la reparación por el entorpecimiento de un enriquecimiento cierto. Al parecer, el criterio diferenciador de uno y otro es la salida de un derecho patrimonial –daño emergente– o su no ingreso –lucro cesante–. En definitiva, con estos arquetipos del daño patrimonial se produce un empobrecimiento en el patrimonio de la víctima. La reparación persigue, pues, restablecer la situación patrimonial de la víctima. (...) Se indemnizan todos los rubros que sean consecuencia directa del hecho dañino y cuyo restablecimiento permita volver a la situación que antecedió al daño o, al menos, a la que más se le parezca. Se busca mediante la indemnización, que la víctima del daño tenga el dinero para reemplazar el bien, o el dinero necesario para realizar las reparaciones indispensables para que vuelva a cumplir la función que venía cumpliendo antes del hecho dañino (...) es así como la reparación del daño

proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”<sup>79</sup>, perjuicio que debe resarcirse al causar la pérdida de un bien o un derecho que ya estaban incorporados al patrimonio de la víctima<sup>80</sup>.

El lucro cesante hace referencia a “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”<sup>81</sup>, es decir, las ganancias, utilidades o el provecho que la parte afectada esperaba obtener en virtud de la celebración del contrato y que debe ser reparado por la parte incumplida del contrato<sup>82</sup>.

Los daños que se ocasionan en la responsabilidad contractual revisten tres características a saber: deben ser ciertos y por lo tanto susceptibles de acreditación por parte del interesado<sup>83</sup>, deben ser directos como consecuencia inmediata del incumplimiento<sup>84</sup> (relación de causalidad) y legítimos en la medida en que el ordenamiento

---

*emergente dependerá del nivel de afectación del bien*” HENAO, Juan Carlos. *El daño*, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp.204 y 205.

<sup>79</sup> Código Civil Col. Artículo 1614.

<sup>80</sup> MOISSET DE ESPANÉS, Luis, TINTI Guillermo y CALDERÓN, Maximiliano. Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. *Daño emergente y lucro cesante*. Consultado 26/05/2016 1.00 pm [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at_download/file).

<sup>81</sup> Código Civil Col. Artículo 1614.

<sup>82</sup> “[a]l tenor del artículo 1614 del C.C., existe respecto de la noción de lucro cesante una relación de causa a efecto entre el incumplimiento de las obligaciones contractuales en los términos en que éstas fueron concebidas en el contrato y la ganancia o provecho que la convención deja de reportar justamente en razón a la infracción de las mismas; es decir que, en principio, el provecho que deja de reportar el otro contratante debe resultar de contrastar los exactos términos de las prestaciones acordadas, no solo en cuanto a su objeto sino también a su duración. De manera que quien a raíz de un acuerdo de voluntades espera recibir por largo tiempo unas ganancias y fue precisamente esa la razón de ser del compromiso y la del plazo pactado, en principio debe recibirlas completas y no disminuidas, pues de lo contrario quedaría al arbitrio de la parte incumplida reducir los efectos temporales del contrato; todo ello sin perjuicio, claro está, de que el demandado demuestre que aún terminado a su antojo el vínculo, por la no ejecución del contrato en el término que resta no se generaron los perjuicios reclamados por el actor a la luz del pacto roto, o que los que se puedan generar son inferiores a los deducibles a primera vista del contrato mismo” Cas. Civ., sentencia de 13 de junio de 1997, expediente No. 4471.

<sup>83</sup> C.S., de J., sentencia del 18 de diciembre de 2008. Ref: 2005 – 0031. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

<sup>84</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1008/10. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

jurídico proteja el derecho vulnerado<sup>85</sup>. Igualmente, pueden ser presentes y futuros pero cumpliendo con los anteriores requisitos<sup>86</sup>.

### 1. El daño en los contratos de cooperación empresarial

En los contratos de cooperación empresarial el concepto de daño en la responsabilidad no se altera, corresponde al perjuicio que causa el contratante incumplido a su contratante por el incumplimiento total, parcial o defectuoso de las obligaciones contractuales.

Sin embargo, podemos encontrar una diferencia en cuanto a su alcance. Cuando se trata de contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades, por regla general, las partes crean nuevas relaciones contractuales para el logro de ese fin común, aunque no hagan parte en sí mismas del contrato de cooperación. Por ejemplo, el contrato de Consorcio que tiene como propósito reunir esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica, por parte de dos o más personas, constituye una nueva relación contractual cuando los integrantes deciden contratar con el Estado para el desarrollo de un proyecto particular<sup>87</sup>.

En este caso, los integrantes del Consorcio asumen obligaciones que se derivan del contrato de Consorcio y asumen obligaciones frente a un tercero con el cual todos contrataron. Por esta razón, el perjuicio se puede causar bajo los siguientes supuestos de hecho:

---

<sup>85</sup> Ver TERNERA, Luís Fernando, y TERNERA, Francisco. (2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Revista Opinión Jurídica*, 7(13), 99-112. Retrieved May 25, 2016, from [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-5302008000100005&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-5302008000100005&lng=en&tlng=es)

<sup>86</sup> El daño (emergente o lucro cesante) puede ser presente o futuro, depende del momento en que se aprecie el daño. Por esta razón se puede determinar la siguiente clasificación: **Daño emergente presente:** El que se causa y se materializa entre el hecho dañoso y el momento de su reclamación. Sale un derecho patrimonial del sujeto afectado. **Daño emergente futuro:** El que se materializa durante un tiempo posterior a la presentación de la reclamación. En un tiempo posterior saldrá un derecho patrimonial del sujeto afectado. **Lucro cesante presente:** El acontecimiento que ha impedido el incremento patrimonial se ha realizado en el intervalo que existe entre el hecho dañoso y el momento de su reclamación. No entró un derecho patrimonial al patrimonio del deudor. **Lucro cesante futuro:** El acontecimiento que ha impedido el incremento patrimonial no se ha materializado durante la existencia del hecho dañoso y el momento de su reclamación, pero con plena certeza se espera que ocurra en un tiempo posterior. No entrará un derecho patrimonial al patrimonio del deudor. Al respecto consúltese HENAO, Juan Carlos. *El daño*, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 131 y ss.

<sup>87</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de mayo de 2004, Radicación Número: 15321.

- a) Una parte incumple una obligación conforme al contrato de cooperación, ocasionando un perjuicio para sus otros integrantes, pero no afecta al tercero con el que todos contrataron<sup>88</sup>.
- b) Una parte incumple una obligación del contrato que se celebró con el tercero, ocasionando un perjuicio para sus otros integrantes y al tercero con el que contrataron<sup>89</sup>.
- c) Una parte incumple una obligación conforme al contrato de cooperación y al contrato que suscribieron con el tercero, ocasionando un perjuicio para los otros integrantes, quienes diligentemente adoptaron medidas de contingencia para evitar que el tercero con que contrataron sufra un perjuicio por el incumplimiento de uno de los integrantes<sup>90</sup>.
- d) Una parte incumple una obligación conforme al contrato de cooperación y al contrato que suscribieron con el tercero, ocasionando un perjuicio para los otros integrantes, y para el tercero con que contrataron<sup>91</sup>.

De los cuatro supuestos de hecho, podemos identificar que el contratante cumplido también puede causar (jurídicamente y no materialmente) un perjuicio contractual en virtud del incumplimiento de otro contratante; que todas las partes de un contrato de cooperación empresarial siempre resultan afectadas si una de las partes incumple una de las obligaciones contenidas en el contrato de cooperación empresarial o en el contrato que celebraron con el tercero; las partes pueden prevenir que se le cause un perjuicio al tercero si adoptan medidas de contingencia. En esa medida, se puede considerar que el alcance del daño no

---

<sup>88</sup> Por ejemplo, cuando una de las partes incumple la cláusula de confidencialidad del contrato de cooperación empresarial, sin causar un perjuicio a la tercera parte con que contrataron.

<sup>89</sup> Puede ocurrir cuando una parte incumple la cláusula de derechos de autor o una cláusula de confidencialidad del contrato con la tercera parte y todos los integrantes del contrato de cooperación empresarial tienen que responder ante esa tercera parte por los daños causados.

<sup>90</sup> Este caso se puede presentar cuando una de las partes tenía a cargo la realización de los estudios previos del proyecto, pero por su incumplimiento las otras partes tienen que contratar a un tercero para que realice los estudios y de esta forma la tercera parte no resulte perjudicada.

<sup>91</sup> Este es el caso más común en la contratación estatal cuando hacen uso de estas figuras contractuales, en el que la parte encargada de ejecutar el proyecto incumple, las obras no se realizan, pero todas las partes de contrato de cooperación empresarial responden por los daños ocasionados a la tercera parte, que en estos casos es el Estado.

siempre puede ser en virtud del que ocasionó el incumplimiento materialmente en los contratos de cooperación empresarial.

En este punto surge la siguiente pregunta: ¿Por qué es necesario analizar las relaciones contractuales que surgen de la ejecución de los contratos de cooperación empresarial, si se tratan de relaciones jurídicas independientes? Teóricamente esta pregunta se puede responder a la luz del fenómeno de la conexidad contractual<sup>92</sup> y desde la práctica, porque en los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido, que comparten riesgos y utilidades, no existe una persona jurídica que responda y se haga cargo de la ejecución de un contrato que es de interés común, necesitando de otros contratos que sirvan como instrumento para su realización. En este punto, es importante advertir que se trata de "terceros" con los cuales existe una relación contractual que los vincula.

Los integrantes de los contratos de cooperación empresarial al crear nuevas relaciones contractuales, deben tener en cuenta que los daños que se pueden ocasionar por el incumplimiento del contrato de cooperación o el incumplimiento del contrato con terceros con los cuales contrataron, puede sobrellevar a que todos los integrantes deban responder por los daños que se ocasionen al decidir compartir riesgos y utilidades.

Con el fin de mitigar la causación de posibles daños cuando se trata de proyectos de gran envergadura, se acostumbra a realizar una matriz de riesgos, en donde las partes identifican los riesgos a los que están expuestos, determinan las medidas de prevención y control, y hacen un cálculo de los posibles daños que pueden ocurrir y sobre los cuales tienen que responder.

## **Sección II. Nexo causal**

El nexo causal es uno de los elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual con menos desarrollo jurisprudencial y doctrinal<sup>93</sup>. Esto se debe a que el

---

<sup>92</sup> Es decir, que los contratos se dejan de ver aislados y se analizan en conjunto de acuerdo a la función de la operación económica que persiguen.

<sup>93</sup> No obstante, sobre el tema se destaca la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala civil, del 9 de

análisis se reduce a la aplicación del sentido común, las máximas de la experiencia, la razonabilidad, a los juicios de probabilidad y al material probatorio que presentan las partes dentro de un proceso judicial.

En la responsabilidad contractual puede concurrir la causalidad física y la causalidad jurídica, la primera hace referencia al hecho fáctico realizado por la parte, y la segunda a que dicho hecho sea imputable jurídicamente al responsable del daño. En algunos casos, puede existir sólo causalidad jurídica y no física, esto ocurre cuando una de las partes omite realizar la conducta a la que se obligó contractualmente y genera como consecuencia la producción del daño por su inejecución, es decir, que por la omisión de su conducta es jurídicamente imputable del daño causado, sin que haya existido causalidad física<sup>94</sup>.

En otros casos puede existir sólo causalidad física y no jurídica, por ejemplo, cuando se demuestra la ocurrencia de una causa extraña lo cual impide que el hecho se le impute jurídicamente al causante del daño.

El nexo causal en la responsabilidad contractual hace referencia a que los daños causados sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento contractual<sup>95</sup>, de este modo, el incumplimiento de las obligaciones contraídas y el hecho dañoso son condiciones imprescindibles para que exista responsabilidad civil contractual.

### **1. El Nexo causal en los contratos de cooperación empresarial**

En los contratos de cooperación empresarial el nexo causal también se encuentra circunscrito al incumplimiento contractual y al daño ocasionado. Sin embargo, las partes deben tener en cuenta que pueden responder por los daños ocasionados a terceros, así no

---

diciembre de 2013. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

<sup>94</sup> TAMAYO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil. *Relaciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual*. Tomo I, Ed., Legis, Bogotá, 2013, p.249.

<sup>95</sup> C.S., de J., Sala Civil, sentencia del 18 de diciembre de 2008. Ref: 2005 – 0031. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

haya existido causalidad física de su parte, pero sí causalidad jurídica, al tratarse de contratos plurilaterales, que comparten riesgos y utilidades.

### **Sección III. Imputación**

En la responsabilidad contractual la imputación recae sobre la parte que incumple la prestación a la que se comprometió, en este caso, la identificación del responsable en principio no genera problemas porque el sujeto al cual se le imputa el incumplimiento se determina por la obligación incumplida<sup>96</sup>. Sin embargo, existen ciertos casos en donde identificar al sujeto imputable jurídicamente no resulta tan fácil cuando la imputación del hecho dañoso (individualización del autor del daño) no corresponde al sujeto responsable por el daño (individualización del responsable del daño), en especial, cuando las partes de un contrato de cooperación empresarial se distribuyen las obligaciones del contrato celebrado con un tercero.

#### **1. La imputación en los contratos de cooperación empresarial**

La imputación recae sobre la parte que incumple la prestación a la que se comprometió, por esta razón, en el evento en que las partes del contrato de cooperación empresarial decidan crear nuevas relaciones contractuales con terceros y exista un incumplimiento, todas resultarán imputables por la prestación incumplida, aunque no todas hayan contribuido con el incumplimiento, ya que cada una de ellas tiene la calidad de deudores ante dicha relación contractual<sup>97</sup>.

Por ejemplo, cuando uno de los miembros de una unión temporal es el causante del incumplimiento contractual asumido con un tercero, todos los miembros del contrato de cooperación empresarial asumen la calidad de imputables por el incumplimiento, así no

---

<sup>96</sup> TAMAYO, Javier, Op.cit., p. 249.

<sup>97</sup> Artículo 825 del Código de Comercio.

hayan sido los autores del mismo, ya que en esta clase de contratos sus integrantes responden solidariamente respecto de las obligaciones asumidas<sup>98</sup>.

En otros casos, el incumplimiento puede resultar inicialmente imputable, pero si se demuestra la existencia de una causa extraña, se rompe el nexo de causalidad y jurídicamente se considera que no es responsable por el daño ocasionado, por lo anterior, no se estaría en el deber jurídico de reparar.

## **Título II. La culpa en la responsabilidad contractual**

¿Qué es la culpa? De acuerdo a la Real Academia Española, la culpa es la "Omisión de la diligencia exigible a alguien, que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal", se trata de un elemento subjetivo de carácter volitivo, en donde se califica el comportamiento del sujeto que causó el hecho dañoso.

La culpa como un juicio de valor que califica el actuar de un sujeto, ha tenido incidencia en la responsabilidad contractual y extracontractual. En la responsabilidad contractual el artículo 63 del Código Civil contempla un sistema tripartito de graduación de la culpabilidad civil: (i) culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; (ii) culpa leve, descuido leve o descuido ligero (iii) culpa o descuido levísimo. En cuanto el artículo 1604 del C.C., establece los casos en que el deudor es responsable por la culpa lata, leve, o levísima de acuerdo a la utilidad que reporte para las partes el contrato.

Es importante advertir, que esta regulación se refiere a los contratos, más no a delitos y cuasi delitos<sup>99</sup>. Asimismo, el juicio de valor sobre el comportamiento del deudor incumplido, no siempre está presente para determinar su responsabilidad, en nuestro

---

<sup>98</sup> Artículo 825 Código de Comercio.

<sup>99</sup> Corte Suprema de Justicia. G.J, T IX, pág. 409.

ordenamiento jurídico encontramos regímenes objetivos que excluyen la culpa como condición de la responsabilidad<sup>100</sup>.

En ese sentido, podemos establecer que la responsabilidad contractual en algunos casos puede ser subjetiva, al tener en cuenta el elemento subjetivo que es la culpa, y en otros casos puede ser objetiva al prescindir por completo de ella.

### **Sección I. La culpa en los contratos de cooperación empresarial**

Cuando analizamos los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades, debemos recordar que la estructura funcional de estos contratos está conformada por obligaciones instrumentales y obligaciones finales, que ejecutan las partes para poder alcanzar la satisfacción de sus intereses, lo que se conoce como fin común.

Se trata de contratos en donde cada una de las partes que componen la relación contractual obtiene un beneficio, de lo contrario no estarían dispuestas a compartir riesgos para el logro de un fin que en sí mismo es común. En ese sentido, podemos enmarcar los contratos de cooperación empresarial en la culpa leve que establece el artículo 1604 del C.C., y que define el artículo 63 del C.C., bajo los siguientes términos "es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios (...) El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa". En este caso, el código civil concuerda con el sentido funcional de los contratos de cooperación empresarial, planteando el modelo ideal de diligencia que deben seguir las partes, en donde cada una de ellas administra un negocio que es propio, aunque compartido.

No obstante, la culpa no siempre tiene que ser leve y estar presente para determinar la responsabilidad del deudor incumplido: (1) las partes en ejercicio de la autonomía de la

---

<sup>100</sup> MANTILLA, Fabricio. *El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*. Opinión jurídica, Vol.6 N°11, pp.129-150 ISSN 1692-2530, enero-junio 2007, Medellín, Colombia.

voluntad la pueden agravar, limitar o excluir<sup>101</sup>, siempre y cuando no vulneren las normas de orden público, es decir, no pueden exonerar al deudor cuando existe culpa grave<sup>102</sup>; (2) cuando las partes celebran nuevas relaciones contractuales en desarrollo del contrato de cooperación, dependerá de la utilidad y/o beneficio que reporte dicha relación contractual<sup>103</sup> y (3) cuando la obligación incumplida sea de resultado, no se emite ningún juicio de valor sobre el comportamiento del deudor<sup>104</sup>.

Por lo anterior, en los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades, en algunos casos puede aplicarse la culpa leve, en otros casos la culpa se puede agravar, limitar o excluir, en otros casos dependerá de la relación contractual suscrita con el tercero, y en otros casos la culpa no se tendrá en cuenta si la obligación incumplida es de resultado. En conclusión, depende del contenido de la obligación a la cual se hayan sometido las partes.

En este orden de ideas, lo más importante es determinar el tipo de obligación al cual se comprometieron los deudores para establecer si se encuentran o no en el deber de probar la culpa ante el incumplimiento contractual.

## **Sección II. Alcance de las obligaciones de medios y de resultado**

La creación de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado la introdujo René Demogue<sup>105</sup>, para explicar la variedad de tratamientos que la jurisprudencia francesa aplicaba en sus fallos sobre el resarcimiento de daños y perjuicios causados en virtud de los incumplimientos contractuales: en algunos casos exigía que el demandante probara la culpa del deudor incumplido, en otros casos, el demandante no tenía que probar la culpa del deudor, pero este último podía exonerarse probando que había obrado sin

---

<sup>101</sup> Véase DÍAZ, Indira. *Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos*. Revista de Derecho Privado, n.º 23, julio - diciembre de 2012, pp. 139 a 190.

<sup>102</sup> Por ejemplo, las partes pueden agravar la responsabilidad sobre aquel que incumpla la obligación de la cual todos tengan que responder, en virtud de una relación contractual que celebraron con un tercero, en desarrollo de un contrato de cooperación empresarial.

<sup>103</sup> Artículo 1604 del Código Civil.

<sup>104</sup> LARROUMET, Op. cit, p.21

<sup>105</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. Vº 1237, T.V. Rousseau, París, 1925.

culpa, y en otros, el deudor incumplido solamente se podía exonerar demostrando la existencia de una causa extraña<sup>106</sup>.

Para tratar de esclarecer el tratamiento aplicable ante el incumplimiento contractual, la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado surge como una forma de distinción entre dos categorías de obligaciones: *“el deudor cuya obligación es de resultado, se compromete a llegar a este resultado o a la finalidad impuesta por la ley o el contrato, mientras que el deudor de una obligación de medios se compromete a tomar todas las precauciones que le conduzcan a la normal obtención del resultado impuesto por la ley o el contrato”*<sup>107</sup>.

A continuación, estudiaremos la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado ante el incumplimiento contractual (1.) y su aplicación en el derecho colombiano (2.).

### **1. Distinción entre las obligaciones de medios y de resultado**

Como se mencionó anteriormente, las obligaciones de medios y de resultado nacen del incumplimiento contractual para establecer a qué régimen jurídico de responsabilidad pertenecen si es objetivo o subjetivo.

#### **A. Obligaciones de medios**

Se ha entendido que el deudor en las obligaciones de medios se obliga a hacer todo lo que ha de esperarse de una persona diligente para el cumplimiento de la prestación<sup>108</sup>, teniendo que obrar con la debida prudencia y diligencia para procurar la satisfacción de su acreedor,<sup>109</sup> pero sin estar obligado a obtener una finalidad específica.

---

<sup>106</sup> LARROUMET, Op.cit., p.19.

<sup>107</sup> DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. V., No. 1237, et VI, n. 599.

<sup>108</sup> ALDANA, Carlos. *Principales clasificaciones de las obligaciones*, en Derecho de las obligaciones, Tomo I, Universidad de los Andes y TEMIS, Bogotá, 2015, p.70.

<sup>109</sup> LARROUMET, Christian. *Teoría General del contrato*, Volumen II, Ed., Temis, Bogotá, 1999, p.20.

Sin embargo, la clasificación de las obligaciones de medios o de resultado nace del incumplimiento contractual, esto es, que ante el incumplimiento se determina el régimen de responsabilidad aplicable, objetivo o subjetivo. Teniendo en cuenta lo anterior, en las obligaciones de medios el deudor se exonera de responsabilidad mediante la prueba de ausencia de culpa. La no satisfacción del acreedor en esta clase de obligaciones no es suficiente para que se declare la responsabilidad de deudor, en este evento, se realiza un juicio de valor sobre la conducta del deudor para determinar si obró bien o mal, es decir, que se trata de un régimen de responsabilidad subjetivo con culpa probada o presunta<sup>110</sup>.

En algunos casos le corresponde al acreedor probar la culpa del deudor (culpa probada) y en otros casos, es el deudor el que le toca probar lo contrario (culpa presunta) al demostrar la debida diligencia. El primer caso se puede apreciar, cuando se trata de la responsabilidad del médico por incumplimiento de los servicios profesionales<sup>111</sup>, como regla general se ha establecido que es el paciente el que tiene que demostrar la culpa del médico (culpa probada)<sup>112</sup>. Sin embargo, en otros casos se ha establecido que la obligación del médico es de resultado, cuando se compromete a obtener un resultado específico como ocurre en las cirugías estéticas, aunque también se encuentran sujetas a valoración, dependiendo del caso específico para determinar si son de medios o de resultado<sup>113</sup>.

El segundo caso, se puede ejemplificar con la pérdida de la cosa que se debe en materia civil, ya que se adopta la presunción de culpa siempre que la cosa perezca en poder del

---

<sup>110</sup>MANTILLA, Fabricio. *El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*. Opinión jurídica, Vol.6 N°11, pp.129-150 ISSN 1692-2530, enero-junio 2007, Medellín, Colombia.

<sup>111</sup> Mantilla Espinosa, Fabricio (2008): "El contrato de prestación de servicios médicos en el derecho colombiano" *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 483-504.

<sup>112</sup> C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sent. 5 de marzo 1940. G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.); C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sent. 12 de septiembre de 1985 (G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.); C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sent.26 de noviembre de 1986 (G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.); C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sent. 8 de mayo de 1990.M.P. Eduardo García Sarmiento; C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sent.12 de julio de 1994.M.P. Pedro Lafont Planetta; C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sent.8 de septiembre de 1998.M.P. Pedro Lafont Planetta ; C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sent. 30 de enero de 2001. MP. Jose Fernando Ramírez Gómez; C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sent. 8 de julio de 2014.M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

<sup>113</sup> C.S. de J., Sala de Casación Civil, Sent. 5 de noviembre de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

deudor<sup>114</sup>, en esa medida, el deudor puede exonerarse si demuestra que obró con diligencia y cuidado. No obstante, en materia mercantil esta regla no aplica para el mismo suceso, es decir, cuando median obligaciones de restituir<sup>115</sup> se prescinde de todo juicio de valor sobre la conducta del deudor y la forma de exonerarse de responsabilidad es con la prueba de la causa extraña que rompe el nexo causal, y no a través de la prueba de diligencia y cuidado, ya que la culpa se excluye<sup>116</sup>.

Como se pudo evidenciar en los anteriores ejemplos, ciertas obligaciones son más complejas y otras están sujetas a la presunción de culpa en contra del deudor. Por consiguiente, hasta este punto se destaca, que no existe un solo criterio que permita determinar cuáles obligaciones son de medios y cuáles son de resultado, la jurisprudencia francesa<sup>117</sup> y colombiana<sup>118</sup> han aplicado diferentes criterios en sus fallos para lograr su identificación. Por esta razón, se ha concluido que se debe estudiar cada caso particular, para establecer si se trata de obligaciones de medios u obligaciones de resultado, debido a la complejidad de los contratos y a las prestaciones que de ellos surgen<sup>119</sup>.

Como lo expone Christian Larroumet, a pesar de la dificultad de encontrar de encontrar un criterio satisfactorio entre las dos categorías de obligaciones, el mérito de esta clasificación se encuentra en el propio principio de distinción, que permite explicar la variedad de tratamientos en cuanto a los regímenes de responsabilidad contractual aplicables<sup>120</sup>.

---

<sup>114</sup> Artículo 1730 del Código civil.

<sup>115</sup> Como el transportador, artículos 982 y 1030 del código de comercio, el depositario, artículo 1171 y el hotelero artículo 1196 del C. de Co.

<sup>116</sup> Al respecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de octubre de 2005 con ponencia del Magistrado Octavio Munar Cadena, estableció que un tenedor prendario (que en el caso particular era un Banco) no se exoneraría de responsabilidad por el incumplimiento de restituir la cosa pignorada, con la demostración de la diligencia y cuidado, su exoneración se encontraba condicionada a la comprobación de una causa extraña.

<sup>117</sup> LARROUMET, Op. cit., pp. 20 y 21

<sup>118</sup> C.S. de J. Sala de casación civil, sent.5 de noviembre de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

<sup>119</sup> Sobre los criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia colombiana para calificar las obligaciones como de medios o de resultado, consúltese: Castañeda, Paola. La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Análisis de los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia. Memoria de grado, dirigida por Fabricio Mantilla Espinosa. Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, inédita.

<sup>120</sup> LARROUMET, Op. cit., p.20

## **B. Las obligaciones de resultado**

En las obligaciones de resultado, el deudor se obliga a procurar un resultado determinado para la satisfacción del acreedor, a diferencia de las obligaciones de medio, el deudor es responsable por el simple hecho de no haber alcanzado el resultado específico al cual se obligó con el acreedor<sup>121</sup>. En este caso, se presume que el daño sufrido por el acreedor se debió al incumplimiento del deudor, aunque éste no haya obrado con culpa.

El comportamiento del deudor no se tiene en cuenta en las obligaciones de resultado, por ésta razón, la culpa en las obligaciones de resultado no tiene incidencia para determinar el incumplimiento del deudor, estamos en presencia ante una genuina responsabilidad objetiva. En ese sentido, no debe confundirse el incumplimiento con la culpa, como tampoco debe confundirse la prueba de la causa extraña como una forma de desvirtuar la “presunción de culpa”, porque la causa extraña rompe es el nexo causal y no el buen actuar del deudor incumplido<sup>122</sup>.

En cuanto a la carga probatoria en las obligaciones de resultado, se pueden identificar tres supuestos: i) el deudor se exonera de responsabilidad por demostrar una causa extraña al romper el nexo causal; ii) el deudor se exonera de responsabilidad alegando únicamente algunos eventos de causa extraña y iii) el deudor no puede exonerarse de responsabilidad.

### **i. El deudor se exonera de responsabilidad por demostrar una causa extraña:**

Ese supuesto, puede ocurrir en los siguientes eventos en materia civil: el mandatario de realizar las órdenes del mandante siempre que la imposibilidad de llevarlas a cabo haya sido por fuerza mayor o caso fortuito (Art.2176 del C.C.); en el depósito necesario, el posadero no es responsable del daño de lo depositado por la ocurrencia fuerza mayor o caso fortuito (Art.2266 del C.C.), el usufructuario de ganados o rebaños se exonera de reponer los animales que mueren o se pierden por la ocurrencia de una causa extraña

---

<sup>121</sup> *Ibíd.* pp.20 y 21.

<sup>122</sup> *Ibíd.* p.21.

(Art. 847.C.C.); el arrendador de pagar la indemnización de perjuicios al arrendatario por la imposibilidad o mora en la entrega de la cosa, siempre que la imposibilidad o mora provenga de fuerza mayor o caso fortuito (Art.1983 y 2028 del C.C.).

En materia mercantil: el vendedor se libera de responsabilidad por pérdida de la cosa debida con la prueba de la ocurrencia de una causa extraña (Art.928 del C. de Co.); el depositario se exonera de responsabilidad por la pérdida o deterioro de la cosa, si prueba la causa extraña para liberarse (Art.1171); el comisionista se exonera de responsabilidad por el deterioro o la pérdida de las mercaderías existentes en su poder, por caso fortuito o por vicio inherente a las mismas mercaderías (Art.1294 C. de Co.); los establecimientos bancarios en cuanto a las cajillas de seguridad, responden de la integridad e idoneidad de las cajillas, salvo que prueben fuerza mayor o caso fortuito (Art.1417. C. de Co.); el transportador se exonera de tener que indemnizar a los pasajeros por la cancelación del viaje si prueba la causa extraña del hecho (Art.1592 C. de Co.).

- ii. El deudor se exonera de responsabilidad alegando únicamente algunos eventos de causa extraña: Ocurre en el contrato de transporte de personas (Art.1880 C. de Co), en el cual el transportador se exonera de responsabilidad por daño causado en caso de muerte o lesión del pasajero, si demuestra hallarse en cualquiera de las causales de exoneración consagradas en los ordinales 1o. y 3o. del artículo 1003 del C. de Co. y a condición de que acredite, igualmente, que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas. Es decir, que debe probar que el daño se produjo por obra exclusiva de terceras personas, por culpa exclusiva de la víctima o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador.

También ocurre cuando el comodatario en el cuidado de la cosa no es responsable del caso fortuito (Art.2203 del C.C.), siempre que no haya sido por causa de los supuestos que contempla el citado artículo<sup>123</sup>.

iii. El deudor no puede exonerarse de responsabilidad:

La pérdida de las cosas que se debe por una obligación de género, no libera al deudor por la ocurrencia de una causa extraña (Art.1567 C. C.); el vendedor no se libera de asumir la responsabilidad por evicción de la cosa vendida en la compraventa mercantil (Art.937 C. de Co.).

## **2. Aplicación entre las obligaciones de medios y de resultado**

### **A. Las obligaciones de medios y de resultado en nuestro ordenamiento jurídico.**

La creación de la clasificación de las obligaciones de medios y de resultado es de tipo doctrinal con desarrollo jurisprudencial, sin que actualmente haga parte del Código Civil francés y colombiano. Esta clasificación ha sido acogida en nuestra jurisprudencia con fundamento en el artículo 1604 del C.C.

El artículo 1604 del Código Civil no solamente consagra la graduación de culpas, en el inciso 3º establece como principio *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, si realizamos una interpretación gramatical de acuerdo al artículo 27 del Código Civil, se podría concluir que la carga de la prueba se encuentra en cabeza del

---

<sup>123</sup> *“1. Cuando ha empleado la cosa en un uso indebido, o ha demorado su restitución, a menos de aparecer o probarse que el deterioro o pérdida por el caso fortuito habría sobrevenido igualmente sin el uso ilegítimo o la mora. 2. Cuando el caso fortuito ha sobrevenido por culpa suya, aunque levísima. 3. Cuando en la alternativa de salvar de un accidente la cosa prestada o la suya, ha preferido deliberadamente la suya. 4. Cuando expresamente se ha hecho responsable de casos fortuitos”.*

deudor cuando tenga que probar la diligencia y cuidado, configurándose una presunción de culpa contractual<sup>124</sup>.

La presunción de culpa en este caso puede ser desvirtuada por el deudor al demostrar la diligencia y cuidado. Sin embargo, la regla general de la carga de la prueba del incumplimiento le corresponde a quien lo alega, conforme al artículo 1757 C.C.

Desde el punto de vista procesal, cuando la prueba de la diligencia y cuidado está a cargo de quien ha debido emplearla, se puede considerar como un antecedente de la “carga dinámica de la prueba”<sup>125</sup>, ya que el deudor cuando está en el deber de probar la diligencia y cuidado, en principio, estaría en mejor situación de demostrar que obró en debida forma al ser diligente y cuidadoso, aunque quien haya alegado el incumplimiento de las obligaciones hubiese sido el acreedor<sup>126</sup>.

Algo parecido ocurre cuando se está en presencia ante las negaciones indefinidas<sup>127</sup>, por ejemplo, en el caso de no pago de una deuda: es el deudor el que tiene que probar que pagó, el acreedor no tiene que probar el no pago por parte del deudor. Como excepción a la aplicación del principio que contempla el artículo 1604 en el inciso 3º, se podría deducir

---

<sup>124</sup> Carlos Pizarro profundiza las razones de Andrés Bello para alterar la carga de la prueba en forma definitiva a favor del acreedor en su tesis doctoral, *La responsabilité contractuelle en droit positif chilien* (tesis, Universidad París II), 2003, dirigida por Christian Larroumet.

<sup>125</sup> La carga dinámica de la prueba fue introducida por el Código General del Proceso en el artículo 167 “Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”

<sup>126</sup> Artículo 1757 del Código Civil.

<sup>127</sup> La negación indefinida se diferencia de la carga dinámica de la prueba porque no se debe probar, en cambio, con la carga dinámica de la prueba se le hace exigible probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

aquellos supuestos de hecho en los cuales la prueba de la diligencia y cuidado no admite la exoneración del deudor, como ocurre con las obligaciones de resultado.

En este orden de ideas, existe un punto importante a destacar y consiste en que el inciso 3° del artículo 1604 del C.C., hace mención expresa a la diligencia y cuidado y no a la obligación del deudor de probar, es decir, que la presunción de culpa no operaría para todos los eventos en contra del deudor, ésta regla solamente tendría aplicación en aquellos casos en los cuales el deudor tenga que probar la diligencia y cuidado, en los cuales no haya ocurrido un rompimiento del nexo causal<sup>120</sup> (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero) y no se encuentre dentro de las excepciones que contempla la ley.

#### **B. Las obligaciones de medios y de resultado en la jurisprudencia.**

La jurisprudencia colombiana ha acogido esta distinción desde principios del siglo XX, en las sentencias del 30 de noviembre de 1935<sup>128</sup> y del 31 de mayo de 1938<sup>129</sup> como una clasificación complementaria de las prestaciones de dar, hacer y no hacer<sup>130</sup>. No obstante, a lo largo de sus fallos se ha evidenciado que aplica indistintamente diferentes criterios para determinar cuándo una obligación es de medios y cuándo es de resultado, por lo que depende en algunos casos por la "naturaleza de la obligación", "la voluntad de las partes", y el "criterio del azar"<sup>131</sup>.

---

<sup>128</sup> C.S. de J. Sala de casación Civil y Agraria, sent. 30 de noviembre de 1935.G.J.1905 y 1906.M.P. Eduardo Zuleta Ángel

<sup>129</sup> C.S. de J. Sala de casación Civil y Agraria, sent. 31 de mayo de 1938.G.J.1936.M.P. Juan Francisco Mujica.

<sup>130</sup> TAMAYO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil. Relaciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Tomo I, Ed., Legis, Bogotá, 2013, p.498.

<sup>131</sup> Sobre los criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia colombiana para calificar las obligaciones como de medios o de resultado, consúltese: Castañeda, Paola. La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Análisis de los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia. Memoria de grado, dirigida por Fabricio Mantilla Espinosa. Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, inédita.

De acuerdo a la jurisprudencia<sup>132</sup>, la clasificación de obligaciones de medios y de resultado se ha consolidado como un instrumento útil para los jueces, porque les permite determinar la carga probatoria de los contratantes ante los incumplimientos contractuales<sup>133</sup>. Es importante advertir, que no en todas las obligaciones derivadas de un contrato se les aplica la misma graduación de culpas y el mismo régimen probatorio<sup>129</sup>, existen obligaciones de medio y de resultado que conforman un mismo contrato, por consiguiente, la carga de la prueba opera de distinta manera, sin que se pueda negar que en Colombia ésta clasificación ha sido introducida y aplicada por la jurisprudencia<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> “[...] estima la Corte que la clasificación de las obligaciones en de medio y de resultado sigue siendo una herramienta útil para el juzgador en orden a determinar el comportamiento que deben, asumir los contratantes y contribuye a encontrar criterios aplicables a la definición de las cargas probatorias en la responsabilidad civil contractual. C.S. de J. Sala de casación Civil, sent. 5 noviembre 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

<sup>133</sup> Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva. Sala Quinta Civil, Familia, Laboral, sent. 18 de agosto de 2011. Exp.2007-226. M.P. Édgar Robles Ramírez.

<sup>134</sup> C.S. de J. Sala de casación Civil, sent. 5 noviembre 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

## II PARTE

### LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE COOPERACIÓN EMPRESARIAL

Luego de estudiar los elementos de la responsabilidad contractual, en esta parte se analizarán los efectos propios de la responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido. Hacemos referencia al estudio de la posición contractual de las partes ante el incumplimiento contractual, cuando ocurre entre los contratantes y cuando se presenta ante terceros; las sanciones que tienen los acreedores ante el incumplimiento contractual; y las causales de exoneración que tienen los deudores en esta clase de contratos (Título I).

Posteriormente, la responsabilidad contractual se analizará sobre cuatro especies jurídicas que pertenecen a los contratos de cooperación empresarial en sentido restringido, al compartir riesgos y utilidades, a saber: la *joint venture* contractual, los consorcios, las uniones temporales y las cuentas en participación, figuras contractuales de gran aplicación en el tráfico mercantil. Estas especies contractuales, permitirán examinar la responsabilidad contractual de acuerdo a la práctica contractual y a la función económica que están desempeñando en nuestros días, colocando en evidencia que tienen un régimen especial de responsabilidad contractual como contratos de cooperación empresarial, que nacen de nuevas necesidades y que requieren de nuevas respuestas. (Título II)

## **Título I.**

### **LAS PARTES ANTE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL**

En el caso particular de los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades como contratos plurilaterales, cada contratante es cotitular de la calidad de deudor y de acreedor<sup>135</sup>. No obstante, surgen las siguientes preguntas: ¿todos los contratantes pueden ejercer las acciones propias de cada calidad acreedor-deudor? ¿acaso los contratantes están en la misma posición jurídica? ¿todas las sanciones y defensas que otorga el ordenamiento jurídico frente al incumplimiento contractual son aplicables a los contratos de cooperación empresarial? ¿son aplicables las causales de exoneración al deudor en ésta clase de contratos?

Para tratar de responder los anteriores interrogantes, estudiaremos la posición contractual y las pretensiones de los contratantes frente al incumplimiento contractual (Capítulo I); posteriormente las sanciones con que cuentan los acreedores insatisfechos (Capítulo II) y para finalizar, las causales de exoneración que tienen los deudores en los contratos de cooperación empresarial (Capítulo III).

#### **Capítulo I. Posición contractual y pretensiones de los contratantes ante el incumplimiento contractual**

En los contratos de cooperación empresarial los contratantes pueden asumir obligaciones instrumentales o finales para el logro de un fin común, que es de interés común. Todos adquieren la calidad de deudores y de acreedores entre sí ya que sus prestaciones están encaminadas a la cooperación y al beneficio mutuo, es decir, que la posición contractual que ocupan se encuentra en la mitad de los dos extremos que todos conocemos: acreedor-deudor.

---

<sup>135</sup> LARROUMET, Christian. *Teoría General del contrato*, Volumen II, Ed., Temis, Bogotá, 1999, pp. 60 y 61.

La posición contractual de los contratantes en los contratos de cooperación empresarial puede variar, por ejemplo, pueden ejercer las acciones propias de la calidad de deudores o acreedores cuando están en presencia ante un incumplimiento contractual, en este caso, es el incumplimiento contractual el que determina la posición contractual que adquiere cada parte (acreedor-deudor), incluso el incumplimiento puede ser causado por alguna parte del contrato o por un tercero con el cual hayan contratado<sup>136</sup>.

Ante el incumplimiento contractual, las partes cumplidas determinan las pretensiones que quieren ejercer contra la parte incumplida. De este modo, en una primera sección se analizará la posición contractual de las partes (Sección I), para posteriormente establecer las pretensiones que pueden solicitar ante el incumplimiento contractual (Sección II).

### **Sección I – Posición contractual de los contratantes**

En los contratos de cooperación empresarial todos los miembros del contrato contribuyen a la ejecución de un proyecto que es de interés común. Cada parte ejecuta una prestación para el cumplimiento del fin propuesto, sin que existan intereses contrapuestos que se deban conciliar, en ese sentido, todos son acreedores y deudores mutuos porque se ubican en el punto intermedio entre los siguientes dos extremos: deudor y acreedor.

No obstante, la posición contractual que desempeñan las partes en esta clase de contratos, como una posición intermedia, puede variar ante un incumplimiento contractual. Es decir, que ante el incumplimiento, la parte incumplida asume la calidad de deudor ante los otros contratantes y estos últimos adquieren la calidad de acreedores.

En estos contratos cada contratante tiene el poder de decisión de las acciones a ejecutar dependiendo de la calidad que adquiera (acreedor o deudor) ante situaciones de incumplimiento contractual. Las decisiones que adopten pueden variar de un contratante a otro, en otros términos: unos contratantes pueden querer seguir con la ejecución del

---

<sup>136</sup> El cambio de la posición contractual de los contratantes a un extremo de la relación acreedor-deudor, también puede ocurrir en la responsabilidad extracontractual.

contrato, porque sigue existiendo un interés a pesar del o los incumplimientos, y otros contratantes pueden decidir no seguir con la ejecución del contrato a causa de los incumplimientos contractuales.

Las decisiones que tomen las partes en estos casos son infinitas, sin embargo, ¿cómo armonizar unos intereses que inicialmente eran convergentes para la realización de un proyecto común y que durante la ejecución se convirtieron en divergentes? Es una pregunta muy difícil de responder porque en la mayoría de los casos en éstos contratos no se prevén este tipo de situaciones, no existen mayorías o minorías determinadas contractualmente, ni fórmulas de arreglo adicionales a las que se establecen en las cláusulas de resolución de controversias. Por esta razón, en principio queda a voluntad de las partes analizar los diferentes efectos que se pueden producir desde el punto de vista de la cooperación conjunta y no desde la individualidad, según las acciones a ejecutar.

Desde el punto de vista de la cooperación conjunta, porque es la esencia del contrato, las partes no pueden olvidar que la cooperación fue lo que las motivó a contratar para el logro de un fin común, donde todos decidieron compartir riesgos para poder obtener utilidades. Un ejemplo de lo anteriormente descrito ocurre en las *joint operating agreement*, en donde a medida que se va ejecutando el contrato y alcanzando determinadas etapas en la exploración y/o explotación de yacimientos petroleros, los socios no operadores deciden si continúan o no con las siguientes etapas, dependiendo del nivel de productividad alcanzado en las etapas anteriores y conforme a un sistema de votación estipulado en el contrato de cooperación<sup>137</sup>.

Cuando alguna de las partes incumple con las obligaciones asumidas, el incumplimiento contractual recae sobre el interés de cada uno de los contratantes, incluso se podría considerar que incluye el propio interés de la parte incumplida, ya que todos se obligaron a cooperar para el logro de un fin que es común.

---

<sup>137</sup> AMPLA. The resources and energy law association. Model Petroleum Joint Operating Agreement. Consulted 12/01/14 13:02 pm. <http://www.ampla.org.au/documents/item/164>

El incumplimiento en estos casos, no ocasiona necesariamente la extinción del contrato, porque cuando una de las partes incumple, las otras partes no se liberan de sus obligaciones, a menos que el negocio se haya celebrado en consideración al contratante incumplido o sin el cual, se haga imposible la realización del proyecto común<sup>138</sup>. De esta manera, el contrato puede seguir diversos caminos: continuar con su ejecución pero con la exigencia de cumplimiento de las obligaciones al contratante incumplido; continuar con la ejecución pero disminuyendo la contraprestación que iba a recibir el contratante incumplido; seguir la ejecución sin la presencia del contratante incumplido, y la extinción del contrato<sup>139</sup>.

En los contratos de cooperación empresarial el incumplimiento se puede presentar entre los contratantes o puede incluir a terceros<sup>140</sup>. Incluye a terceros cuando todos los miembros del contrato han decidido celebrar nuevas relaciones jurídicas para el logro del proyecto común. De este modo, estudiaremos la posición contractual de las partes cuando el incumplimiento es entre contratantes (1) y cuando se presenta entre terceros (2).

### **1. Incumplimiento entre los contratantes**

Cuando el incumplido es uno de los contratantes, la calidad de acreedor y deudor se vislumbra fácilmente, el incumplido se convierte en deudor y las otras partes en acreedores, cada parte puede ejercer las acciones propias de cada calidad. Pero ¿cada acreedor puede ejercer una acción propia? o ¿todos tienen que estar de acuerdo para ejercer una acción en contra el deudor?

Cuando en el contrato participan dos sujetos, uno tendrá la calidad de deudor y el otro de acreedor para la exigencia de la prestación debida, ante esta circunstancia no existe dificultad en determinar quién puede ejercer las acciones de la responsabilidad contractual. Ahora bien, cuando son más de dos sujetos los que componen la relación contractual y la

---

<sup>138</sup> Artículo 865 del Código de Comercio.

<sup>139</sup> Trátase de terminación o resolución del contrato.

<sup>140</sup> Se hace referencia en este caso a Terceros como aquellos que concurrieron con su voluntad para suscribir un contrato con los miembros de un contrato de cooperación empresarial.

calidad de acreedor la asumen varias partes, la situación jurídica se complica, parece que se configura una solidaridad sobre la prestación debida<sup>141</sup>, es decir, el deudor debe una misma prestación a varias partes<sup>142</sup>. Se trata de una misma prestación que tiene por objeto el logro de un fin común, sin corresponder a una parte o cuota de la obligación incumplida para cada acreedor.

Por otra parte, se puede interpretar que se configura una solidaridad por activa<sup>143</sup>, que permite que cada acreedor pueda exigir la totalidad de la prestación. Pero existen dos disidencias, la primera: la solidaridad por activa responde a la pregunta a quién le debe hacer el pago el deudor cuando hay solidaridad de acreedores, el deudor no tiene que haber incumplido y estar en mora para que proceda ésta solidaridad; y la segunda: la solidaridad no se presume a menos que las partes o la ley la hayan establecido<sup>144</sup>.

Por lo tanto, no se puede presumir que existe una solidaridad por activa cuando los acreedores quieren ejercer una acción contra el deudor por su incumplimiento, a menos que se cumplan con los siguientes supuestos:

- a) Exista pluralidad de sujetos por activa;
- b) unidad de objeto, esto es, una prestación única y común, sin que resulte determinante que sea ella divisible o indivisible.
- d) expresa voluntad de las partes que la establezca en el respectivo contrato, pues la solidaridad no se presume; y
- e) exigencia del pago total de la obligación por parte de cualquiera de los acreedores al deudor.

Cuando se cumplen los anteriores presupuestos, cualquiera de los acreedores puede ejercer las acciones propias de la responsabilidad contractual contra el deudor incumplido. En esa

---

<sup>141</sup> Véase LE TOURNEAU, Philippe et JULIEN, Jérôme. *Solidarité, Recueil Dalloz*, Dalloz, París, 2010.

<sup>142</sup> Artículo 1569 del C.C.

<sup>143</sup> Artículo 1570 del C.C.

<sup>144</sup> Artículo 1568 del C.C.

medida, en el derecho procesal se formaría un litisconsorcio cuasinecesario<sup>145</sup>, en el que cualquiera de los acreedores tiene legitimación para intervenir en un proceso judicial al tener una relación sustancial con el deudor, siendo suficiente con que uno solo actúe dentro del proceso en tal calidad, para que pueda dictarse sentencia de mérito con plenos efectos jurídicos para todos los otros acreedores<sup>146</sup>.

En el evento en que no se configure la solidaridad por activa, los acreedores podrán ejercer las acciones propias de la responsabilidad contractual pero en conjunto, estando de acuerdo sobre qué acción ejercer contra el deudor, existiendo pluralidad física de personas pero unidad jurídica de parte, lo que se conoce en el derecho procesal como litisconsorcio necesario por activa<sup>147</sup>.

Existe litisconsorcio necesario por activa, cuando hay pluralidad de sujetos en calidad demandante que están vinculados por una única relación jurídico sustancial (art. 61 C.G.P), en este caso, a diferencia del litisconsorcio cuasinecesario, es indispensable la presencia de todos los que componen la relación jurídica dentro del litigio para que el proceso pueda desarrollarse, ya que cualquier decisión que se tome dentro de éste es uniforme y puede perjudicar o beneficiar a todos los litisconsortes<sup>148</sup>.

De lo anterior podemos concluir, que la posición contractual ante un incumplimiento contractual entre contratantes es el siguiente: la parte incumplida asumirá la posición de

---

<sup>145</sup> Los principales efectos del litisconsorcio cuasinecesario son los siguientes: en cuanto a la sentencia hay comunidad de suerte, es decir, los efectos de la sentencia lo son para todos por igual; con respecto a las pruebas, si un litisconsorte prueba un hecho, este beneficia a todos; en cuanto a los recursos, los recursos los beneficia a todos y sobre la disposición del derecho en litigio, si un litisconsorte concilia produce efectos para todos.

<sup>146</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 19 de julio de 2010. Referencia: 38341.M.P. Ruth Stella Correa.

<sup>147</sup> En cuanto a sus principales efectos se destacan: los efectos de la sentencia son los mismos para todos los litisconsortes; con respecto a las pruebas, las pruebas benefician o perjudican a todos los litisconsortes; en cuanto a los recursos, todos se benefician del mismo recurso y sobre la disposición del derecho en litigio, se necesita que todos dispongan del derecho para que los vincule a todos.

<sup>148</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 19 de julio de 2010. Referencia: 38341.M.P. Ruth Stella Correa.

deudora y los contratantes cumplidos la posición de acreedores, cada uno con las acciones propias de dicha calidad.

## **2. Incumplimiento ante terceros**

Las relaciones que surgen con terceros es otro punto muy importante. Por regla general, para el desarrollo de un contrato de cooperación empresarial, el contrato requiere de la participación de terceros, no es suficiente con las prestaciones que ejecutan los contratantes para el logro del proyecto común, hacemos referencia a los interventores, consultores, auditores, etc. En otros casos, el tercero se puede materializar como la parte indispensable para la satisfacción del interés común, por ejemplo, cuando se contrata con el Estado.

A continuación, analizaremos el incumplimiento contractual desde la perspectiva de los miembros que conforman el contrato de cooperación empresarial, cuando ellos incumplen ante un tercero (incumplimiento por pasiva) y cuando el tercero es el que incumple sus obligaciones (incumplimiento por activa).

### **2.1. Incumplimiento por pasiva**

Como se estudió anteriormente, el incumplimiento de uno de los contratantes puede ocasionar un daño a un tercero con el cual todos contrataron. Por consiguiente, el tercero podrá ejercer las acciones de la responsabilidad contractual, al existir un incumplimiento de las obligaciones asumidas por todos los contratantes, a pesar de que no todos hayan contribuido a la realización de dicho incumplimiento. Pero en este punto, redundan las siguientes preguntas: ¿las acciones por incumplimiento contractual que ejerza el tercero es solamente contra el deudor incumplido? o ¿sobre todos se ejercen las acciones de incumplimiento?

Para responder a los anteriores interrogantes, es importante identificar el supuesto de hecho objeto de estudio: varias partes han decidido celebrar un contrato de cooperación empresarial; para poder ejecutarlo tuvieron que contratar con un tercero; todos se obligan para con el tercero y todos asumen la calidad de deudores; uno de ellos incumple con su

obligación, lo cual ocasiona el incumplimiento de las obligaciones asumidas con el tercero, ¿quién responde?

Del anterior supuesto de hecho se identifica que se configura la presunción de solidaridad que establece el artículo 825 del C. de Co., al existir pluralidad de deudores, todos responden por el incumplimiento de la prestación de forma solidaria, ya que todos se comprometieron a participar de forma conjunta en el cumplimiento de la obligación, obligaciones denominadas por el doctor Hinestrosa de actividad conjunta porque todos participan en su cumplimiento<sup>149</sup>.

A diferencia de lo que ocurre cuando existen varios acreedores, la norma si estableció la presunción de la solidaridad cuando se trata de varios deudores, por esta razón, el tercero puede ejercer las acciones propias contra uno o contra todos los deudores, sin que se haga necesaria su estipulación contractual, de conformidad con el artículo 825 del C. de Co., y los artículos 1568 a 1580 del C.C.

Siguiendo esta línea, el artículo 1578 del C.C., establece que la acción de perjuicios a que diere lugar la pérdida de la cosa que se debe por culpa o mora de uno de los deudores solidarios, solamente la podrá ejercer el acreedor contra el deudor culpable o moroso. En este caso, la norma específica ante quién el acreedor deberá ejercer la acción por los daños y perjuicios ocasionados en virtud de la pérdida de la cosa, ¿se tratará de una norma imperativa? cuando el incumplimiento no es por la pérdida de la cosa ¿podrá el tercero demandar a todos los deudores por los daños y perjuicios a que diere lugar el incumplimiento sin importar si son culpables o morosos? ¿esta disposición normativa se puede aplicar por analogía a los contratos de cooperación empresarial?

En una primera interpretación: el artículo 1570 del C.C., establece sobre la solidaridad por pasiva que el acreedor puede dirigirse contra todos los deudores o contra cualquiera de ellos, no especifica que tenga que dirigirse contra el deudor culpable o moroso para el

---

<sup>149</sup> Ver HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.361.

cobro de los daños y perjuicios. En esa medida, el tercero podrá demandar por los daños y perjuicios a que diere lugar el incumplimiento a todos los deudores sin importar si contribuyeron o no en el incumplimiento, y estos a su vez subrogarse en la acción del acreedor para repetir contra el deudor culpable o moroso<sup>150</sup>.

En una segunda interpretación: aparece el artículo 1591 del C.C., el cual establece que cuando una prestación ha de ejecutarse en común y a causa de uno(s) se incumple o se retarda el cumplimiento de la prestación, el acreedor deberá remitir contra el deudor que causó el incumplimiento para el cobro de los perjuicios, es decir, que el acreedor podrá exigirle a todos los deudores la satisfacción de la obligación en todo, pero solamente podrá exigirle los perjuicios al deudor que obró con culpa o mora. De esta forma, no se tendría que recurrir a la aplicación por analogía del artículo 1578 del C.C., sobre la pérdida de la cosa para deudores solidarios, con el fin de que el acreedor cobre los daños y perjuicios al deudor culpable o moroso.

En la práctica jurídica, el tercero que decide iniciar las acciones correspondientes por incumplimiento contractual, remite contra todos los deudores (que hacen parte de un contrato de cooperación empresarial) para la satisfacción de la prestación debida, y también remite contra todos los deudores para el cobro de los perjuicios, así no todos hayan obrado con culpa o mora<sup>151</sup>.

Imaginemos por un momento que el acreedor desconoce cuál fue el deudor que obró con culpa o mora ¿deberá primero preguntarles a los otros deudores para poder ejercer la acción? Si dentro del proceso judicial el deudor demandado demuestra que no fue quien obró con culpa, ¿el acreedor deberá volver a demandar? ¿qué ocurre si el que obró con culpa no tiene la suficiente liquidez para responder por los perjuicios causados? Para evitar todo este tipo de situaciones, el tercero remite contra todos por el incumplimiento contractual y por los perjuicios ocasionados en virtud del incumplimiento contractual.

---

<sup>150</sup> Artículo 1579 del Código Civil.

<sup>151</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Casación civil. Sentencia del 8 de noviembre de 2006. Ref 1992-15957-01. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

## **2.2 Incumplimiento por activa**

El incumplimiento ante un tercero no solamente es por pasiva, sino también por activa. El tercero puede incumplir obligaciones que contrajo con todas las partes que hacen parte de un contrato de cooperación empresarial, y a su vez puede estar compuesto por varios sujetos.

En cuanto a la legitimación para ejercer las acciones de la responsabilidad contractual, todos los acreedores la podrán ejercer contra el tercero. En materia procesal se configura un litisconsorcio necesario, existiendo pluralidad física de personas, pero unidad jurídica de parte, a menos que entre los acreedores hayan pactado la solidaridad por activa, para que solamente uno instaure la acción y la decisión los cubra a todos. El régimen aplicable a la responsabilidad contractual se regirá según el contrato pactado con el tercero.

### **Conclusión**

Ante el incumplimiento contractual, la posición contractual intermedia que ocupan las partes en un contrato de cooperación empresarial, cambia hacia uno de los dos extremos, trátase de acreedor o deudor, quienes podrán ejercer las acciones propias de cada calidad dependiendo de la parte que haya incumplido las obligaciones asumidas.

## **Sección II. Pretensiones por incumplimiento contractual**

Los acreedores insatisfechos siempre tendrán pretensiones que respondan a sus necesidades a causa del incumplimiento contractual. Por esta razón, el incumplimiento de alguno de los contratantes faculta a que las partes cumplidas puedan solicitar como pretensión: el cumplimiento en especie o el pago por equivalente como pretensiones de cumplimiento (1) y la resolución del contrato (2).

### **1. Pretensiones de cumplimiento**

La doctrina ha clasificado las pretensiones de cumplimiento, como cumplimiento en especie o naturaleza y cumplimiento por equivalente. Se trata de dos formas de pretensión a

las cuales pueden acceder los acreedores insatisfechos para exigir el cumplimiento del deudor.

A continuación, se establece el alcance que le ha otorgado la doctrina a esta clasificación:

#### **A. Cumplimiento en especie o naturaleza**

El cumplimiento en especie o naturaleza es la pretensión que solicita el acreedor ante el juez para el cumplimiento de la prestación contractual a la cual se comprometió el deudor. En otras palabras, es el cumplimiento en naturaleza de la obligación debida<sup>152</sup>, con la cual se satisface el interés del acreedor.

La pretensión de cumplimiento de la prestación no impide que la parte solicitante pueda alegar la indemnización de perjuicios ocasionados a causa del incumplimiento. Se trata de que el deudor cumpla con la obligación incumplida y resarza los perjuicios ocasionados. De esta forma, se rapara la lesión o el quebranto sufrido por el acreedor en virtud del incumplimiento del deudor y se satisface el interés originario del acreedor<sup>153</sup>.

#### **B. Cumplimiento por equivalente**

El cumplimiento o pago por equivalente, hace referencia a que la obligación incumplida se transforme en el equivalente pecuniario cuando se haga imposible su cumplimiento o cuando el acreedor ya no tenga interés en el cumplimiento en especie de la prestación. El acreedor busca el pago en dinero por la inexecución, cumplimiento defectuoso o retardo de la obligación a la cual se comprometió el deudor<sup>154</sup>. Por lo tanto, a través del pago del equivalente pecuniario que realiza el deudor, se satisface el interés del acreedor.

---

<sup>152</sup> Véase TAPIAS ROCHA, Hernando, *La acción de responsabilidad contractual* en Mantilla Espinosa, Fabricio y Terna Barrios, Francisco. *Los Contratos en el Derecho Privado*, Ed., Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 227.

<sup>153</sup> LITHIER, Yves-Marie. *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. L.G.D.J., París, 2007, pp.383-388.

<sup>154</sup> TAPIAS ROCHA, Hernando. *La acción de responsabilidad contractual* en Los contratos en Derecho Privado, Ed., Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p.228.

Para algunos doctrinantes el equivalente pecuniario corresponde a la subrogación de la obligación incumplida, existiendo dos funciones que integra la responsabilidad contractual: el equivalente pecuniario ante la prestación incumplida y la función indemnizatoria de los daños ocasionados a causa del incumplimiento<sup>155</sup>.

En este punto, es importante advertir que la responsabilidad contractual cumple una función indemnizatoria<sup>156</sup>, ya que "Cuando el acreedor de una obligación contractual persigue la ejecución por equivalente contra el deudor, el primero obtendrá del segundo una suma de dinero [...] Esta suma de dinero se califica como indemnización por daños y perjuicios en razón de que repara el daño o perjuicio que resulta de la inejecución o de la mala ejecución del contrato. [...] La ejecución por equivalente de una obligación contractual, no es más que la responsabilidad contractual o responsabilidad en razón de la inejecución de los contratos"<sup>157</sup>.

La responsabilidad contractual integra la función de reintegro que corresponde a lo que se debía obtener de haberse cumplido con la prestación, y la función de reparación por los daños causados en virtud de dicho incumplimiento, es decir, que indemniza o compensa de forma integral al acreedor insatisfecho. La parte cumplida no tiene que ejercer las dos acciones independientes para solicitar el equivalente pecuniario y los perjuicios ocasionados en virtud de dicho incumplimiento, se trata de una misma acción que integra las dos funciones<sup>158</sup>. Veamos en un ejemplo cómo se materializa la integración de las dos funciones:

Existe un contrato de unión temporal conformado por tres empresas para la construcción de una represa. La primera empresa se encarga de la maquinaria y mano de obra, la segunda de

---

<sup>155</sup> Véase Pizarro, Carlos. *Incumplimiento contractual, Resolución e Indemnización de daños*, Ed., Universidad del Rosario, Bogotá, pp. 299 y ss. y GONZÁLEZ CARRASCO, María, *Eficacia del Contrato en Tratado de contratos*, Tomo I, 2 edición, Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1333 y 1334.

<sup>156</sup> LARROUMET, Christian. "A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente", en Carlos Pizarro Wilson (coord.) Cuadernos de análisis jurídicos, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2004.

<sup>157</sup> LARROUMET, Christian, *Teoría General del Contrato*, Vol. II, Ed., Temis, 1993, p.12, N° 599.

<sup>158</sup> PIZARRO, Carlos. Op., cit, p.302.

la construcción y la tercera de realizar los estudios ambientales. La tercera empresa no realiza los estudios ambientales que permitían obtener la licencia ambiental - *obligación instrumental*- para poder iniciar con la construcción -*obligación final*-. Las dos empresas le solicitan a la incumplida el pago por el incumplimiento y los perjuicios ocasionados. Ahora bien, ¿el pago que debe realizar la empresa incumplida es sobre la acción de equivalente pecuniario y/o la acción de indemnización de perjuicios?

El incumplimiento en la responsabilidad contractual degenera en un daño, el daño en nuestro ordenamiento jurídico se materializa en el daño emergente y lucro cesante. El daño emergente entendido como el perjuicio que se causa al patrimonio de los contratantes en virtud del incumplimiento, y el lucro cesante como la ganancia que se esperaba obtener de haberse cumplido el contrato. En estas dos categorías, se aglomeran los dos supuestos a saber: el reintegro como el equivalente pecuniario a causa del incumplimiento de la obligación, incluyendo las utilidades que se esperaban obtener de haberse cumplido el contrato, y la reparación por los daños sufridos como consecuencia directa de dicho incumplimiento<sup>159</sup>.

Las dos categorías revisten el carácter de indemnizatorias, por esta razón, se puede considerar que la pretensión de cumplimiento por equivalente se ejerce sobre una misma acción que es la indemnizatoria.

## 2. Pretensión de resolución

La pretensión de resolución del contrato busca retrotraer los efectos al estado en que anteriormente se encontraban, como si el contrato nunca se hubiese celebrado, lo cual conlleva a la extinción del contrato<sup>160</sup>. Para proceder con la resolución, los contratantes realizan las restituciones mutuas sin que haya lugar necesariamente a la reparación del daño

---

<sup>159</sup> CARBONNIER, Jean. Droit civil. *Les Obligations*. Ed., Presses Universitaires de France, París, 1956, pp.295 y 296.

<sup>160</sup> MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. *Los contratos en el Derecho Privado*, Ed., Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pp. 251 y 252.

causado y sin que se haga exigible la culpa del deudor, por esta razón, la resolución no hace parte de la responsabilidad contractual<sup>161</sup>.

A pesar de que no haga parte de la responsabilidad contractual, es una pretensión que puede exigir el acreedor insatisfecho como consecuencia del incumplimiento grave<sup>162</sup> de la obligación.

## **Capítulo II - Sanciones del acreedor ante el incumplimiento contractual**

Las sanciones por incumplimiento contractual son aquellos medios de defensa con que cuenta el acreedor frente al incumplimiento contractual del deudor. Corresponde a “una reacción del ordenamiento dirigida a proteger el interés del acreedor [...] se trata de derechos, facultades o acciones que compete al acreedor”<sup>163</sup>.

Las sanciones a que hacemos referencia, no son sinónimo de pena, se trata de las medidas jurídicas que se adoptan para sancionar la inejecución de una obligación contractual<sup>164</sup>. Como derechos o facultades que le otorga el ordenamiento jurídico al acreedor insatisfecho,

---

<sup>161</sup> *Ibidem.*, pp. 251 –252.

<sup>162</sup> La Corte Suprema de Justicia lo ha definido bajo los siguientes términos "el derecho desde antiguo tiene dicho que no cualquier desarreglo causa el aniquilamiento del contrato, sino que la resolución sólo viene de alguno que por su enorme magnitud, gravedad e intensidad hace que la cosa sea absolutamente impropia para los fines del contrato, según la naturaleza de la cosa o lo que resulte de la definición convencional. [...] La Corte, guiada por las anteriores coordenadas, establece que los únicos defectos que posibilitan acudir a la acción resolutoria general son aquellos que determinan un incumplimiento que inutiliza el artefacto de manera ostensible, por asimilarse naturalísticamente en realidad a una falta total de entrega; los demás que se presenten en grado tal que dificulten el goce de la cosa o lo hagan ineficiente para la labor contratada, corresponden a otro género de incumplimiento y por tanto desprovisto quedará en tal evento el comprador de acudir a la acción resolutoria general, pues existen diferencias en aspectos como el origen histórico, los supuestos constitutivos, las consecuencias jurídicas de su prosperidad y los términos de prescripción que distancian las categorías mencionadas hasta hacerlas inconfundibles. Es que, si se aceptara el ejercicio de la pretensión resolutoria general de manera indiscriminada, la fluidez y seguridad del tráfico de bienes estaría seriamente amenazada, pues siempre podría el comprador a su antojo escapar de los efectos de la prescripción de las otras acciones, con el solo expediente de recurrir a la acción resolutoria general pretextando que la impropiedad es tan grave que equivale sin más, a la falta de entrega". C. S. de J. Sala Civil. Sentencia del 14 de enero de 2005, Ref: 7524.M.P. Edgardo Villamil Portilla.

<sup>163</sup> Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Sexta Edición, Tomo II, Ed., Aranzadi, España, p. 772.

<sup>164</sup> LAITHIER, YYves-Marie. *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. Ed., L.G.D.J. París, 2007, p.11.

los medios de defensa se encuentran articulados con el objeto de reparar el daño causado por la inejecución de una obligación contractual del deudor<sup>165</sup>, siendo a elección del contratante afectado la sanción o remedio a ejecutar según lo estime éste conveniente<sup>166</sup>.

En este acápite se analizará la ejecución forzosa y la indemnización, como sanciones del incumplimiento contractual (Sección I), y otras sanciones que tiene el acreedor ante el incumplimiento contractual, aunque no hagan parte de la responsabilidad contractual (Sección II).

### **Sección I. Ejecución forzosa y la indemnización de perjuicios**

La ejecución forzosa y la indemnización de perjuicios constituyen por excelencia las sanciones aplicables a los deudores por incumplimiento contractual. Se trata de las medidas que el acreedor puede solicitar para satisfacer sus intereses quebrantados a causa del incumplimiento contractual.

#### **1. Ejecución forzosa**

Es una sanción de la cual dispone el acreedor afectado por el incumplimiento del deudor para que ejecute la prestación que debe en virtud de un contrato válidamente celebrado<sup>167</sup>. En nuestro ordenamiento jurídico la ejecución forzosa se consagra en los artículos 1546 del C.C., y 870 del C. de Co., los cuales establecen que el acreedor puede elegir libremente: la ejecución forzosa o la resolución con o sin indemnización de perjuicios. De esta manera, el ordenamiento jurídico propende a que el acreedor satisfaga su prestación insatisfecha.

Para que proceda ésta pretensión, la ejecución forzosa no tiene que estar condicionada a un tipo especial de obligación<sup>168</sup>. No obstante, la imposibilidad material y jurídica, se

---

<sup>165</sup> MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. *Op., cit.*, Bogotá, 2007, pp. 252.

<sup>166</sup> PIZARRO, Carlos. “*Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*” en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Ed., Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 215.

<sup>167</sup> LARROUMET, Christian. *Teoría General del contrato*, Volumen II, Ed., Temis, Bogotá, 1999, p. 10.

<sup>168</sup> PIZARRO, Carlos. “*La responsabilidad contractual en el derecho chileno*” en *Incumplimiento contractual resolución e indemnización de daños*, Ed., Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p.301.

configuran como un límite para que el acreedor pueda satisfacer sus intereses al exigir el cumplimiento *in natura* de la obligación incumplida<sup>169</sup>.

La imposibilidad material se presenta cuando físicamente es imposible de cumplir y la imposibilidad jurídica como lo expone Díez-Picazo, se presenta cuando el cumplimiento vulnera una disposición legal o vulnera el derecho de terceros que prevalecen sobre el derecho del acreedor<sup>170</sup>. En esa medida, el acreedor tendrá que recurrir a los otros medios de defensa para satisfacer su interés insatisfecho.

Esta sanción no solamente procede cuando ha existido un incumplimiento puro y simple, esta sanción también resulta aplicable cuando ha existido un cumplimiento imperfecto, y el acreedor decide satisfacer su interés a través de la reparación o la sustitución de la prestación imperfecta<sup>171</sup>. Igualmente, la ejecución forzosa no se consagra como una sanción principal sobre la cual el acreedor tenga que agotar previamente para poder disponer de los otros medios de defensa<sup>172</sup>.

### **1.1 Ejecución forzosa en los contratos de cooperación empresarial**

La ejecución forzosa es presentada por Christian Larroumet como una sanción común a todos los contratos, con la cual el acreedor persigue la ejecución de la prestación que se debe en virtud del contrato<sup>173</sup>. La pregunta a resolver es la siguiente ¿procede la ejecución forzosa para los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades como contratos plurilaterales?

---

<sup>169</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Sexta Edición, Tomo II.Ed., Aranzadi, España, pp. 775 y 776.

<sup>170</sup> *Ibíd.*, pp. 775 y 776.

<sup>171</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro, *La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil*. En Estudios de Derecho Civil (Santiago, LexisNexis, 2006) p. 517 y ss. Citado por PIZARRO, Carlos. *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*. Publicado en *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*, Ed., Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 216.

<sup>172</sup> PIZARRO, Carlos. *Op.cit.*, pp. 299 y ss.

<sup>173</sup> LARROUMET, Christian. *Teoría General del contrato*, Volumen II, Ed., Temis, Bogotá, 1999, p. 10.

En nuestra legislación los contratos plurilaterales se introdujeron en 1971 en el Código de Comercio<sup>174</sup> como el contrato de sociedad<sup>175</sup>. El artículo 865 del C. de Co., dispuso que el incumplimiento de uno de los contratantes no libera de sus obligaciones a los otros, a menos que se haya celebrado en su consideración o que sin ellos no sea posible alcanzar el logro del fin común.

Sin embargo, el Código de Comercio en la teoría general de los contratos mercantiles reguló la ejecución forzosa para los contratos bilaterales y no para los plurilaterales. De esta manera, es necesario recurrir a la analogía que la jurisprudencia y doctrina ha denominado *analogía legis* como "la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la *ratio juris* o razón de ser de la norma (...)"<sup>176</sup>.

En este caso la *ratio juris* o razón de ser del artículo 870 del C. de Co., son las acciones que puede ejercer la parte acreedora contra la parte deudora que se encuentra en mora para solicitar el cumplimiento *in natura* de la obligación. Por esta razón, si se trata de un contrato bilateral o plurilateral, no constituye un aspecto determinante para que se pueda ejercer la acción. En el evento en que una parte incumpla alguna de las obligaciones pactadas en un contrato de cooperación empresarial plurilateral, las partes acreedoras podrán solicitar a la parte deudora su cumplimiento, al aplicar la ejecución forzosa por el incumplimiento contractual como lo dispone el artículo 870 del C. de Co.

---

<sup>174</sup> Es importante advertir que el contrato de sociedad como contrato plurilateral cuenta con su propia regulación legal, sin embargo, para efectos del presente estudio no se tendrán en cuenta las normas especiales que regulan esta clase de contrato.

<sup>175</sup> El contrato de sociedad como contrato plurilateral típico, en el artículo 125 del C. de Co., estableció las medidas que puede optar la sociedad en caso de incumplimiento, siendo viable que la sociedad pueda exigir el cumplimiento de la entrega de los aportes; haciendo efectiva la entrega o pago del aporte; excluir al asociado incumplido o reduciendo el aporte a la parte que efectivamente haya entregado.

<sup>176</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-083-95. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

En conclusión, la ejecución forzosa como una sanción común a todos los contratos<sup>177</sup>, es aplicable a los contratos de cooperación empresarial.

## 2. Indemnización de perjuicios

La indemnización de perjuicios es la sanción aplicable a la responsabilidad contractual como a la responsabilidad aquiliana con la cual se pretende el resarcimiento de los daños sufridos. Como lo enuncia Díez-Picazo: “la indemnización entraña un valor de compensación o de resarcimiento de la lesión experimentada y de los daños que son consecuencia de ella”<sup>178</sup>. La diferencia con la responsabilidad extracontractual deriva de la previsibilidad de los daños que hayan tenido las partes al momento de celebrar el contrato.

Por lo tanto, el deudor responderá por los perjuicios previsibles ocasionados al acreedor a causa de su incumplimiento, pero no responderá por aquellos perjuicios que no fueron previstos al momento de celebrarse el contrato, a menos, que el deudor haya actuado con dolo y los perjuicios hayan sido producto del incumplimiento de la obligación<sup>179</sup>.

La indemnización de perjuicios como sanción aplicable a la responsabilidad contractual, resulta aplicable frente a las tres posibilidades de incumplimiento: inexecución total o parcial, la inexecución imperfecta o la ejecución tardía de las obligaciones pactadas, así lo establece el artículo 1613 del Código Civil el cual dispone:

*“ARTICULO 1613. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.* (Subrayado fuera de texto).

La sanción impuesta al deudor incumplido de indemnizar los daños y perjuicios, no se encuentra sujeta a la libre determinación del acreedor para determinar que la totalidad del

---

<sup>177</sup> Ver LARROUMET, Christian. *Teoría General del contrato*, Volumen II, Ed., Temis, Bogotá, 1999, p. 10.

<sup>178</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Sexta Edición, Tomo II.Ed., Aranzadi, España, p. 782.

<sup>179</sup> Artículo 1616 del Código Civil.

daño es producto del incumplimiento del deudor. En la actualidad, es muy común la aplicación del deber derivado de la buena fe contractual en donde es el acreedor el que debe mitigar la extensión del daño causado<sup>180</sup>, adoptando las medidas necesarias y razonables para evitar que el daño se incremente y se convierta en una consecuencia directa e inmediata de la omisión del acreedor<sup>181</sup>.

La relación de causalidad entre el daño ocasionado en virtud del incumplimiento y los daños a indemnizar por dicho incumplimiento, tienen que estar presentes para que se pueda decretar la indemnización de daños y perjuicios. Asimismo, al encontrarse regulada de manera autónoma e independiente la responsabilidad contractual de la extracontractual, la jurisprudencia ha reconocido que en nuestro ordenamiento cada responsabilidad cuenta con su propia regulación:

*“Cuando se acuda a teorías como la que pregona la unidad de la culpa civil o a cualquiera otras de alcance similar, orientadas a poner de manifiesto por diversos caminos que sólo son accesorios o secundarios los matices diferenciales que registran los dos tipos de responsabilidad en cuestión, algo sí resulta ser indiscutible y es que en la tarea de distinguirlos e imprimirles el correspondiente tratamiento jurídico siempre habrá de tenerse en cuenta que la responsabilidad llamada “contractual”, concreta por esencia, juega de ordinario entre personas que se han ligado voluntariamente y que por lo mismo han procurado especificar el contenido de los compromisos emergentes del negocio por ellas celebrado, mientras que la responsabilidad extracontractual opera entre quienes ha vinculado únicamente el azar y la extensión de los imperativos de conducta incumplidos en los que toma causa la respectiva prestación resarcitoria del daño en que dicha responsabilidad se traduce, es definida con frecuencia con normas de notoria abstracción, lo que en último análisis lleva a concluir que no es indiferente en modo alguno el régimen en que de hecho se sitúe una demanda entablada para obtener el pago de perjuicios”<sup>182</sup>.*

La responsabilidad contractual debe ser entendida desde un carácter dispositivo, lo cual implica que los contratantes puedan agravarla o disminuirla, en virtud del principio de la

---

<sup>180</sup> C.S.J., Sala de Casación Civil, Sentencia 2 de agosto de 2001, expediente 6146. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

<sup>181</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Sexta Edición, Tomo II.Ed., Aranzadi, España, pp. 783 y 784.

<sup>182</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil., Sentencia de febrero 19 de 1999, Exp. 5099.

autonomía de la voluntad<sup>183</sup>, como ocurre en la práctica con las cláusulas limitativas de responsabilidad<sup>184</sup>. Bajo este ámbito, se protegen los intereses privados más no los públicos<sup>185</sup>, aunque dicha autonomía se encuentra provista de algunos limitantes establecidos por la ley, reiterados por la jurisprudencia<sup>186</sup>.

## **2.1 Indemnización de perjuicios en los contratos de cooperación empresarial**

En los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades, como contratos plurilaterales, la indemnización de perjuicios tiene un alcance diferente. Cuando la indemnización de perjuicios se da entre las mismas partes, los perjuicios serán cobrados a la(s) parte(s) incumplida(s) que obraron con culpa, al ocasionar el incumplimiento contractual. En este evento, no ocurre distinción alguna con otras especies contractuales.

Pero cuando los miembros de un contrato de cooperación empresarial han decidido contratar con terceros, y uno de los miembros incumple la obligación asumida, los perjuicios ocasionados al tercero, serán imputados a la parte que obró con culpa, quién fue la causante del incumplimiento de la prestación. Lo anterior, si se aplica el artículo 1591 del C.C., al establecer que el incumplimiento de la prestación cuando ha de ejecutarse en común, estará en cabeza del deudor que haya causado el incumplimiento, aunque el acreedor podrá exigirles a todos los otros contratantes la satisfacción de la obligación.

Por lo anterior, el tercero solicitará la satisfacción de la obligación incumplida a todos los contratistas, y la indemnización de los perjuicios ocasionados, al deudor que haya obrado con culpa en el cumplimiento de la prestación. Sin embargo, hasta la fecha no existe un fallo de la Corte Suprema de Justicia que haya aplicado este artículo para la imputación del pago de la indemnización por los perjuicios causados.

---

<sup>183</sup> V.gr. El artículo 1616 del Código Civil prevé en su inciso final: *“Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”*

<sup>184</sup> Véase DÍAZ, Indira. *Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos*. Revista de Derecho Privado, n.º 23, julio - diciembre de 2012, pp. 139 a 190.

<sup>185</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1008/10.

<sup>186</sup> C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de 2011.Ref: 2000-04366-1. M.P. William Namén Vargas.

## Sección II. Otras sanciones del acreedor ante el incumplimiento contractual

En el ordenamiento jurídico encontramos otras salvaguardas que tienen los acreedores ante el incumplimiento contractual, se trata de medidas que no hacen parte de la responsabilidad contractual porque no tienen por objeto el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, sino que tienen otros propósitos que pueden ser de interés para los acreedores insatisfechos. Se trata de la resolución y la excepción del contrato no cumplido, figuras que serán estudiadas de acuerdo a su aplicación en los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades.

### 1. Resolución del contrato

La resolución al igual que la ejecución forzosa se consagra en los artículos 870 del C. de Co., y 1546 del C.C., “la resolución es una norma que permite al contratante que no ha incumplido, extinguir el contrato cuando la otra parte ha incurrido en un incumplimiento grave”<sup>187</sup>. Se trata de una facultad que se encuentra a la libre disposición del acreedor para satisfacer sus intereses económicos<sup>188</sup>.

Resulta aplicable para aquellos casos en los que existe un incumplimiento *grave o esencial*, ahora bien, ¿qué se entiende por incumplimiento “*grave o esencial*”? como lo expresan los doctrinantes Fabricio Mantilla y Francisco Ternera “*Grave es una palabra vaga que le permite gran libertad al juez en el momento de determinar su aplicación para cada caso específico; sin embargo, no debemos perder de vista que la gravedad del incumplimiento debe analizarse siempre teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada contrato*”<sup>189</sup>.

En esa medida, el carácter de “*esencial o grave*” del incumplimiento, se determinará de acuerdo a las circunstancias fácticas que ocurran en cada caso concreto, circunstancias que el juez tendrá en cuenta para determinar su procedencia.

---

<sup>187</sup> MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y TERNERA BARRIOS, Francisco. *La Resolución en Los Contratos en Derecho Privado*, Ed., Universidad del Rosario y LEGIS, Bogotá, 2007, p. 251.

<sup>188</sup> *Ibidem*. p.247 y ss.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 253.

El principal efecto de la resolución es la retroactividad, es decir, que las circunstancias se vuelven a retrotraer como si el contrato no se hubiese celebrado, teniendo que proceder los contratantes a su restitución. Para el jurista Christian Larroumet, esta retroactividad actúa como un privilegio en beneficio del acreedor de la obligación incumplida, por cuanto le permite escapar a la ley de la igualdad<sup>190</sup>. No obstante, la retroactividad no procede para todos los eventos, en los contratos de ejecución sucesiva opera es hacia futuro.

El artículo 865 del Código de Comercio para los contratos plurilaterales, establece que las partes no se liberan de sus obligaciones en el evento en que alguno(s) incumpla(n), en ese sentido, la acción resolutoria tácita no opera si una de las partes ha incumplido, a menos que se haya celebrado en razón a su calidad para alcanzar el fin propuesto o la prestación incumplida sea necesaria para el logro del fin común.

En esa medida, en los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades como contratos plurilaterales, encontramos la siguiente diferencia con los contratos bilaterales: la regla general para los bilaterales, consiste en que cada contrato va envuelta una condición resolutoria tácita, en cambio, para los plurilaterales, es excepcional, se tiene que haber celebrado en consideración al contratante incumplido o el incumplimiento debe impedir el fin propuesto por los contratantes<sup>191</sup>.

Por esta razón, el Código de Comercio ha querido regular los dos efectos que son contrarios a los contratos bilaterales: A. La resolución tácita del contrato no va envuelta en los contratos plurilaterales como regla general y B. La validez del contrato no se afecta por la nulidad que subsista sobre el vínculo con alguno de los contratantes.

---

<sup>190</sup> LARROUMET, Christian. Op. cit, p.157.

<sup>191</sup> Artículo 865 del C. de Co.

**A. La resolución tácita del contrato no va envuelta en los contratos plurilaterales como regla general.**

El artículo 865 del C. de Co.<sup>192</sup> ha determinado que el incumplimiento de algunos contratantes no faculta a las partes cumplidas a pedir que el contrato se resuelva, en estos contratos se debe determinar si dicho incumplimiento es *esencial* para poder alcanzar el fin común propuesto por las partes, como elemento característico en esta clase de contratos.

¿Pero qué significa que el incumplimiento sea *esencial* para esta clase de contratos? El artículo 865 en armonía con el artículo 903<sup>193</sup> del Código de comercio sobre la nulidad, determinan los requisitos para que la parte cumplida pueda solicitar la resolución del contrato por considerar que el incumplimiento es *esencial*. Los criterios que establece el artículo 865 del Código de comercio son los siguientes: la calidad de los contratantes, como si se tratara de contratos celebrados *intuitu personae*, en los cuales se celebran en atención a las calidades o características individuales de los asociados y, como segundo criterio, que la prestación incumplida sea fundamental para alcanzar el fin común del contrato, es decir, que sin dicha prestación las partes no puedan satisfacer su interés común.

Teniendo en cuenta los anteriores criterios, se podrá determinar si dicho incumplimiento faculta a las partes cumplidas a pedir la resolución del contrato y la correspondiente indemnización de perjuicios. Por lo tanto, hasta que no estemos en presencia en alguno de los anteriores supuestos, las partes cumplidas no podrán solicitar la resolución del contrato, ya que la resolución tácita del contrato no va envuelta en los contratos plurilaterales como regla general.

---

<sup>192</sup> Artículo 865 *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.*

<sup>193</sup> Artículo 903. *En los negocios jurídicos plurilaterales, cuando las prestaciones de cada uno de los contratantes se encaminen a la obtención de un fin común, la nulidad que afecte el vínculo respecto de uno solo de ellos no acarreará la nulidad de todo el negocio, a menos que su participación, según las circunstancias, sea esencial para la consecución del fin previsto”.*

Al respecto la Sala de Casación Civil en sentencia del 26 de agosto de 2011, tuvo la oportunidad de manifestar que la resolución judicial por incumplimiento, está destinada a los contratos bilaterales y la única forma en que se pueda solicitar para los contratos plurilaterales, es cuando el incumplimiento implique la frustración de los fines negociales, es decir, cuando la prestación o el contratante incumplido impidan alcanzar el fin común propuesto por las partes<sup>194</sup>.

#### **B. La validez del contrato no se afecta por la nulidad que subsista sobre el vínculo de alguno de los contratantes.**

El artículo 903 del Código de comercio sobre la nulidad en los contratos plurilaterales establece lo siguiente:

*“En los negocios jurídicos plurilaterales, cuando las prestaciones de cada uno de los contratantes se encaminen a la obtención de un fin común, la nulidad que afecte el vínculo respecto de uno solo de ellos no acarreará la nulidad de todo el negocio, a menos que su participación, según las circunstancias, sea esencial para la consecución del fin previsto”.*

De este artículo se aduce, que la nulidad que afecta la relación de uno de los asociados no afecta la validez del contrato, como regla general. Existiendo como excepción, el evento en que el contrato se celebre teniendo en cuenta la calidad del asociado (en atención a las calidades o características individuales) para el logro del fin propuesto por las partes.

Sin embargo, surge el siguiente interrogante ¿la nulidad a la que hace referencia el artículo 903 del C. de Co., es nulidad relativa y/o nulidad absoluta? La nulidad relativa se produce cuando el negocio jurídico es celebrado con persona relativamente incapaz y cuando

---

<sup>194</sup> C. S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2011. Exp. 05001-3103-016-2002-00007-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. "El incumplimiento de alguno de los contratantes no produce, necesariamente, el decaimiento del contrato para todos los que a él se encuentren vinculados, particularmente porque tal anomalía no debe producir, por regla general, la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, aserto que se ratifica con la circunstancia atinente a que en los contratos de esta clase cada parte se vincula de manera individual e independiente de las otras, de tal manera que la suerte de dicha relación particular o sus vicisitudes, no se extienden , necesariamente, a los demás [...] En los contratos plurilaterales, al no estar ellos referidos a prestaciones interdependientes, el eventual incumplimiento de alguno de los contratantes no ocasiona necesariamente el abatimiento de todo el acto para los restantes intervinientes, salvedad hecha de que la prestación incumplida sea esencial para lograr la finalidad del acuerdo".

existen vicios del consentimiento (por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil). En esa medida, y de conformidad con el artículo 903 C. de Co., en principio, si se declara la nulidad relativa en un contrato plurilateral, la nulidad no afectaría la validez del contrato, a menos que el contrato se celebre en consideración a la persona sobre la cual recayó la nulidad.

No obstante, no se puede realizar el mismo razonamiento frente a la nulidad absoluta, ya que lo que se protege es el interés general y no el interés privado. Las causales para la declaración de la nulidad absoluta son las siguientes: cuando se contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; por causa u objeto ilícito y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz<sup>195</sup>.

Frente a la primera causal, la violación de una norma imperativa, podría recaer sobre todos los vínculos de los contratantes o con respecto al vínculo de sólo uno de los miembros, siendo la norma imperativa la que determina si la validez del contrato se afecta por la nulidad absoluta declarada. Sobre la causal por persona absolutamente incapaz, al afectar sólo el vínculo que tiene el asociado respecto al contrato, se podría concluir, que solamente se afecta la validez del contrato, a menos que la participación del contratante absolutamente incapaz sea esencial para la consecución del fin común, lo cual conlleva a la nulidad del contrato plurilateral.

Con relación al objeto y causa ilícita, se podría advertir, que el objeto ilícito se presenta cuando las prestaciones de los contratantes son contrarias a la ley y al orden público; y hay causa ilícita, cuando los móviles que inducen a la celebración de un contrato contrarían la ley y al orden público<sup>196</sup>. Por lo anterior, dicha causal al recaer sobre el propio contrato y no sobre el vínculo con respecto a uno de los miembros, sería común para todos los contratantes, es decir, que la nulidad al afectar directamente todo el contrato y no el vínculo contractual, se encuentra excluida de lo dispuesto en el artículo 903 del Código de comercio.

---

<sup>195</sup> Artículo 899 del Código de Comercio.

<sup>196</sup> Artículo 104 del Código de Comercio.

De lo anterior podemos concluir lo siguiente: primero, que la validez del contrato no se afecta por la nulidad que afecte el vínculo de alguno de los contratantes, siempre y cuando su participación no sea esencial para la consecución del fin propuesto por las partes. Segundo, el artículo 903 del C. de Co., no distingue entre la nulidad relativa y absoluta, por lo tanto, se puede deducir que comprende las dos, aunque se deba tener en cuenta la causal de declaración de nulidad para poder determinar si afecta o no el vínculo de unos de los contratos. Por ejemplo, la causal de objeto y causa ilícita de la nulidad absoluta, se encuentra excluida de lo dispuesto en éste artículo por no recaer sobre el vínculo de los contratantes sino sobre el propio contrato.

## **2. Excepción de contrato no cumplido**

La excepción de contrato no cumplido se encuentra consagrada en el artículo 1609 del C.C., la cual hace referencia expresa a los contratos bilaterales. Esta sanción faculta a las partes para que puedan dejar de cumplir con su obligación (suspenderla), en el evento en que la otra u otras partes no hayan cumplido con la prestación. Por lo tanto, mientras el incumplido no cumpla con su obligación, el otro contratante no incurre en incumplimiento y por consiguiente, tampoco incurre en mora.

Para su procedencia, lo importante consiste en poder determinar que la prestación incumplida por una de las partes se de en la forma y en los tiempos pactados en el contrato, para que les permita a las otras partes ejercer ésta facultad, sin que incurran en incumplimiento contractual.

### **2.1. La excepción de contrato no cumplido en los contratos de cooperación empresarial**

En los contratos de cooperación empresarial las partes asumen obligaciones instrumentales que permiten la ejecución de obligaciones finales para poder alcanzar el fin propuesto. En ese sentido, si las partes que asumieron obligaciones instrumentales incumplen - *sin las cuales es imposible ejecutar las obligaciones finales*-, quienes

asumieron las obligaciones finales, no se encontrarían en mora al suspender sus obligaciones por el incumplimiento de las otras partes<sup>197</sup>.

Si bien el artículo 1609 de C.C., hace mención expresa a los contratos bilaterales, este artículo debe interpretarse en armonía con el artículo 865 del C. de Co., el cual establece que "*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*". Aunque los asociados no puedan eximirse de cumplir con sus obligaciones por el incumplimiento de los otros miembros, no se puede afirmar que la excepción de contrato no cumplido no tiene cabida para los contratos plurilaterales a primera vista.

El propio artículo 865 del C. de Co., establece que las partes pueden liberarse de cumplir con sus obligaciones si la parte incumplida o la prestación, es *esencial* para alcanzar el fin propuesto. Es decir, que ninguno de los contratantes estará en mora por dejar de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla con su parte, siempre y cuando el negocio se haya celebrado en consideración a la parte incumplida o a la prestación, para poder alcanzar el fin propuesto por las partes.

Por esta razón, me aparto de la posición del jurista Oviedo Albán<sup>198</sup> al considerar que la excepción de contrato no cumplido no tiene cabida para estos contratos ya que en el contrato de sociedad como contrato plurilateral no resulta conducente. Lo que determina la procedencia de la excepción de contrato no cumplido, no es su aplicación en una especie de contrato plurilateral, lo que determina su aplicación, es lo *esencial* que resulta ser la prestación o la parte incumplida, para alcanzar el fin común propuesto por las partes.

Por ejemplo, en el laudo arbitral NCT ENERGY GROUP C.A., Vs. ALAGE CORP el Tribunal rechaza la excepción de contrato no cumplido en un contrato plurilateral (*joint*

---

<sup>197</sup> Véase LEQUETTE, Suzanne. *Op.cit.*, pp.424-430.

<sup>198</sup> OVIEDO, Jorge y otros. *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Universidad de la Sabana y Biblioteca jurídica Diké, Bogotá, 2010, pp. 275 y 276.

venture) no por tratarse de un contrato plurilateral, sino porque la parte que lo alegó fue la parte que incumplió primero su obligación:

*“Así las cosas, y ante la falta de definición por parte de Alange sobre el tema de la financiación, no es posible atribuirle a la convocante el haber incumplido su obligación de hacer el aporte económico que le correspondía en forma proporcional a su participación, cuando fue la convocada quién incumplió primero su obligación de financiar a aquella el citado aporte económico.*

*(...) El Tribunal declarará que esta excepción carece de fundamento por cuanto según se ha consignado en esta providencia, por una parte, la convocante cumplió con sus obligaciones derivadas del Acuerdo y, por la otra, al ser Alange contratante incumplido carece de legitimidad para proponer este medio exceptivo. Los fundamentos de esta decisión se encuentran principalmente en el artículo 1609 del Código Civil y en los desarrollos de dicha disposición trazados en copiosa jurisprudencia de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, la sentencia de 29 de noviembre de 1978”<sup>199</sup>.*

Lo mismo ocurre en el laudo arbitral Teleconsorcio S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO. Ltd., y Sumitomo Corporation vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom en liquidación, en el cual fue Telecom quien alegó esta excepción<sup>200</sup> y en el laudo arbitral entre Carlos Eduardo Naranjo Flórez vs. Darío Giovanni Torregroza Lara y Germán Ortiz Rojas<sup>201</sup>.

## **Conclusión**

En los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades, como contratos plurilaterales, los acreedores insatisfechos pueden hacer uso de la resolución del contrato y de la excepción del contrato no cumplido ante el incumplimiento contractual,

---

<sup>199</sup> Laudo arbitral NCT ENERGY GROUP C.A., Vs. Alange Corp, octubre 12 de 2012. Árbitros: Luis Salomón Helo Kattah, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, y Luis Hernando Parra Nieto.

<sup>200</sup> Teleconsorcio S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO. Ltd., y Sumitomo Corporation vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom. Laudo arbitral 13 de mayo de 2005. Cámara de Comercio de Bogotá. Carlos Esteban Jaramillo, Presidente, Jorge Suescún Melo, Árbitro y Juan Pablo Cárdenas, Árbitro.

<sup>201</sup> Carlos Eduardo Naranjo Flórez vs. Darío Giovanni Torregroza Lara y Germán Ortiz Rojas, agosto 16 de 2002, Bogotá.

siempre y cuando el incumplimiento del negocio sea esencial para poder alcanzar el fin propuesto por las partes.

En el caso particular de la excepción de contrato no cumplido, se tienen que dar los requisitos esenciales de ésta figura para poder determinar que la prestación incumplida por una de las partes se dé en la forma y en los tiempos pactados en el contrato, con el fin de que las otras partes puedan ejercer dicha facultad sin que incurran en incumplimiento contractual.

### **Capítulo III. Las causales de exoneración**

En la responsabilidad contractual uno de los puntos neurálgicos a tener en cuenta es la existencia de una obligación contractual incumplida, pero su presencia no equivale obligatoriamente a que los deudores tengan que asumir la responsabilidad contractual. En algunos casos, los elementos estructurales de la responsabilidad contractual pueden resultar afectados por circunstancias externas o internas de los propios deudores, que impiden su configuración.

En este acápite, estudiaremos las principales causales de exoneración que tienen los deudores ante la responsabilidad contractual, en consideración a los contratos de cooperación empresarial.

#### **Sección I. Existencia de una causa extraña**

La causa extraña según el ordenamiento jurídico y la doctrina, es el hecho imprevisible, irresistible e inimputable al deudor, mediante el cual el deudor se exonera de la obligación de reparar los daños sufridos por el acreedor. La causa extraña se puede materializar en la fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa de la víctima<sup>202</sup>, bajo la existencia de los siguientes tres elementos<sup>203</sup>: inimputabilidad (1), imprevisibilidad (2) e irresistibilidad (3).

---

<sup>202</sup> C. S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de junio de 2000, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

<sup>203</sup> C. S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de noviembre de 1962.

**1. Inimputabilidad:** el hecho es inimputable al deudor cuando la causa extraña que se alega no es por la culpa o mora del deudor en el cumplimiento de su obligación. Por esta razón, el artículo 1604 del C.C., establece que el deudor no será responsable a menos que se haya constituido en mora o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa, ya que la causa extraña no hubiese ocurrido de no ser por la mora o culpa del deudor, lo cual ocasionó el perjuicio al acreedor.

En ese sentido, para que el deudor pueda alegar la causa extraña como una causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que no haya sido producto de su propia conducta culposa o morosa dentro de la relación contractual.

**2. imprevisibilidad:** la imprevisibilidad la determina el juez en cada caso particular, teniendo en cuenta que el hecho no sea razonablemente previsible, es decir, que no sea posible contemplar su ocurrencia como un hecho frecuente y normal que hubiera podido preverse. Los criterios para su determinación pueden variar de un caso a otro, puede que para algunos eventos determinado hecho se constituya como eventual, frecuente y normal, como para otros pueda constituir un hecho que no es posible preverlo con anticipación, por su extrañeza dentro de la relación contractual. En esa medida, es el juez el que decidirá si determinado hecho es o no imprevisible<sup>204</sup>.

**3. Irresistibilidad:** el hecho se convierte en irresistible cuando el deudor ha adoptado las medidas necesarias y/o diligentes para evitar su ocurrencia junto con sus consecuencias, sin que haya podido lograrlo. Por esta razón, cuando estamos en presencia de un hecho que no puede superarse a pesar de las medidas que se adopten dentro de lo razonable y lo diligente, estamos ante un hecho irresistible.

Es importante advertir, que el deudor no tiene que adoptar todas las medidas posibles que se puedan imaginar o medidas sobrehumanas para que pueda alegar la

---

<sup>204</sup> C. S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia 13 de noviembre de 1962. C. S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia 27 de febrero de 1974. C. S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia 20 de noviembre de 1989. C. S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de junio de 2000, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

irresistibilidad del hecho. Consiste en la adopción de la debida diligencia esperada en cuanto al hecho imprevisto, al cual no fue posible resistir; no se trata de la debida diligencia que debe tener el deudor en cuanto al contrato, por esta razón, ambas circunstancias no se deben confundir, una es la debida diligencia ante el hecho irresistible y otra es la debida diligencia en el cumplimiento del contrato.

Asimismo, puede que un hecho tenga la connotación de imprevisibilidad, pero no de irresistible, al ser evitado por el deudor con la adopción de las medidas necesarias para evitar su ocurrencia y consecuencias. En dicho caso, si el deudor logra evitar el hecho imprevisible no puede alegar la causa extraña, porque se tienen que configurar los tres elementos a saber: la inimputabilidad, imprevisibilidad e irresistible<sup>205</sup>.

## **Sección II. Causales de exoneración**

Las causales de exoneración como causas extrañas, se pueden configurar en fuerza mayor o caso fortuito (1), hecho de la víctima (2) y hecho exclusivo de un tercero (3). Pero como causal de exoneración, también encontramos el obrar sin culpa del deudor cuando se trata de obligaciones de medio (4).

### **1. Fuerza mayor o caso fortuito**

La fuerza mayor o caso fortuito es definido por el artículo 1º de la ley 95 de 1890 sin que haga distinción entre la fuerza mayor o caso fortuito, como el hecho imprevisto que no es posible resistir. Al respecto, han existido diversas doctrinas sobre la materia para encontrar una diferencia entre ambos términos, pero en nuestra jurisprudencia y ordenamiento jurídico, las nociones son idénticas y no cabe distinción alguna<sup>206</sup>.

Como modalidades de la causa extraña, el hecho debe ser inimputable, imprevisible e irresistible, por lo tanto, el deudor no puede alegar la fuerza mayor o caso fortuito cuando el

---

<sup>205</sup> C. S de J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 20 de noviembre de 1989.

<sup>206</sup> Véase TAMAYO, Javier, Tratado de Responsabilidad civil, Tomo II, Ed., Legis, 2013, pp. 106 y 107.

cumplimiento de la prestación se hace más difícil u onerosa. En este caso, se puede recurrir a otras alternativas jurídicas, como la revisión del contrato si se cumple con los presupuestos exigidos<sup>207</sup>.

En cuanto a los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades, como contratos plurilaterales, la fuerza mayor o caso fortuito la puede alegar la parte incumplida, sin embargo, surgen las siguientes preguntas: cuando los miembros de un contrato de cooperación empresarial han decidido contratar con un tercero, ¿quién debe alegar la fuerza mayor o caso fortuito? ¿todos los contratantes la pueden alegar o solamente el contratante al que el hecho es inimputable, imprevisible e irresistible?

En una primera hipótesis, todos los contratantes contribuyen en la realización de la prestación incumplida con el tercero. En este caso, la norma no estableció ninguna respuesta y la doctrina no ha realizado un estudio que haga referencia para los contratos plurilaterales. Por lo tanto, se puede considerar que todos los contratantes pueden alegar fuerza mayor o caso fortuito, pero el hecho debe ser inimputable, imprevisible e irresistible para todos, como elementos esenciales de la causa extraña, ya que el hecho recae sobre la prestación a la cual todos tenían que contribuir.

Por ejemplo, tres contratistas han decidido celebrar un contrato de cooperación empresarial para ejecutar un proyecto con un tercero. El objeto del contrato es la construcción de un puente en un municipio, los tres contratistas habían construido más de la mitad del puente y a causa del Huracán Matthew el puente se derrumba, lo cual impide entregar las obras a tiempo. En este caso, el hecho imprevisible e irresistible recae sobre la prestación a cumplir, que es la construcción del puente, en donde los tres contratistas pueden alegar la fuerza mayor o caso fortuito.

En una segunda hipótesis, la obligación incumplida, estaba en cabeza de sólo uno de los contratantes, aunque todos se comprometieron con el tercero para su realización. En este evento, el juez debe determinar la procedencia de la fuerza mayor o caso fortuito, teniendo

---

<sup>207</sup> Artículo 868 del Código de Comercio.

en cuenta las circunstancias propias del caso, porque el hecho imprevisible, irresistible e inimputable puede ser analizado desde las circunstancias del deudor que tenía en su cabeza la prestación material o desde las circunstancias de todos los obligados jurídicamente con el tercero. No obstante, en el evento en que un contratante haya obrado con culpa, se desvirtúa la existencia de fuerza mayor o caso fortuito para que las otras partes lo puedan alegar<sup>208</sup>.

Por ejemplo, el contratista A y el contratista B se asocian en un contrato de cooperación empresarial para realizar unos cultivos de una empresa de cereales C. El contratista B era el encargado de cultivar y A de cortar la soja para recoger los bultos de la temporada. El contratista A no recolecta la soja en los tiempos que debía y llega la temporada de sequía quemando todos los cultivos. Lo anterior imposibilita la entrega de los bultos a la empresa de cereales C, que era el tercero con el que A y B habían contrato.

En este caso, la temporada de sequía es un hecho irresistible e imprevisible para el contratista B, pero no lo puede alegar como fuerza mayor o caso fortuito, cuando el contratista A obró con culpa y ocasionó que la temporada de sequía quemara los cultivos de soja que estaban listos para recolectarse de no ser por la negligencia de A. Tanto el contratista A como B se obligaron ante el tercero para el cumplimiento de la prestación debida de forma solidaria, teniendo que responder por el incumplimiento contractual ante el contratante C<sup>209</sup>.

En los contratos de cooperación empresarial se estipula que cuando alguna de las partes resulta afectada por un evento de fuerza mayor o caso fortuito, que interfiera en el cumplimiento del contrato, la parte afectada debe comunicarlo por escrito a los otros contratantes, con el fin de poder adoptar las medidas pertinentes para el contrato de cooperación y para el contrato celebrado con terceros. Las medidas a adoptar pueden ser la suspensión o la prórroga de los contratos.

---

<sup>208</sup> CARBONNIER, Jean. Droit civil. 4/ Les Obligations, Ed., Presses Universitaires de France, París, 1956, pp. 306-308.

<sup>209</sup> Artículo 825 del Código de Comercio.

En el evento, en que la fuerza mayor o caso fortuito impida por completo la ejecución del contrato de cooperación y el celebrado con terceros, los contratos se terminarán sin dar lugar a indemnización alguna, es decir, que no se requiere que la fuerza mayor tenga que afectar a todos los miembros del contrato de cooperación, para que pueda ser alegada conforme a las estipulaciones contractuales.

## 2. Hecho de un tercero

El hecho de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad, por regla general, es alegada en los casos de responsabilidad extracontractual, sin embargo, como especie de la causa extraña, también ha tenido aplicación en la responsabilidad contractual<sup>210</sup>.

El contratante puede alegar el hecho de un tercero siempre y cuando el hecho cumpla con los elementos esenciales de la causa extraña, que es la imprevisibilidad, irresistibilidad e inimputabilidad. Se trata de la conducta que realiza un tercero jurídicamente independiente del deudor, que ocasiona el incumplimiento de la prestación debida por el deudor a su acreedor.

En cuanto a la inimputabilidad, el tercero no debe estar bajo la dependencia jurídica del deudor, es decir, que el tercero tiene que ser ajeno al deudor para que pueda tener el poder exoneratorio<sup>211</sup>, de lo contrario, el acreedor puede alegar la reparación por los daños sufridos directamente al deudor. En este caso, es el hecho culposo del tercero el que permite exonerar de responsabilidad al contratante, ya que como lo ha reiterado la jurisprudencia "nadie está obligado a prever culpas de terceros"<sup>212</sup>.

Aunque no se deba prever la culpa de terceros, si se debe probar que el hecho del tercero es imprevisible e irresistible y que por su conducta no se pudo ejecutar la prestación, ya que la

---

<sup>210</sup> C. S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia S-289 de 21 de noviembre de 2005, 11001310300219950711301, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

<sup>211</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil de 20 de abril de 1944, M.P.: Liborio Escallón, G.J. LVII P.148.

<sup>212</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil de 24 de marzo de 1939, M.P.: Juan Francisco Mujica, G.J. XLVIII, P.61.

presunción de culpa se encuentra en cabeza el deudor<sup>213</sup>. El hecho del tercero tiene que ser exclusivo y directo en la producción del daño, aunque también puede concurrir con la culpa del deudor. En ese caso, resulta aplicable la solidaridad que establece el artículo 2344 del C.C., sobre los perjuicios provenientes de la culpa compartida, es decir, la del tercero y el deudor.

En esta especie o modalidad de causa extraña, en los contratos de cooperación empresarial todos los contratantes pueden alegarla, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de: inimputabilidad, irresistibilidad, imprevisibilidad y que el tercero sea ajeno jurídicamente a cada uno de los contratantes, de lo contrario no se rompería el nexo causal para que se puedan exonerar.

### **3. Hecho de la víctima**

El hecho de la víctima como especie de la causa extraña, ha tenido repercusión no solamente en la responsabilidad aquiliana en virtud del artículo 2357 C.C., sino que también ha sido aplicada a través de la jurisprudencia en la responsabilidad contractual<sup>214</sup>. El hecho de la víctima, hace referencia a la conducta que ejecuta la víctima *-que en este caso es el acreedor-* para la realización del perjuicio.

Cuando el acreedor realiza una actividad que contribuye en la configuración del perjuicio (como actuar con negligencia o ponerse en riesgo), el juez determina la incidencia de la actuación que realizó el acreedor para determinar la procedencia de la exoneración de la responsabilidad del deudor.

Por consiguiente, cuando la causa de la producción del daño se encuentra en cabeza del acreedor de forma exclusiva, el deudor se exonera totalmente. En el evento, en que el perjuicio se haya materializado por el hecho del acreedor y del deudor, la exoneración de

---

<sup>213</sup> C. S. de J., Sala de Casación Civil, Sentencia S-289 de 21 de noviembre de 2005, 11001310300219950711301, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

<sup>214</sup> C.S. de J., Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de diciembre de 1940, G.J. t.L, núm.1966, p.724. Citada por TAMAYO, Javier. Tratado de Responsabilidad civil, T. II., Ed., Legis, 2013, p.59.

éste último, no será total sino parcial, ya que su conducta contribuyó en la realización del daño<sup>215</sup>.

Cuando el deudor también contribuye a la realización del daño, el artículo 2357 del C.C., y la jurisprudencia<sup>216</sup> establecen la procedencia de la reducción de culpa, siempre y cuando el acreedor y el deudor hayan obrado culposamente<sup>217</sup>. La pregunta que surge es la siguiente: ¿en los contratos de cooperación empresarial, todos los contratantes deben obrar con culpa para que proceda la reducción que establece el artículo 2357 del C.C.?

En virtud del artículo 825 del C. de Co., cuando son varios los deudores se presumen que se han obligado solidariamente, en esa medida, todos se encuentran en la obligación de cumplir la prestación. El artículo 1591 del C.C., establece que si un hecho se debe ejecutar en común –*como ocurre en los contratos de cooperación empresarial*- y uno de los contratantes obra con culpa, éste será el responsable de los perjuicios causados. Teniendo en cuenta lo anterior, el contratante que responde por los daños, es el contratante que obra con culpa, en esa medida, no todos los contratantes de un contrato de cooperación tienen que obrar con culpa para que proceda la reducción que establece el artículo 2357 del C.C., ya que es la culpa del deudor y la del acreedor las que deben concurrir para la reducción de la culpa.

En se sentido, la reducción de la culpa en los contratos de cooperación empresarial se analiza de acuerdo a la culpa realizada por la parte que obró con culpa y la del acreedor, que contribuyeron a la realización del daño, para que pueda a su vez proceder la aplicación del artículo 2357 del C.C.

---

<sup>215</sup> TAMAYO, Javier. Tratado de Responsabilidad civil, T. II., Ed., Legis, 2013, pp.59 y ss.

<sup>216</sup> C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia 21 de noviembre de 1946, G.J., t. LXI, p. 675. C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia 6 de febrero de 1936, G.J., t. CLII, p. 64.

<sup>217</sup> TAMAYO, Javier. Tratado de Responsabilidad civil, T. II., Ed., Legis, 2013, p.65.

#### **4. Obrar sin culpa en las obligaciones de medios**

La culpa entendida como el elemento subjetivo de la responsabilidad contractual, de carácter volitivo que hace parte del comportamiento del deudor como la imprudencia y/o negligencia, que se materializa como un juicio de valor, puede no estar presente en el cumplimiento contractual del deudor.

Cuando hacemos referencia a "obrar sin culpa" es el comportamiento diligente y cuidado necesario realizado por el deudor para el cumplimiento de la prestación a la cual se obligó con el acreedor. La existencia de la culpa para ciertos casos, constituye un elemento de valoración de la responsabilidad contractual, por esa razón, para que se configure la responsabilidad contractual en las obligaciones de medios, tiene que concurrir la culpa del deudor, pero si se demuestra que el deudor obró con la debida diligencia, se puede exonerar de la responsabilidad.

Pero al "obrar sin culpa" no en todos los casos constituye una causal de exoneración del deudor. Como se estudió en la I Parte, la culpa no tiene que estar presente en todos los casos para la procedencia de la responsabilidad contractual. Por ejemplo, ante las obligaciones de resultado, el obrar de forma diligente y prudente no excluye al deudor de la responsabilidad contractual al tratarse de una genuina responsabilidad objetiva. En esa medida, el "obrar sin culpa" solamente procede como una causal de exoneración de la responsabilidad contractual para las obligaciones de medios.

En las obligaciones de medios, el deudor no está obligado a obtener una finalidad específica, pero si debe emplear sus mejores esfuerzos para el cumplimiento de la prestación. Por lo anterior, se puede concluir, que el deudor que haya obrado con la debida diligencia y cuidado en las obligaciones de medios, se puede exonerar de asumir la responsabilidad contractual, por no haber alcanzado la finalidad específica que esperaba obtener el acreedor.

En los contratos de cooperación empresarial esta exoneración también resulta procedente, tratándose del vínculo contractual que une a los propios contratantes o con terceros, con los cuales todos contrataron. Lo determinante, es poder establecer si la obligación que asumieron corresponde a una obligación de medios o de resultado, para poder determinar si resulta procedente demostrar que obraron con la debida diligencia como una causal procedente de exclusión de responsabilidad.

## **Título II.**

### **LOS CONTRATOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL**

La responsabilidad contractual como se analizó en el Título I, desde el punto de vista de las partes tiene unas connotaciones especiales ante el incumplimiento contractual, ya que la posición contractual de los miembros del contrato puede variar dependiendo del origen del incumplimiento; el alcance de las sanciones y defensas que tienen los acreedores insatisfechos es diferente cuando el incumplimiento es esencial para alcanzar el fin propuesto por las partes, y las causales de exoneración resultan aplicables siempre y cuando se den los requisitos esenciales y no medie culpa por parte de alguna de las partes.

Pero la responsabilidad contractual también debe analizarse conforme a las principales especies de contratos que comparten riesgos y utilidades, teniendo en cuenta sus propias características y responsabilidades que han asumido las partes.

Con el análisis de la responsabilidad contractual de las principales especies, de acuerdo a la práctica contractual y a la normativa aplicable, se pone en evidencia la existencia de un régimen de responsabilidad contractual especial, distinto a los contratos sinalagmáticos. Por esta razón, el plan a seguir es el siguiente: en una primera parte se estudiarán las principales especies contractuales (Capítulo I) para posteriormente realizar unas consideraciones sobre el régimen especial de la responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial (Capítulo II).

## **Capítulo I. Principales especies de contratos de cooperación empresarial y su responsabilidad contractual**

En este capítulo se analizarán las principales especies de contratos de cooperación empresarial en sentido restringido, que comparten riesgos y utilidades como contratos plurilaterales típicos y atípicos. Por lo tanto, para poder analizar la responsabilidad contractual de cada especie contractual, es indispensable entender en qué consisten y cuáles son sus principales características.

En la actualidad encontramos cuatro especies contractuales de gran aplicación en el tráfico jurídico que comparten riesgos y utilidades: la *joint venture* contractual, el consorcio y la unión temporal o transitoria de empresas, como contratos atípicos; y como contrato típico, las cuentas en participación, contratos que serán examinados a continuación:

### **Sección I. Las *joint venture***

Las *joint venture* como nuevos esquemas contractuales han tenido un gran desarrollo en el *Common law* al tener su origen en los EE.UU.<sup>218</sup>. Se trata de una herramienta muy utilizada por las empresas para entrar en el mercado internacional<sup>219</sup>, especialmente en los sectores del petróleo, telecomunicaciones, energía eléctrica y aeronáutica<sup>220</sup>.

Ésta figura contractual surge como respuesta a una necesidad que tienen los empresarios de poder competir en el mercado internacional, encontrando en las alianzas estratégicas el

---

<sup>218</sup> ARRUBLA, Jaime. Contratos mercantiles atípicos. Ed., Legis, 2012, p.294.

<sup>219</sup> Por ejemplo, Telecom Americas LTDA, inició su proceso de expansión en Sur América a través de los *joint ventures* contractuales como también lo hizo Gazprom en Rusia para entrar en el mercado de la energía eléctrica. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2004). pp. 66-74.

<sup>220</sup> United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2004). p.108. Asimismo, se han creado programas para incentivar esta clase de estructuras contractuales, como lo realizó la Comisión de la Comunidad Europea para incentivar el desarrollo de Joint European Ventures entre medianas y pequeñas empresas de la Comunidad Europea. Décision de la Commission des Communautés européennes du 5 novembre 1997, "Soutien financier à la Joint European venture" JOSE N°L310, 13 novembre 1997, JCP éd., E. 1997 III 68593. Citado por PIRONON, Valérie

vehículo mediante el cual pueden lograrlo, ya que de forma individual no podrían hacerlo. La cooperación entre las empresas, se convierte en el instrumento que permite condensar los intereses económicos sobre tres cuestiones a saber: el tiempo, el costo y el riesgo<sup>221</sup>. La función económica y jurídica que cumplen estos contratos, hacen que se ubiquen en una posición intermedia: entre los intereses de las partes porque no son opuestos, pero tampoco idénticos, y que se encuentren entre el mercado y la empresa al mantener su autonomía económica.

Por ésta razón, las *joint ventures* contractuales son contratos de cooperación empresarial, que comparten riesgos y utilidades, mediante las cuales las partes deciden asociarse para alcanzar un fin común, sin que constituyan una nueva persona jurídica<sup>222</sup>. Se trata de la figura más fidedigna como contrato de cooperación empresarial, porque comparte el fundamento de su creación, es decir, la cooperación empresarial como un fenómeno jurídico y económico, con el cual las empresas pueden alcanzar proyectos que por sí solas no podrían, compartiendo riesgos y utilidades para el logro de un proyecto común<sup>223</sup>, de ahí que su nombre originalmente haya sido "*adventure*".

## 1. Concepto

El más grande desarrollo jurisprudencial de esta figura contractual se encuentra en el common law, en el *Corpus Juris Secundum* de los EE.UU., al estar definida como una "combinación 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*"<sup>224</sup>. También se define como "una asociación de dos o más personas o

---

<sup>221</sup> G.V.Smith, R.L. Parr, *Intellectual Property, Licensing and Joint Venture Profit Strategies*, 2nd ed., Jhon Wiley & Sons, Inc. New York, 1998, p.2 et s., 359 et s. Citado por PIRONON, Valérie. *Les Joint Ventures*.Ed., Dalloz, París, 2004. p.1

<sup>222</sup> Véase ORTEGA, Alfonso. *El contrato de joint venture internacional*. VLex Internacional, <http://vlex.com/vid/56333090>, 4 enero de 2009.

<sup>223</sup> Véase PIRONON, Valérié. *Les Joint Ventures*. Ed., Dalloz, París, 2004, pp. 1-41.

<sup>224</sup> *Corpus Juris Secundum* (C.J.S.), The American Law Book Co, Brooklyn, Nueva York, 1957, vol. 48, pag. 801. Citado por CARO NIETO, Juan. *Las Joint Ventures en Los Contratos en el Derecho Privado*. Ed., Universidad del Rosario y Legis, 2007, p.1044.

empresas, dedicadas a un negocio comercial con fines de lucro, sin personería jurídica o incorporación, también llamada *joint adventure* [...] que se basa en una sola transacción comercial, en donde las personas o empresas optan por participar en negocios conjuntos con el fin de compartir fortalezas, minimizar los riesgos, y aumentar las ventajas competitivas en el mercado."<sup>225</sup>. Como lo establece el jurista Juan Caro Nieto, en las *joint ventures* contractuales las partes se asocian para realizar un proyecto o negocio en común, sin crear una nueva persona jurídica, lo que las diferencian de las *equity joint venture*, *incorporated joint venture* o *joint venture* societaria<sup>226</sup>.

Igualmente, ha sido definida como una "asociación de carácter contractual. De objeto limitado, que consiste en la puesta en común de los medios y riesgos, y en igualdad de acceso a los participantes en la toma de las decisiones"<sup>227</sup>. Ésta definición aporta un elemento muy importante, que es la limitación del objeto contractual, ya que permite diferenciarlo de otras figuras, como lo es la sociedad de hecho, que tiene un objeto amplio y general<sup>228</sup>. Cuando hacemos referencia a que el objeto es limitado no significa que el contrato no pueda ejecutar varias actividades u operaciones, es la realización de un proyecto o negocio determinado para el cual las partes han decidido asociarse.

Por lo anterior, podemos definir la *joint venture* como un contrato de cooperación empresarial, mediante el cual las partes deciden asociarse para realizar un proyecto en común, con el cual asumen los riesgos y beneficios que surgen del mismo, de objeto limitado, sin constituir una nueva persona jurídica.

## 2. Características

- Es un contrato de cooperación empresarial plurilateral, porque las partes contribuyen a la realización de un proyecto común.

---

<sup>225</sup> Joint venture. WEST'S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW. 2ª Edition., Gale, 2004, p.35

<sup>226</sup> Caro Nieto, Juan. *Las Joint Ventures* en Los Contratos en el Derecho Privado. Ed., Universidad del Rosario y Legis, 2007, pp. 1044 y 1045.

<sup>227</sup> BAPTISTA L-O., *Les joint ventures dans les relations internationales*, thèse dactyl. París II, 1981. P. 56. Citado por PIRONON, Valérie en *Les joint ventures*. Ed., Dalloz, París, 9 y 10.

<sup>228</sup> Véase ARRUBLA, Jaime. Contratos mercantiles atípicos, Ed., Legis, 2012, pp.301 y 302.

- Se trata de un contrato atípico, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no se ha tipificado<sup>229</sup>, de esta forma prevalecen las estipulaciones contractuales<sup>230</sup>. Es importante tener en cuenta que también existen costumbres mercantiles locales certificadas por las Cámaras de Comercio que pueden resultar aplicables<sup>231</sup>.
- Es un contrato consensual, ya que no existe ninguna formalidad para su celebración.
- Las partes se obligan a contribuir en el desarrollo del contrato para poder obtener participación.
- Los partícipes comparten los riesgos y utilidades que genere la ejecución del contrato, incluso si expresamente no lo han estipulado.
- Es un contrato oneroso porque tiene por objeto obtener utilidades para los partícipes.
- Se trata de un contrato aleatorio porque las partes se asocian a la espera de la ganancia o pérdida que produzca el proyecto en común.
- Es de ejecución sucesiva, por lo que lo han denominado como un contrato de duración, al ejecutarse en una duración de tiempo que puede ser de corta o larga duración, pero que no es de ejecución instantánea.

### 3. Responsabilidad contractual

Como contrato de cooperación empresarial, la responsabilidad contractual puede ser analizada desde dos relaciones jurídicas que surgen: la responsabilidad interna: entre los

---

<sup>229</sup> Existen países como en Rumania, en donde han incluido dentro su Código Civil algunos artículos relativos a la *joint venture* contractual, pero sin regularla en su integridad para mantener su flexibilidad. Véase LUPULESCO, Ana-María, Aspects concerning the joint venture under the regulation of the new Code Civil. Article: Perspectives of Business Law Journal, Volume 2, Issue 1, November 2013, Eucharest, Rumania, pp. 127-132.

<sup>230</sup> Al tratarse de un contrato atípico, en virtud del art. 1618 del código civil, prevalece la voluntad real de las partes, por lo que el contrato es ley para las partes.

<sup>231</sup> Aspectos como la distribución de la responsabilidad interna de los asociados, la administración, contabilidad se encuentran regulados como costumbre mercantil en Bogotá. Al respecto véase <http://www.ccb.org.co/Transformar-Bogota/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>

contratantes de la *joint venture* (3.1) y la responsabilidad frente a terceros: cuando han decidido contratar con nuevas partes para el desarrollo de la *joint venture* (3.2).

### **3.1 Responsabilidad interna: entre los contratantes de la *joint venture***

Como contrato atípico, las partes pueden limitar la responsabilidad entre los partícipes del contrato, no obstante, es frecuente que ante el incumplimiento contractual se establezcan fórmulas de arreglo para que el contrato pueda seguir con su ejecución<sup>232</sup>. Dichas fórmulas de arreglo en los *joint ventures* responden a criterios de rentabilidad financiera<sup>233</sup> y de conservación contractual. Por ejemplo, en el ITC *Contractual joint venture Model Agreement (three parties or more) and (two parties only)*, se establecen cláusulas para que la parte incumplida pueda subsanar el incumplimiento en un tiempo razonable o de lo contrario pueda ser excluida del contrato, sin que el contrato tenga que someterse a la terminación<sup>234</sup>.

En el caso colombiano por ejemplo, el incumplimiento de alguno de los contratantes de la *joint venture*, como contrato plurilateral, no libera del cumplimiento de las obligaciones a los otros contratantes, a menos que se demuestre que el contrato se haya celebrado en consideración a esa persona o que sin ella se haga imposible alcanzar el cumplimiento del fin propuesto<sup>235</sup>, como lo establece el artículo 865 del Código de Comercio.

Es importante advertir, que no se debe confundir con otras especies contractuales como lo es el contrato de cuentas en participación al no existir un partícipe oculto, y tampoco se debe asimilar como una sociedad hecho porque no existe *animus societatis*. En

---

<sup>232</sup> CARO NIETO, Juan. *Las Joint Ventures en Los Contratos en el Derecho Privado*. Ed., Universidad del Rosario y Legis, 2007, pp. 1053.

<sup>233</sup> Véase PIRONON, Valérie. *Les joint ventures*. Ed., Dalloz, París, pp.102 y ss.

<sup>234</sup> Article 13 "*Breach of obligations*". ITC Contractual joint venture Model Agreement (three parts or more) Geneva, 2004. Article 11 "*Breach of obligations*". ITC Contractual joint venture Model Agreement (two parts) Geneva, 2004.

<sup>235</sup> Química Vulcano S.A., Alberto Quijano Duque, José Gabriel Saabi Serrano Vs. Con Rotadyne Latin América LLC y Esperanza Medina. Laudo arbitral 5 de junio de 2008. Cámara de Comercio de Bogotá. Hernando Galindo Cubides, Adriana Polanía y Fernando Montoya Mateus, Árbitros.

efecto, en un laudo arbitral<sup>236</sup> aplicaron las normas de las sociedades comerciales para determinar la responsabilidad contractual en un contrato de *jointe venture* contractual, al considerar que en Colombia dicha figura contractual se entiende como una sociedad de hecho. El citado laudo establece que las partes pueden solicitar la liquidación de la sociedad en cualquier momento al encontrarse en permanente estado de disolución, cuando en virtud de la autonomía de la voluntad, las partes en ese caso no tenían el *animus societatis* para considerar que se trataba de una sociedad de hecho, se trataba de un contrato atípico a riesgo compartido.

Teniendo en cuenta lo anterior, y para evitar este tipo de interpretaciones, es muy importante que en el contrato de *joint venture* contractual, de forma expresa se excluya la posibilidad de asociarlo e interpretarlo como otro tipo contractual.

La responsabilidad contractual que asumen las partes, tiene un origen en las obligaciones contractuales y en los riesgos que han decidido asumir las partes al momento de la celebración del contrato. Los riesgos asumidos pueden originar nuevas obligaciones contractuales, por ejemplo, cuando las partes deben cumplir obligaciones para su prevención, control o mitigación. Por esta razón, es de gran importancia que los riesgos se encuentren descritos, delimitados, determinados y de ser posible cuantificados.

La anterior necesidad de definir el alcance de los riesgos, la podemos evidenciar en la *joint venture* celebrada en 1995 entre el Consorcio conformado por Teleconsorcio S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO. Ltd., y Sumitomo Corporation, con la empresa Telecom, para desarrollar conjuntamente y a riesgo compartido el proyecto de Telecomunicaciones para la prestación del servicio público domiciliario de telefonía pública conmutada para Bogotá, D.C. y Soacha.

---

<sup>236</sup>Guillermo Alejandro Forero SÁCHICA Vs. Consultoría óscar G. Grimaux y Asociados, SAT, y Citeco Consultora S.A. Laudo Arbitral 10 DE MAYO DE 2000. Cámara de Comercio de Bogotá. Jorge Cubides Camacho, Árbitro.

El Consorcio convoca a tribunal de arbitramento a Telecom, para solicitar el reembolso de las inversiones realizadas y las prestaciones correspondientes a la liquidación del convenio, al haber asumido Telecom el riesgo de la demanda y la inversión del proyecto. El gran debate versa sobre la determinación de si Telecom garantizó o no la demanda e inversión que aparece en el modelo económico proyectado. El Tribunal llega a la conclusión de que Telecom no garantizaba la demanda ni la inversión, ya que estaban a cargo del Consorcio.

En ese sentido, el Consorcio al haber asumido el riesgo de la demanda y de la inversión, debía *"definir la demanda real, pues sería el principal afectado de no determinarse adecuadamente, en cada época de la ejecución contractual, la realidad de la demanda, pues sería él quien tendría que sufrir, en primer término, las consecuencias patrimoniales de un inapropiado o desactualizado cálculo de la demanda"*. Agrega: *"Por tanto, el tribunal entiende que el contratista sí podía reducir, durante el avance del proyecto, el tamaño del mismo, disminuyendo el número de líneas, determinación a la cual no podía razonablemente oponerse Telecom, en la medida en que el riesgo involucrado no era suyo, sino de su asociado"*. De esta manera, el Tribunal condena al Consorcio al evidenciar los incumplimientos contractuales que le eran imputables, como el resarcimiento de los perjuicios causados a Telecom<sup>237</sup>.

De haber conocido las partes los riesgos que iban asumir, con su correspondiente alcance y obligaciones, no se hubiese ocasionado un incumplimiento contractual y a su vez un conflicto ante el Tribunal de arbitramento. Las partes desde el inicio de la relación contractual deben establecer las obligaciones, los riesgos, el alcance del contrato, la responsabilidad que asumen entre sí mismas y ante terceros, con el fin de evitar asumir excesivas cargas. Por esta razón, el principio de cooperación debe regir

---

<sup>237</sup> Laudo arbitral. Teleconsorcio S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO. Ltd., y Sumitomo Corporation Vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, en liquidación, mayo 13 d 2005. Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, presidente, Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas Mejía.

desde la etapa precontractual de estos contratos<sup>238</sup>, con el fin de evitar posibles vacíos en su ejecución, teniendo en cuenta que las circunstancias imprevisibles son los riesgos que no se deben distribuir.

### **3.2 Responsabilidad frente a terceros**

Como se ha analizado a lo largo de la presente monografía, en los contratos de cooperación empresarial las partes deciden contratar con terceros para la ejecución del contrato de cooperación, y la *joint venture* contractual no es la excepción. En las cláusulas de responsabilidad, se establece como regla general que los partícipes responderán conjunta y solidariamente ante terceros, por cualquier deuda, compromiso o responsabilidad que surja de la *joint venture* contractual<sup>239</sup>.

En este punto, es importante diferenciar, que los terceros pueden tener dos connotaciones, el primero al cual hago referencia como "terceros" con los cuales los miembros de la *joint venture* tienen una relación contractual, y los "terceros ajenos al contrato de cooperación" como aquellos con los cuales no se tiene ninguna obligación contractual, pero que por circunstancias externas pueden resultar afectados por la ejecución del contrato.

En el primer caso, todos los partícipes responderán solidariamente ante los terceros bajo el régimen de la responsabilidad contractual, en el cual todos actúan como deudores; y en el segundo caso, todos responderán solidariamente bajo el régimen de responsabilidad extracontractual.

Al responder de forma solidaria, los partícipes internamente podrán estipular las fórmulas en que asumirán dicha responsabilidad. Por ejemplo, cada parte asumirá los pasivos de acuerdo al porcentaje de participación; todos podrán remitir contra el causante del

---

<sup>238</sup> Lispy S.A., Vs El Retiro Centro Comercial S.A., Laudo arbitral 19 de mayo de 2006. Cámara de Comercio de Bogotá. Hernando Herrera Mercado, Presidente, Jorge Cubides Camacho, Árbitro y Mario Gamboa Sepulveda, Árbitro.

<sup>239</sup> Article 10 "*Liability*". ITC Contractual joint venture Model Agreement (three parts or more) Geneva, 2004

perjuicio; podrán automáticamente excluir al culpable de la causación del perjuicio; todos deberán realizar una nueva contribución para soportar el pago de la indemnización, etc. Las fórmulas se encuentran sujetas a la voluntad de las partes y a sus necesidades, por esta razón, lo más importante de elaborar un contrato, es entender el negocio que quieren ejecutar las partes con sus respectivos alcances.

En el ordenamiento jurídico colombiano, en virtud del artículo 825 del C. de Co., en las operaciones mercantiles cuando son varios los deudores, se presume que se han obligado solidariamente. Lo mismo ocurre como regla general en las *joint ventures* contractuales, las partes se obligan a responder de forma solidaria ante terceras partes o terceros, como consecuencia del contrato de cooperación.

## **Sección II. El Consorcio**

El Consorcio se ha convertido en uno de los instrumentos más utilizados por los empresarios con el fin de asociarse para poder contratar con el Estado. Especialmente para la explotación de recursos mineros, como lo es el petróleo y el gas. Colombia ya contaba con esta forma de asociación desde antes de la expedición del Decreto 150 de 1976, para la contratación estatal y el Decreto 2655 de 1988, para la concesión minera. Se trata de una forma de compartir riesgos y utilidades para contratar principalmente con entidades públicas.

Actualmente, el Consorcio no se encuentra regulado en nuestra legislación, pero si se encuentra definido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, bajo los siguientes términos:

*" Artículo 7º.- De los Consorcios y Uniones Temporales. Para los efectos de esta Ley se entiende por:*

*Consorcio: cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman".*

Al respecto la Corte Constitucional ha manifestado que "El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica"<sup>240</sup>.

En el derecho privado no existe disposición legal que haga referencia a esta forma de asociación<sup>241</sup>, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación civil, en reciente fallo dispuso lo siguiente "el consorcio es la conjunción o concurrencia de condiciones y recursos especiales, de naturaleza técnica, económica, tecnológica, física, que diferentes personas, naturales o morales, ponen al servicio de una causa común; esfuerzos que se concretan alrededor de un propósito claro como es el de optimizar las posibilidades de cumplir un encargo, regularmente vinculado a la prestación de bienes o servicios, sea en el sector público o privado"<sup>242</sup>.

El Consejo de Estado, en concepto del 9 de octubre de 2003 de la sala de consulta y servicio civil, expresó que en el caso de la conformación de un consorcio o una unión temporal, " [...] no es una persona jurídica sino un número plural de contratistas que se integran para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad [...] no hay propiamente aportes de dinero, trabajo o bienes con la finalidad de construir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, *Know how*,

---

<sup>240</sup> Corte Constitucional. Sentencia SC - No. 414 del 22 de septiembre de 1994.

<sup>241</sup> C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia 8 de noviembre de 2006. Ref. 1992-15957. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

<sup>242</sup> C. S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia 16 de diciembre de 2015. Ref.2009-360. M.P. Margarita Cabello Blanco.

maquinaria, equipos, dinero, etc. según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo [...]”<sup>243</sup>.

El consorcio es una especie de los contratos de cooperación empresarial, en donde las partes deciden asociarse para desarrollar proyectos que son de interés común, de esta forma, son por esencia contratos plurilaterales, en donde las partes deciden compartir riesgos y utilidades, sin constituir una nueva persona jurídica<sup>244</sup>.

Al tratarse de un contrato de cooperación, tiene por objeto el desarrollo de un proyecto común, en donde los partícipes actúan de forma conjunta, aunque mantienen su autonomía e independencia funcional. Las partes contratantes participan en las utilidades o pérdidas que genere la gestión conjunta.

### **1. Concepto**

En los consorcios varios sujetos deciden asociarse para el logro de un proyecto común, es "el instrumento de cooperación del cual se sirven personas con actividades afines, que temporalmente y sin el ánimo de asociarse resuelven conjuntar esfuerzos para ejecutar determinado negocio, sin que se interfiera su organización jurídica o económica, en el derecho privado patrio no han sido objeto de regulación, constituyendo por ende una modalidad atípica de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración, por el cual dos o más personas convienen en aunar esfuerzos con un determinado objetivo, consistente por lo general en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que se establezca una sociedad entre ellos, puesto que no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad, amén de conservar cada cual su personalidad y capacidad para ejecutar las actividades distintas del negocio común. En otras palabras, se

---

<sup>243</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta Servicio Civil. Concepto 1513 octubre 9 de 2003. Consejero ponente: Gustavo Aponte Santos.

<sup>244</sup> Como lo expresa Caballero Sierra se trata de “una unión formada para la gestión o la defensa de intereses comunes, sin llegar a constituir una sociedad”. CABALLERO, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá. Temis. 1985. Pág. 88

trata de ‘una unión formada para la gestión o la defensa de intereses comunes, sin llegar a constituir una sociedad’<sup>245</sup>.

Son considerados como contratos atípicos, que no corresponden a sociedades irregulares o sociedades de hecho porque los asociados no tienen *animus societatis*, tampoco corresponden al contrato de cuentas en participación porque no hay socios ocultos<sup>246</sup>.

La Ley 80 de 1993 le otorgó capacidad jurídica a estos esquemas contractuales de cooperación empresarial para contratar con el Estado y para ejercer las acciones jurídicas a través de un representante de los miembros que lo conforman. En la sentencia unificadora del Consejo de Estado<sup>247</sup>, en la que se indica que si bien las uniones temporales y los consorcios no cuentan con personería jurídica independiente, “si cuentan con capacidad,

---

<sup>245</sup> CABALLERO, Gaspar. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá. Temis. 1985. p. 88.

<sup>246</sup> “El Consorcio no genera una nueva sociedad mercantil, porque al no estar constituida con todos los requisitos legales, no forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 98 del C. de Co.). Por similares razones tampoco es una sociedad irregular (art. 500 del C. de Co.). Tampoco es una sociedad de hecho en definición legal, y por esta misma carece de personería jurídica (C. de Co., arts. 498 y 499). Ni la ley lo considera Cuenta en Participación, que, además, carece de personería jurídica (art. 509 del C. de Co.) De otra parte, el Registro del Consorcio como Establecimiento de Comercio en una Cámara de Comercio constituye un mero instrumento de publicidad que no genera por ley personería jurídica. Como el Consorcio se trata de aunar los esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica, por parte de dos o más personas con el objeto de contratar con el Estado, sin que ello ocasione el nacimiento de una nueva persona jurídica por cuanto cada uno de los integrantes conserva su independencia, su autonomía y facultad de decisión. El término de duración del consorcio, así como la forma e intensidad de colaboración de quienes lo integran dependerá del contrato o de la obra pública a ejecutar”. Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 13 de mayo de 2004. Radicación Número: 15321. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

<sup>247</sup> El Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de 25 de septiembre de 2013, Expediente N.º 19.993, manifiesta lo siguiente sobre la capacidad jurídica de los consorcios y uniones temporales: “Si bien las uniones temporales y los consorcios no constituyen personas jurídicas distintas de quienes integran la respectiva figura plural de oferentes o de contratistas, lo cierto es que además de contar con la aptitud para ser parte en el correspondiente procedimiento administrativo de selección de contratistas -comoquiera que por ley cuentan con capacidad suficiente para ser titulares de los derechos y obligaciones derivadas tanto de los procedimientos administrativos de selección contractual como de los propios contratos estatales-, también se encuentran facultados para concurrir a los procesos judiciales que pudieren tener origen en controversias surgidas del mencionado procedimiento administrativo de selección de contratistas o de la celebración y ejecución del contrato estatal respectivo -*legitimatío ad processum*-, por intermedio de su representante. (...)”

como sujetos de derechos y obligaciones (artículos 44 del C.P.C. y 87 del C.C.A.), para actuar dentro de los procesos judiciales, por conducto de su representante".

En ese sentido, se puede concluir, que los consorcios son contratos de cooperación empresarial, en donde las partes deciden asociarse y actuar de forma conjunta como contratos plurilaterales, para ejecutar un proyecto que es de interés común, sin constituir una nueva persona jurídica, compartiendo los riesgos y utilidades que se originan del mismo.

## 2. Características

- Contrato plurilateral de cooperación empresarial al tener una finalidad común.
- Contrato atípico al no estar regulado en la Ley, es importante advertir que en otras legislaciones como la Brasileña si se encuentra tipificado<sup>248</sup>.
- Carece de personalidad jurídica, conservan su autonomía jurídica y económica<sup>249</sup>, aunque en la contratación estatal cuentan con capacidad jurídica para actuar a través de un representante. Igualmente, existe costumbre mercantil local certificada por las Cámaras de Comercio, la cual puede resultar aplicable<sup>250</sup>.
- Contrato consensual, que no requiere del cumplimiento de ninguna formalidad al ser un contrato atípico.
- Los contratantes comparten los riesgos y utilidades.
- Se presume la solidaridad entre sus miembros, aunque en otras legislaciones no es la regla general<sup>251</sup>.
- Contrato de duración, al ser de tracto sucesivo que tiene una duración en el tiempo.

---

<sup>248</sup> Ley de sociedades anónimas de 1976.

<sup>249</sup> Véase Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. 30 de enero de 1997. Radicación No.3422-97. Consejero M.P. Luis Camilo Osorio. y Superintendencia de Sociedades. Circular externa 1105-006. Diciembre 13 de 2009.

<sup>250</sup> Aspectos como la distribución de la responsabilidad interna de los asociados, la administración, contabilidad se encuentran regulados como costumbre mercantil en Bogotá. Al respecto véase <http://www.ccb.org.co/Transformar-Bogota/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>

<sup>251</sup> Como en Brasil, Ley de Sociedades Anónimas de 1976.

### 3. Responsabilidad contractual

La responsabilidad del consorcio también puede ser analizada a nivel interno de los contratantes (3.1) y la que surge con terceros (3.2).

#### 3.1 Responsabilidad interna: entre los contratantes del consorcio

Al tratarse de un contrato plurilateral atípico<sup>252</sup>, ante el incumplimiento contractual, resulta aplicable el artículo 865 del Código de Comercio, según el cual los contratantes no se liberan de su obligación cuando alguno ha incumplido con sus obligaciones, a menos, que el contrato se haya celebrado en consideración al contratante incumplido o sin el cual se haga imposible alcanzar el fin propuesto.

Es común que en esta clase de contratos se establezcan cláusulas que permitan solucionar aquellos eventos en donde uno de los contratantes incumple, como es la cesión de la posición contractual, con el fin de evitar su inminente terminación. En estos contratos no se presume la solidaridad por activa, pero lo anterior no obsta para que pueda pactarse cuando alguno de los asociados incumpla o cuando el consorcio tenga a su favor un crédito con un tercero, de lo contrario, los asociados solamente podrían cobrar su respectiva cuota.

Igualmente, es muy importante revisar previamente las costumbres mercantiles aplicables al contrato de cooperación objeto de redacción, según el lugar de su ejecución. Por ejemplo, en Bogotá D.C., la Cámara de Comercio ha certificado como costumbre mercantil para aquellos contratos de cooperación "*celebrados bajo la modalidad de consorcio o unión temporal, acordar entre los asociados la distribución de la responsabilidad interna en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato*" y su vigencia "*se extiende hasta un (1) año después de la liquidación del contrato celebrado con la entidad contratante, que dio lugar a la unión temporal y/o consorcio*"<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> C.S. de J. Sala civil. Sentencia 13 de septiembre de 2006. Expediente: 2002-00271. M.P. Arrubla Paucar.

<sup>253</sup> Al respecto véase <http://www.ccb.org.co/Transformar-Bogota/Costumbre-Mercantil/Listado-de-Costumbres-Mercantiles>

### 3.2. Responsabilidad ante terceros

El consorcio y la unión temporal son contratos que crean por excelencia nuevos vínculos contractuales con terceros, ya que, por regla general, los partícipes del consorcio y/o unión temporal se asocian para unir sus esfuerzos con el fin de ejecutar un proyecto que es solicitado por un tercero, en calidad de contratante.

A los consorcios se les reconoce como característica principal, la responsabilidad solidaria que asumen sus contratantes ante terceras partes y ante terceros. La responsabilidad solidaria como lo establece el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, para la contratación estatal abarca "[...] 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".

Al respecto el Gobierno en la exposición de motivos manifestó lo siguiente sobre la responsabilidad contractual: "Ahora bien, el proyecto mantiene como núcleo jurídico fundamental del consorcio la responsabilidad solidaria de quienes lo integran, pero trae una modificación sustancial consistente en reconocerle personalidad jurídica para los solos efectos relacionados con el contrato (arts. 6° y 7°). Se considera que esta solución resulta ser la más conveniente en la medida en que, dejando atrás todas las discusiones en torno a su naturaleza, el hecho de reconocerle personalidad jurídica impone la necesidad de que los consorciados definan unos estatutos básicos que regulen sus propias relaciones y, principalmente, las que surgen con la entidad estatal para todos los efectos, imponiendo así claridad y precisión en el desarrollo de las mismas y del propio contrato. Como se anotó, en lo relativo a la responsabilidad del consorcio, se mantiene el criterio según el cual las personas que lo integran responden solidariamente de las obligaciones surgidas con ocasión de la propuesta y de la celebración y ejecución del contrato. En concordancia con lo anterior, se prevé expresamente que las actuaciones, hechos u omisiones que tengan lugar en desarrollo de la propuesta y del contrato, se imputarán a cada uno de sus miembros"<sup>254</sup>.

---

<sup>254</sup> Exposición de Motivos. Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992.

Para la contratación estatal, la responsabilidad solidaria es una de las cláusulas más importantes, incluso dentro del pliego de condiciones, fijan el número de miembros que deben conformar los consorcios, con el fin de aumentar la capacidad económica ante un posible detrimento causado al patrimonio del Estado producto del incumplimiento contractual. Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado que:

*"La solidaridad fijada en la ley para los consorciados y para los unidos temporalmente, según el caso, puede dar lugar al requerimiento administrativo o a la declaración judicial de exigir el cumplimiento o la indemnización, según el evento, y muy seguramente en la realidad material, la previsión legal de solidaridad no tendrá la eficacia buscada por el legislador, en la medida que acrezca el número de participantes, pues si bien a mayor número de participantes es mayor la capacidad del consorcio o de la unión temporal, también a mayor el número de participantes es menor la capacidad individual de estos y, por tanto, aunque la ley predica la solidaridad, que es indiscutible, la realidad de eficacia se torna en improbable en la medida en que la capacidad de cada consorciado y de cada una de las personas que integran la unión temporal es menor. Por ello, aunque la ley los hace solidarios, para los aspectos vistos, la solidaridad jurídica prevista en la ley no augura, por si sola, la eficacia material de ese tipo de obligaciones, porque cada consorciado o cada integrante de la unión temporal tiene medida cada una de sus capacidades. Por ello, la Administración podrá determinar, de acuerdo con el artículo 3º del decreto reglamentario 679 de 1994, el número de participantes en la conformación de los consorcios y de las uniones temporales (dos o más)"<sup>255</sup>.*

De la anterior consideración, me permito apartarme porque para garantizar la liquidez de los contratantes de un consorcio o unión temporal, con el fin de hacer efectiva la previsión legal de solidaridad, no es a través del número de sujetos que hagan parte del contrato, lo importante es la capacidad financiera que tenga cada contratante - *además de las pólizas de cumplimiento que deban existir*-. Por lo tanto, nada importa que el consorcio este conformado por 3 o 7 personas, si la capacidad financiera no es lo suficientemente sólida para garantizar un posible incumplimiento de la obligación contraída.

---

<sup>255</sup> Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 26 de abril de 2006. Ref: 15188. M.P. María Elena Giraldo.

Pero la responsabilidad solidaria no solamente es aplicable para la contratación estatal, sino que también lo es para la contratación en el régimen privado, ya que el artículo 825 del C. de Co., consagra la presunción de solidaridad cuando son varios deudores de un negocio mercantil, como lo es el contrato de consorcio. Por consiguiente, las partes deben regular dentro del contrato la forma en que asumirán la responsabilidad solidaria internamente, teniendo en cuenta que las partes se comprometieron al cumplimiento de unas obligaciones con una tercera parte, que no pueden desatender, incluso en el evento en que uno de los partícipes del consorcio incumpla, ya que estamos en presencia de un contrato plurilateral.

Es importante advertir que, en el derecho privado como contrato atípico, se puede pactar expresamente que los miembros del consorcio se obligan al cumplimiento de sus obligaciones sin presunción de solidaridad.

### **Sección III. Unión Temporal de Empresas**

El contrato de unión temporal o transitoria de empresas, surge como un contrato plurilateral, el cual tiene por objeto que varias empresas se puedan asociar de forma transitoria para ejecutar una obra, prestar un servicio o realizar un proyecto determinado, sin tener que incurrir en la creación de una nueva persona jurídica<sup>256</sup>. Los partícipes encuentran a través de ésta figura contractual un ahorro en los costes de transacción y administración para el desarrollo de un proyecto que es común.

La unión temporal como un contrato de cooperación empresarial<sup>257</sup>, está estructurado sobre la base de la cooperación de sus partícipes, sin que nazca un nuevo ente por decisión de las

---

<sup>256</sup> MARTONELL, Ernesto. Tratado de los contratos de empresa. Ed., Depalma, Buenos Aires, 2006, p. 322 y 323.

<sup>257</sup> “La Ley 80 de 1993, al crear las figuras de los consorcios y uniones temporales y constituir las como sujetos de la contratación administrativa, reconoce una realidad del mundo negocial que son los denominados “contratos de colaboración económica”, que en la hora actual se celebran para la efectiva realización de proyectos de contratación pública altamente especializados e intensivos en capital y así mismo indispensables para que el Estado Social de Derecho, cumpla los cometidos para los cuales fue instituido (Preámbulo y artículos 1 y 2 Superiores)” Corte Constitucional. C-949 de 2001.

partes, por consiguiente, no constituye una sociedad, carece de personalidad jurídica y no es sujeto de derecho<sup>258</sup>, en el cual las partes comparten los riesgos y utilidades.

En España<sup>259</sup>, Italia<sup>260</sup> y Argentina<sup>261</sup> han consagrado dentro de sus legislaciones este esquema contractual como un contrato típico para la realización de obras públicas. Colombia no ha regulado esta figura contractual, pero la Ley 80 de 1993 hace mención a sus principales características en la contratación estatal, en ese sentido, se considera que en nuestra legislación se trata de un contrato nominativo.

Aunque las uniones temporales como contratos de cooperación empresarial, han tenido un gran desarrollo y aplicación en el sector estatal, en el sector privado también resultan aplicables y en este caso, son las partes las que determinan plenamente su alcance.

## 1. Concepto

Las uniones temporales o transitorias entre empresas, como contratos mercantiles, surgen como una necesidad del tráfico mercantil<sup>262</sup> para el desarrollo de proyectos transitorios, en los que participan varios asociados que tienen por objeto compartir los riesgos y utilidades que se generen de la ejecución del proyecto en común, sin que tengan que incurrir en la constitución de un nuevo ente.

Varios Estados han regulado dentro de sus legislaciones esta estructura contractual, pero cada uno le ha otorgado unas características y alcances diferentes, por esta razón, podemos definir las uniones temporales de forma general como aquellos contratos de cooperación empresarial, que comparten riesgos y utilidades, que tienen por objeto la ejecución de un

---

<sup>258</sup> MARTONELL, Ernesto. Tratado de los contratos de empresa. Ed., Depalma, Buenos Aires, 2006, p. 324.

<sup>259</sup> Ley 18 del Reino de España de 1982, Título III.

<sup>260</sup> Ley 584 de 1977.

<sup>261</sup> Ley 19.550 artículos 377 y ss.

<sup>262</sup> DOBSON, Juan. El abuso de la personalidad jurídica, Depalma, Buenos Aires, 1 Edición, 1985, o.347. Citado por MARTONELL, Ernesto en *Tratado de los contratos de empresa*. Ed., Depalma, Buenos Aires, 2006, p. 324.

proyecto en común de forma transitoria, sin crear una nueva persona jurídica para su ejecución.

Teniendo en cuenta las disposiciones legales en Colombia sobre esta figura contractual<sup>263</sup>, se puede definir la unión temporal de forma particular: como aquel contrato en el que se asocian dos o más sujetos de forma transitoria para presentar una propuesta o ejecutar un proyecto del Estado, sin que constituyan una persona jurídica; en el cual los asociados se obligan de forma solidaria al cumplimiento de las obligaciones contractuales, aunque las sanciones por incumplimiento se determinen de acuerdo a la participación de cada uno de sus miembros en la ejecución del contrato.

Son considerados como contratos atípicos, que no corresponden a sociedades irregulares<sup>264</sup>, sociedades de hecho<sup>265</sup> o cuentas en participación<sup>266</sup>. Por disposición legal se les ha otorgado capacidad jurídica a las uniones temporales y a los consorcios para contratar con el Estado, y la jurisprudencia les ha reconocido la capacidad de comparecer en procesos judiciales a través del representante que las partes hayan designado, como lo dispone el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 en el párrafo 1<sup>o</sup><sup>267</sup>.

## 2. Características

- Contrato plurilateral de cooperación empresarial al tener una finalidad común.
- Contrato nominado pero atípico al no estar regulado en la Ley.

---

<sup>263</sup> Ley 80 de 1993. Artículo 7°.

<sup>264</sup> Artículo 500 del Código de Comercio.

<sup>265</sup> Artículos 98 y 499 Código de comercio.

<sup>266</sup> Art. 507 Código de comercio.

<sup>267</sup> Al respecto véase Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 27 de enero de 2016.M.P. Martha Nubia Velásquez; Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 25 de agosto de 2016.M.P. Hernán Andrade Rincón; Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 14 de septiembre de 2016.M.P. Martha Nubia Velásquez;

- Carece de personalidad jurídica, conservan su autonomía jurídica y económica, aunque en la contratación estatal cuentan con capacidad jurídica para actuar a través de un representante.
- Contrato consensual, que no requiere del cumplimiento de ninguna formalidad al ser un contrato atípico.
- Los contratantes comparten los riesgos y utilidades que se generen de la ejecución del contrato.
- Se presume la solidaridad entre sus miembros, pero en la contratación estatal las sanciones por incumplimiento se imponen de acuerdo a su participación en la ejecución del contrato.
- Contrato transitorio.

### **3. Responsabilidad**

La responsabilidad contractual en las uniones temporales tiene que ser analizada desde tres puntos a saber: 3.1. la responsabilidad que surge entre los miembros del contrato de cooperación empresarial; 3.2. la responsabilidad que surge con terceros, que por regla general es con el Estado; y 3.3. las sanciones impuestas ante el incumplimiento contractual en la contratación estatal.

#### **3.1. La responsabilidad entre los miembros de la unión temporal.**

En esta clase de contratos es frecuente que las partes estipulen que comparten los gastos, riesgos y utilidades que se generen con ocasión al contrato, de acuerdo al porcentaje de participación asignado. Adicionalmente, incluyen una cláusula de indemnidad mutua para el evento en que algunas de las partes causen perjuicios a los otros miembros del contrato de cooperación empresarial<sup>268</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, ante el incumplimiento contractual el miembro incumplido responderá ante los cumplidos por los perjuicios ocasionados en virtud del incumplimiento.

---

<sup>268</sup> Unión Temporal y ECOPEPETROL. Contrato confidencial.2003.

Al tratarse de un contrato plurilateral, el incumplimiento de alguna de las partes, no ocasiona la pérdida de su fuerza ejecutoria para los otros miembros del contrato, a menos que se haga imposible lograr el fin propuesto<sup>269</sup>.

Es importante advertir, que en el evento en que algún miembro incumpla, las partes deben establecer si le otorgan la facultad al representante del contrato para ejercer las acciones correspondientes contra el miembro incumplido o si todas van a ejercer su derecho de acción de forma conjunta, teniendo en cuenta que se conforma un litisconsorcio necesario, ya que la solidaridad por activa no se presume.

### **3.2 La Responsabilidad que surge con terceros**

La regla general en las estipulaciones contractuales y en la ley<sup>270</sup>, es la responsabilidad solidaria que asumen los miembros del contrato con los terceros con que contratan, es decir, todos son solidariamente responsables en el cumplimiento de las obligaciones al asumir la calidad de deudores.

Esta modalidad contractual tiene gran aplicación en el sector de la contratación estatal, la ley 80 de 1993 en su artículo 7 hace mención a esta figura contractual bajo los siguientes términos:

*"2o. Unión Temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta 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".*

La norma hace mención a esta figura contractual en la contratación estatal para determinar el alcance de la responsabilidad de sus partícipes. En una primera parte, consagra como principio general la solidaridad para el cumplimiento de las obligaciones contractuales; y en una segunda parte, establece que las sanciones a causa de incumplimientos serán impuestas

---

<sup>269</sup> Artículo 865. Código de Comercio.

<sup>270</sup> Artículo 825 del Código de Comercio.

de acuerdo a la participación de cada miembro de la unión temporal en la ejecución del contrato.

El Estado para garantizar el cumplimiento del contrato y la solvencia económica de los miembros que conforman la unión temporal en caso de incumplimiento, dispone la responsabilidad solidaria como requisito esencial para que puedan contratar con entidades estatales<sup>271</sup>. Lo anterior, convierte como principio general en la contratación estatal, la responsabilidad solidaria que asumen sus miembros ante el incumplimiento contractual.

En el sector privado la responsabilidad de los miembros también es solidaria por presunción legal, como lo dispone el artículo 825 del Código de comercio, aunque las partes pueden estipular lo contrario. Por ejemplo, cuando las partes distribuyen las etapas de la ejecución del proyecto en común y cada una decide responder ante el tercero por la etapa del proyecto asumida.

### **3.3 Las sanciones en la contratación estatal**

Como lo dispone el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en la contratación estatal las sanciones impuestas por el incumplimiento contractual en las uniones temporales, es de acuerdo al grado de participación que tengan los miembros del contrato. Ésta característica ha hecho de la unión temporal un contrato más atractivo para los empresarios en comparación con el consorcio, ya que las sanciones que son impuestas por el incumplimiento contractual es de acuerdo al grado de participación en la propuesta y el contrato, sin que sean impuestas de forma solidaria<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección cuarta. Sentencia del 29 de abril de 2010. Ref: 16883. M.P. Martha Teresa Briceño.

<sup>272</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia 15 de mayo de 2003. M.P. Alier Eduardo Hernández y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Sentencia 29 de abril de 2010. M.P. Martha Teresa Briceño.

Por esta razón, es tan importante que en el contrato de cooperación como en el contrato estatal, quede definido el grado de participación de cada parte en la ejecución de las obligaciones<sup>273</sup>.

Ahora bien, el sujeto sancionado será la parte que incumplió la obligación que tenía a su cargo<sup>274</sup>, quedando los otros partícipes libres de los efectos sancionatorios, siempre y cuando en el contrato se haya establecido expresamente que la obligación incumplida estaba a cargo de dicha parte. De lo contrario, la sanción se divide en el porcentaje de participación que tienen los miembros en el contrato, que es lo que ocurre en la mayoría de los casos.

En el evento en que en el contrato no se individualicen las prestaciones que tienen que ejecutar las partes, la sanción recae sobre todas, trátase en el caso hipotético de que algún miembro tenga el 99% y otro el 1%, al tener todos participación sin individualización, todos resultan sancionados, entonces ¿en qué se diferencia del consorcio en este último caso?

Cuando las partes no establecen las prestaciones que cada uno va ejecutar dentro de la unión temporal, y se hace imposible individualizar quién tiene a su cargo el cumplimiento de la obligación incumplida, la diferencia con el contrato de consorcio radica en el porcentaje de la sanción que tienen que asumir los miembros del contrato, es decir, que de acuerdo al porcentaje de participación que tienen en la ejecución del contrato, asimismo será el porcentaje de la sanción que deben responder<sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> Corte Constitucional. C-949-2001.

<sup>274</sup> Exposición de motivos. Ley 80 de 1993. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992.

<sup>275</sup> Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado *"Las uniones temporales, por su parte, fueron definidas por la ley como la asociación de dos o más personas en forma conjunta que 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 el porcentaje de participación de cada uno de los miembros de la unión temporal en la ejecución del contrato"*. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia 29 de septiembre de 2015. M.P.Stella Conto Díaz del Castillo.

Por ejemplo, COMPUTADORES PARA EDUCAR, una asociación sin ánimo de lucro del Estado sancionó a los miembros de la Unión Temporal CPE 04-13, por el incumplimiento contractual en la entrega de unas tabletas por un valor de \$18.480.810, sanción que fue impuesta de acuerdo al porcentaje de participación de los miembros de la unión temporal, es decir, Microhard S.A.S., por el 33%, Selcomp S.A.S., 34% y Comercial MCL S.A.S., por el 33%<sup>276</sup>. La sanción se impuso de acuerdo al porcentaje de participación que tenía cada miembro dentro del contrato, porque en el contrato no se individualizaron las prestaciones.

Si el anterior contrato se hubiese ejecutado bajo la modalidad de un consorcio, la sanción se hubiese impuesto de forma solidaria entre los miembros que hacen parte del contrato; en esa medida, no se tendría en cuenta el porcentaje de participación que tiene cada miembro en la ejecución del contrato y el Estado podría reclamar el pago de la sanción en su totalidad a cualquiera de los miembros. La parte que haya pagado la sanción, a su vez podría repetir contra los otros responsables.

En muchos casos para los miembros del contrato de cooperación empresarial, resulta mucho más importante evitar una sanción que tener que responder como deudores solidarios, ya que los efectos de las sanciones pueden inhabilitarlos o disminuir los porcentajes de puntuación que se tienen en cuenta para el Registro Único de Proponentes (RUP)<sup>277</sup>. Lo cual disminuye las posibilidades de que puedan volver a contratar con el Estado, al quedar con el registro de las sanciones en sus antecedentes.

En el caso de las multas impuestas por las entidades estatales, también son objeto de registro en el Registro único de Proponentes a través de la Cámara de Comercio en donde

---

<sup>276</sup> Resolución 201 del 9 de diciembre de 2014. Computadores para Educar. Publicado en Secop I. <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProcesoAACs.do>

<sup>277</sup> Una vez que se impone la sanción a través de un acto administrativo, la entidad estatal ordena a la Cámara de Comercio respectiva, el registro en el RUP de la persona natural/jurídica la sanción impuesta por el incumplimiento contractual, en virtud del artículo 2.2.1.1.1.5.6 del Decreto 1082 de 2015.

estén registrados los miembros sancionados<sup>278</sup>. Estas multas tienen por objeto apremiar al contratista a que cumpla con sus obligaciones durante la etapa de ejecución, mediante una sanción de carácter pecuniario ante la mora o el incumplimiento contractual<sup>279</sup>.

#### **Sección IV. Cuentas en participación**

El contrato de cuentas en participación hace parte de los contratos de cooperación empresarial, al tener por objeto la ejecución de un proyecto que es de interés común. La función económica del contrato, consiste en que una parte se encarga de su ejecución, quien actúa bajo su propio nombre y cuenta, teniendo la calidad de gestor del proyecto, rindiendo cuentas a los partícipes inactivos del contrato.

Es un contrato que ha tenido un gran auge en el sector privado, a través del cual se busca la no revelación a terceros de los miembros que lo conforman, de ahí que su principal característica sea la existencia de partícipes gestores y ocultos. Se trata de un contrato de cooperación empresarial secreto, ya que las relaciones contractuales que surgen entre los partícipes del contrato se mantienen ocultas ante los terceros con que contrata el partícipe gestor.

En este contrato el partícipe gestor es el que se obliga y contrae derechos frente a terceros, ya que actúa bajo su propio nombre y cuenta, en ese sentido, es el que realiza las obligaciones finales del contrato de cooperación, y los partícipes ocultos se obligan al cumplimiento de las obligaciones instrumentales que permiten la ejecución del contrato, como lo son los aportes financieros, la mano de obra, insumos, etc.

---

<sup>278</sup> Por ejemplo, todos los miembros de una unión temporal fueron multados por el incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales por la Secretaría de Desarrollo Agropecuario y Sostenible del Departamento de Arauca en Resolución 2879 del 5 de septiembre.

<sup>279</sup> Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Rad 24639, M.P. Myriam Guerrero de Escobar y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta del 10 de octubre de 2013, Rad 2157, C. P., Álvaro Namén Vargas.

## 1. Concepto

El contrato de cuentas en participación a diferencia de los contratos anteriormente estudiados, es un contrato típico, regulado en los artículos 507 a 514 del Código de Comercio, mediante el cual las partes deciden ejecutar un proyecto que es de interés común, compartiendo los riesgos y utilidades. El Código de comercio lo define bajo los siguientes términos:

***ARTÍCULO 507. DEFINICIÓN DE CUENTAS DE PARTICIPACIÓN.** La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes 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.*

De la anterior definición se puede esgrimir que se trata de un contrato que se realiza entre comerciantes, es decir, aquellos que ejecutan actos de comercio consagrados en el artículo 20 del C. de Co., una de las partes asume la ejecución de la operación mercantil en su nombre y crédito personal, por consiguiente, las otras partes no tienen ninguna relación con terceros; los que asumen la obligación de ejecutar la operación tienen la obligación de rendir cuentas a los otros partícipes, y finalmente, todos los que participan comparten los riesgos y utilidades que se generen con ocasión al contrato.

A la anterior definición podemos agregar, que se trata de un contrato plurilateral, en el cual participan varias partes que tienen un interés común, al compartir los riesgos utilidades que surgen de la ejecución del proyecto. Las partes a través de ésta estructura contractual buscan la cooperación entre empresarios para que unos miembros ejecuten la obligación final de las operaciones mercantiles, mientras los otros realizan las obligaciones instrumentales, como lo son los aportes requeridos para poder ejecutar el contrato.

De esta forma, los partícipes no tienen que afectar su autonomía técnica, administrativa y financiera, para adelantar un proyecto que es de interés común, y lo más importante sin que tengan que revelar las nuevas inversiones que emprenden.

Podemos concluir, que se trata de un contrato de cooperación empresarial típico, que se realiza entre comerciantes, plurilateral, el cual tiene por objeto la ejecución de un proyecto común, que es asumido por una parte en calidad de gestor, quien actúa en su propio nombre y bajo su propia cuenta ante terceros, sin que revele información sobre los partícipes ocultos, en el cual todos los miembros del contrato comparten los riesgos y utilidades que se generen del mismo.

## **2. Características**

- Es un contrato de cooperación empresarial típico.
- Es un contrato consensual porque no requiere de ninguna formalidad legal para su constitución, teniendo libertad de forma<sup>280</sup>.
- No constituye persona jurídica, por lo tanto, carece de patrimonio, de nombre y de domicilio<sup>281</sup>.
- El partícipe gestor del proyecto se reputa como único dueño ante terceros<sup>282</sup>.
- El partícipe gestor debe rendir cuentas a los partícipes ocultos de su gestión<sup>283</sup>.
- Las partes asumen los riesgos y utilidades que se generen de la operación mercantil.
- Desde la creación hasta la terminación del contrato, las normas supletivas son las normas aplicables a la sociedad comandita simple del Código de comercio y el Título Primero sobre las sociedades mercantiles<sup>284</sup>.

## **3. Responsabilidad**

La responsabilidad contractual en el contrato de cuentas en participación, debe ser analizada desde las dos responsabilidades que surgen: 3.1. la responsabilidad entre los partícipes del contrato y 3.2. la responsabilidad entre los partícipes y los terceros.

---

<sup>280</sup> Artículo 508. Código de comercio.

<sup>281</sup> Artículo 509 del Código de Comercio.

<sup>282</sup> Artículo 510 del Código de Comercio.

<sup>283</sup> Artículo 507 del Código de Comercio.

<sup>284</sup> Artículo 514 del Código de Comercio.

### 3.1. La responsabilidad entre los partícipes del contrato

El artículo 511 del Código de Comercio solamente estableció la responsabilidad del partícipe oculto, el cual responde hasta por el monto de sus aportes, sin regular la responsabilidad de los partícipes gestores. La norma igualmente establece que, en lo no previsto en el contrato, las normas supletivas aplicables son las de la sociedad comandita simple y si esta últimas no resultan suficientes, las normas generales de las sociedades mercantiles.

Pero las normas de la sociedad en comandita simple tampoco regulan la responsabilidad de los socios, sin embargo, establece que en lo no previsto, sobre los socios gestores se aplicarán las normas de la sociedad colectiva, y para los comanditarios las disposiciones de la sociedad de responsabilidad limitada<sup>285</sup>.

En ese sentido, la responsabilidad de los partícipes gestores del contrato de cuentas en participación se regirá por las disposiciones de la sociedad colectiva, en las cuales se establece que todos los socios responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales<sup>286</sup>. En el caso de los partícipes no gestores, el artículo 511 del Código de Comercio, establece que responden de forma limitada y hasta por el monto de los aportes.

La aplicación de las normas de la sociedad en comandita simple y las generales del contrato de sociedad como normas supletivas del contrato de cuentas en participación, tiene un gran efecto sobre la responsabilidad civil de sus partícipes, por ejemplo, la responsabilidad de los administradores que contempla en el artículo 200 del Código de Comercio, la jurisprudencia ha determinado que tiene aplicación por remisión del legislador:

*"Así las cosas y como quiera que en el caso de las sociedades en comandita simple no existe norma particular que determine la responsabilidad de sus administradores, se torna imperativo colegir que, en este punto, el envío previsto por el legislador en la disposición legal que ahora se comenta, se extiende a las normas generales del contrato de sociedad y que, por lo mismo, en tratándose del*

---

<sup>285</sup> Artículo 341 del Código de Comercio.

<sup>286</sup> Artículo 294 del Código de Comercio.

*contrato de cuentas en participación, es también aplicable el ya mencionado artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995, que reza:*

*“Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios y a terceros*

*“No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.*

*“En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.*

*“De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores haya propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.*

*“Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.*

*“Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.*

*[...] No obstante esa singular textura del contrato de cuentas en participación, que, sin lugar a dudas, lo diferencia del de sociedad, principalmente porque, como ya se precisó, su celebración no da lugar al surgimiento de una persona jurídica, con todo lo que ello supone, es del caso señalar que en frente de dicho negocio jurídico se mantiene también un sistema dual de responsabilidad: por un lado, la propiamente contractual, derivada del negocio jurídico mismo, de la que son titulares la totalidad de los partícipes, incluso, el activo o gestor, y se dirige en contra del contratante que haya incumplido sus deberes de prestación y con ello causado daños; y, por otro, la especial consagrada en el ya varias veces citado artículo 200 del Código de Comercio, que en el supuesto del contrato ahora examinado sólo opera en contra del partícipe activo o gestor, como administrador del negocio común, ya se trate de persona jurídica o natural, y del representante legal de aquella, por razón de los actos dolosos o culposos de su administración, y en beneficio de los partícipes inactivos y/o de los terceros a quienes, con ese actuar, aquél les hubiere irrogado algún perjuicio”<sup>287</sup>.*

Del anterior pronunciamiento, se puede concluir que además de la responsabilidad contractual que asumen los partícipes gestores en el contrato de cuentas en participación, también deben asumir la responsabilidad especial que estableció la ley para los administradores, creando dos vías de acción para el cobro de perjuicios, una contractual y otra especial por remisión legal. No obstante, surgen los siguientes interrogantes: ¿qué

---

<sup>287</sup> C.S. de J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2011. Ref: 05001-3103-016-2002-00007-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

ocurre si en el contrato se estipula una responsabilidad diferente para los partícipes en calidad de administradores? ¿la cláusula se entiende por no escrita? ¿realmente ésta disposición debería tener aplicación en el contrato de cuentas en participación?

Ante el primer interrogante, el origen de la aplicación de la responsabilidad civil especial de los administradores, es por la remisión legal que hace el artículo 514 del C. de Co. a las normas de la sociedad en comandita simple y a las normas generales de las sociedades mercantiles. Sin embargo, la remisión legal se encuentra sujeta a dos condiciones, la primera que el contrato no lo haya regulado, y la segunda, que las normas de la sociedad en comandita simple resulten insuficientes, para que las normas generales de las sociedades mercantiles tengan aplicación, circunstancias que no fueron tenidas en la citada sentencia.

En ese sentido, se podría afirmar que el contrato de cuentas en participación podría regular la responsabilidad de los administradores conforme a la autonomía de la voluntad, sin sujetarse a lo dispuesto en el artículo 200 del C. de Co. Sin embargo ¿la cláusula se podría entender por no escrita?

El último inciso del artículo 200 del C. de Co., establece que “Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”. En principio, se podría afirmar que si las partes en un contrato de cuentas en participación, pactan en contrario la responsabilidad de los partícipes como administradores, dicha cláusula se entiende por no escrita. Pero para hacer dicha afirmación se debe previamente analizar el momento en que se hace legítima dicha disposición legal en el contrato de cuentas en participación.

Como se analizó previamente, la aplicación de la responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales surge en el evento en que las partes no lo hayan regulado en el contrato, es decir, que prevalecen las estipulaciones contractuales sobre las normas de las sociedades en comandita simple y las normas generales de las sociedades comerciales, cuando las primeras resultan insuficientes. Por consiguiente, si las partes en un contrato de cuentas en participación han regulado la responsabilidad de los partícipes en calidad de

administradores, el artículo 200 del C. de Co., no tendría aplicación porque se trata de un asunto ya regulado en el contrato.

Ahora bien, surge el siguiente interrogante ¿las normas de las sociedades en comandita simple no son suficientes para regular la responsabilidad de los gestores como administradores? Como se analizó en la primera parte, las normas de la sociedad en comandita simple hacen una segunda remisión legal dependiendo del tipo de socios, si son gestores o comanditarios, en virtud del artículo 341 del C. de Co. Para el caso particular de los gestores, las normas aplicables son las de la sociedad colectiva, en la cual se establece lo siguiente:

*"ARTÍCULO 308. <RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN LA SOCIEDAD COLECTIVA>. Los actos ejecutados por los administradores bajo la razón social, que no estuvieren autorizados estatutariamente o fueren limitados por la ley o por los estatutos, solamente comprometerán su responsabilidad personal. Además, deberán indemnizar a la sociedad por los perjuicios que le causen y, si se trata de socios, podrán ser excluidos".*

Las normas de las sociedades colectivas regulan la responsabilidad de los administradores de forma especial, por consiguiente, si se realiza una interpretación exegética del artículo 514 del C. De Co., la remisión que realiza el artículo 341 del C. de Co., a las normas colectivas, éstas normas resultarían suficientes para no tener que acudir a las normas generales de las sociedades mercantiles y desencadenar nuevos alcances que las partes nunca pensaron presenciar.

Para otros, la disposición legal del artículo 341 del C. de Co., podría no ser suficiente y debería tener aplicación el artículo 200 del C. de Co., al tratarse de una disposición legal especial que amplía el campo de acción, al estipular que los socios y terceros puedan ejercer también la acción contra los administradores que obraron con culpa o dolo en su administración, causándoles un perjuicio. Se trata de un problema de interpretación, que dependerá del supuesto de hecho a tratar.

De lo anterior se puede concluir, que el contrato de cuentas en participación no se encuentra exento de la aplicación de la responsabilidad civil de los administradores, trátase del artículo 308 o del artículo 200 C. de Co., si las partes no lo han regulado en el contrato. Por

esta razón, aunque no es frecuente que las partes regulen la responsabilidad de los partícipes con expresa mención a su calidad de administradores porque la figura de "administradores" es propia de las sociedades, cuando surge un conflicto sobre la procedencia de esta figura societaria, puede que quede en manos del juez determinar qué partícipes tenían funciones de administración - *no siempre tienen que ser los partícipes gestores, también lo pueden ser los ocultos*- situación que se trata de prevenir al momento de redactar el contrato para que no quede en la incertidumbre y libre interpretación del juez.

### **3.2 Responsabilidad entre los partícipes y los terceros**

De conformidad con el artículo 507 del Código de Comercio, el partícipe gestor actúa en su nombre y bajo su crédito personal, es decir, que cuando se obliga para con terceros, responde a nombre propio y con su propio patrimonio. Por lo anterior, los terceros no podrían ejercer ninguna acción contra los partícipes ocultos y viceversa<sup>288</sup>.

No obstante, el artículo 511 del Código de Comercio establece que en el evento en que los partícipes inactivos revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe dentro del contrato, responderán de forma solidaria junto con el partícipe gestor, desde el momento en que el partícipe pierde su carácter de oculto<sup>289</sup>. Es decir, que la responsabilidad solidaria para los partícipes ocultos nace desde que se descubre que participan varios sujetos en la relación contractual como un contrato plurilateral, en el que por disposición legal todos asumen la calidad de responsables.

En este último evento opera una ficción legal en la cual los gestores ocultos adquieren la calidad de partes en una relación contractual en la que inicialmente no hicieron parte y sobre la cual no entregaron su consentimiento de forma directa con el tercero. De esta manera, los terceros pueden ejercer las acciones contractuales para exigir el cumplimiento de las obligaciones al partícipe gestor o a los partícipes ocultos, o a ambos, al operar la responsabilidad solidaria.

---

<sup>288</sup> Artículo 510 del Código de Comercio.

<sup>289</sup> C.S.de J. Sala de Casación Civil. Sentencia 4 de diciembre de 2008. Ref:1100131030271992-09354-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

Sobre este punto, se destaca la sentencia de la Corte Constitucional C- 790-11, en la que declara exequibles los artículos 510 y 511 del Código de Comercio sobre el contrato de cuentas en participación, al analizar el alcance de la responsabilidad del gestor como único dueño y de los partícipes no gestores ante terceros. Sin embargo, de forma apresurada señala la posibilidad de aplicar la figura del levantamiento del velo corporativo en el contrato de cuentas en participación, cuando se haga uso de esta figura contractual en contra de la buena fe y de los intereses de terceros<sup>290</sup>.

Al respecto, me permito apartarme por completo, ya que la acción del “levantamiento del velo corporativo” es propia de las sociedades y no de las figuras contractuales, ya que se desestima la personalidad jurídica del ente societario que se ha empleado en fraude a la ley o en perjuicio de terceros<sup>291</sup>. La acción del “levantamiento del velo corporativo” no podría tener aplicación para el contrato de cuentas en participación, ya que la legislación no le ha reconocido capacidad jurídica.

## **Capítulo II. Consideraciones sobre el régimen especial de la responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial**

La estructura de la cooperación en las relaciones contractuales repercute de forma directa en la responsabilidad contractual que asumen las partes, al tratarse de contratos que tienen por objeto la ejecución de un proyecto que es de interés común, compartiendo los riesgos y utilidades que se generen de la ejecución del contrato.

Las partes en estos contratos no tienen que constituir una nueva persona jurídica, no afectan su administración técnica o administrativa y no adoptan la calidad propiamente dicha de acreedores o deudores. Se trata de contratos con una ideología distinta, que responden a las nuevas necesidades del mercado.

---

<sup>290</sup> Corte Constitucional C-790 de 2011. “*“la limitación del riesgo no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los comerciantes, cualquiera sea su voluntad de formación, puesto que si con su uso se defraudan la buena fe y los intereses de terceros, habrá lugar a acudir a las herramientas legales propias del régimen, como por ejemplo, el levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido”*”.

<sup>291</sup> Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-170643 del 14 de octubre de 2014.

Las bases sobre las cuales se ciñe la responsabilidad contractual en nuestro ordenamiento jurídico es sobre el contrato sinalagmático. Sin embargo, la forma de amoldar dicha responsabilidad a los contratos de cooperación empresarial, debe corresponder a la estructura funcional que tienen estos contratos para alcanzar el fin común que han determinado las partes.

No es lo mismo el incumplimiento contractual en los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades, que en un contrato bilateral, como el contrato de compraventa en el cual se identifica con claridad la calidad de deudor y de acreedor desde la creación de la relación contractual y las acciones que pueden adoptar, como tampoco lo es en el contrato social, en donde se identifica con claridad la posición contractual que asumen los socios y las acciones que pueden ejecutar en caso de incumplimiento.

En los contratos de cooperación empresarial que son objeto de estudio, los intereses de las partes, como su posición contractual y las transacciones que realizan en el mercado, ocupan una posición intermedia, teniendo incidencia en la responsabilidad contractual. Se trata de una figura jurídica distinta a los contratos sinalagmáticos, al tener una función propia, son contratos que requieren de la creación de nuevas relaciones contractuales con terceros, con los cuales los partícipes han decidido contratar y ante los cuales responden de forma solidaria.

Por esta razón, como se ha podido analizar, la responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial se manifiesta sobre dos relaciones contractuales: entre los partícipes del contrato de cooperación y con los terceros.

Dependiendo de la relación contractual a la que se haga referencia, así mismo serán los efectos de la responsabilidad contractual. Cuando se trata de la responsabilidad contractual que surge entre los partícipes del contrato de cooperación, se examina la forma en que está distribuida la responsabilidad y las medidas a adoptar en caso de incumplimiento contractual, teniendo siempre presente que el incumplimiento o la persona incumplida tenga o no el carácter de esencial para alcanzar el fin común propuesto por las partes.

Desde el momento en que los partícipes de un contrato de cooperación empresarial deciden contratar con terceros para poder ejecutar un negocio o proyecto que es de interés común, surge una nueva relación jurídica. Cuando hacemos referencia a la relación contractual que surge entre los miembros del contrato de cooperación y terceros, se cristaliza como principio general la responsabilidad solidaria.

Pero la responsabilidad solidaria no solamente surge por voluntad de las partes conforme a la función económica que cumplen éstos contratos; en los contratos de cooperación empresarial como contratos plurilaterales, en los que los miembros se convierten en deudores cuando contratan con terceros, el artículo 825 del Código de Comercio ha establecido la presunción de la solidaridad por pasiva.

La responsabilidad solidaria permite que los terceros en calidad de acreedores, ejerzan el cobro de los daños causados (indemnización) en virtud del incumplimiento contractual a cualquiera de los miembros del contrato de cooperación empresarial, quien a su vez podrá remitir contra los otros miembros responsables.

La solidaridad en la responsabilidad contractual en este caso, funciona desde la acción pasiva, es decir, que la solidaridad no se estipula para que cualquiera de los miembros pueda ejercer el cobro de la indemnización por incumplimiento contractual como ocurre con la solidaridad por activa<sup>292</sup>. Dependiendo del caso específico a tratar, todos los miembros del contrato de cooperación empresarial iniciarán las acciones pertinentes de responsabilidad contra el deudor incumplido bajo la figura de un litisconsorcio necesario por activa.

La responsabilidad solidaria por pasiva, como regla general en los contratos de cooperación empresarial, también admite excepciones, los miembros en ejercicio de la autonomía de la voluntad pueden estipular que no responderán solidariamente y que cada parte será responsable por las obligaciones que contraiga con terceros con motivo del contrato de cooperación empresarial.

---

<sup>292</sup> LE TOURNEAU, Philippe et JULIEN, Jérôme. *Solidarité, Recueil Dalloz*, Dalloz, París, 2010, pp. 5-23.

No obstante, se debe tener en cuenta que, en algunas especies contractuales como el consorcio y la unión temporal para la contratación estatal, la responsabilidad de los miembros debe ser solidaria por disposición legal, de lo contrario no podrían contratar con el Estado.

Estipular la responsabilidad solidaria, dependerá de la estructura del negocio y de la función económica que las partes hayan decidido plasmar a través de un contrato de cooperación empresarial. Quedando en manos de los abogados que tengan a cargo la elaboración del contrato, establecer la responsabilidad que asumirán las partes, teniendo en cuenta que la mayoría de estos contratos revisten el carácter de atipicidad.

## CONCLUSIONES

Los contratos de cooperación empresarial que comparten riesgos y utilidades, como contratos plurilaterales, cuentan con un régimen especial de responsabilidad contractual que los diferencian del régimen aplicable a los contratos sinalagmáticos, porque se estructuran sobre la base de un interés común de los asociados.

Por la función económica y jurídica que cumplen los contratos de cooperación empresarial como contratos plurilaterales, los contratantes asumen una responsabilidad solidaria ante el incumplimiento contractual como regla general, no solo en virtud de la autonomía de la voluntad, sino que también por disposición legal, cuando son varios los deudores se establece la presunción de la solidaridad por pasiva.

Ante el incumplimiento contractual, en los contratos de cooperación empresarial, los contratantes no se liberan de sus obligaciones, a menos que el fin común propuesto no se pueda ejecutar a causa de dicho incumplimiento.

La responsabilidad contractual en los contratos de cooperación empresarial tiene un doble alcance: sobre la relación contractual que surge entre los miembros del contrato de cooperación y la relación contractual que surge con terceros, respecto de los cuales han decidido contratar para poder ejecutar el proyecto que es de interés común.

## **Bibliografía**

ARRUBLA, Jaime. *Contratos mercantiles*. Contratos atípicos. Capítulo I, Séptima Edición, Ed., Legis, Bogotá, 2012.

BIANCA, Cesare. Derecho Civil, Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

CABALLERO, Gaspar. *Los Consorcios Públicos y Privados*, Temis, Bogotá, 1985.

CABAÑELAS, Guillermo y KELLY, Julio Alberto, *Contratos de colaboración empresaria*, Buenos Aires, Heliasta, 1973.

CARBONNIER, Jean. Droit civil. *Les Obligations*. Ed., Presses Universitaires de France, París, 1956.

CARO, Juan. *Las Joint Ventures* en MANTILLA, Fabricio y TERNERA, Francisco. Los Contratos en el Derecho Privado. Ed., Universidad del Rosario y Legis, 2007.

CASTRO, Marcela. *Derecho de las obligaciones*, Tomo I, Universidad de los Andes y TEMIS, Bogotá, 2015.

CHÉNEDÉ, Françoise. *Las Conmutaciones en el Derecho Privado*. Constitución a la Teoría General de las obligaciones. Revista Chilena de Derecho Privado, N°18, pp.123-148, julio, 2012.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général*. V° 1237, T.V. Rousseau, París, 1925.

DÍAZ, Indira. *Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos*. Revista de Derecho Privado, n.º 23, julio - diciembre de 2012.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Sexta Edición, Tomo II, Ed., Aranzadi, España, 2008.

ETCHEVERRY, Raúl. *Contratos asociativos, negocios de colaboración y consorcios*. Ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005.

FARINA, Juan. *Contratos comerciales modernos*. Ed., Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2005.

FUEYO, Fernando. *Los contratos de colaboración empresaria y su modalidad complementaria de contratos de dominación*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991.

GARCÍA, Esteban. *La forma contractual de los acuerdos de cooperación horizontales: empresas conjuntas frente a acuerdos contractuales*. Ed., Universidad de Oviedo en <http://www.unioviado.es/egarcia/ARTMT5.PDF>. Consultado el 21/01/15 23:21 pm.

GONZÁLEZ, María, *Eficacia del Contrato* en Tratado de contratos, Tomo I, 2 edición, Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

HENAO, Juan Carlos. *El daño*, 1ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

LARROUMET, Christian. “A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente”, en Carlos Pizarro Wilson (coord.) vol.1. Cuadernos de análisis jurídicos, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, 2004.

LEQUETTE, Suzanne. *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*. Ed., Economica, Paris, 2012.

LITHIER, Yves-Marie. *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*. L.G.D.J., París, 2007.

MANTILLA, Fabricio y TERNERA, Francisco. *Los Contratos en el Derecho Privado*, Ed., Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.

MANTILLA, Fabricio. *El contrato de prestación de servicios médicos en el derecho colombiano*. Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, pp. 483-504, 2008.

MANTILLA, Fabricio. *El principio general de responsabilidad por culpa del derecho privado colombiano*. Opinión jurídica, Vol.6 N°11, pp.129-150 ISSN 1692-2530, enero-junio 2007, Medellín, Colombia.

MARTORELL, Ernesto. *Tratado de los Contratos de Empresa*. Tomo III. Ediciones Depalma Buenos Aires, Buenos Aires, 2006.

MOISSET DE ESPANÉS, Luis, TINTI Guillermo y CALDERÓN, Maximiliano. Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. *Daño emergente y lucro cesante* en [http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/dano-emergente-y-lucro-cesante/at_download/file). Consultado 26/05/2016 1.00 pm.

N.U. CEPAL. *La Cooperación empresarial en la industria Uruguaya*. Ed., CEPAL, 1998.

NARVÁEZ, José. Derecho mercantil colombiano. Obligaciones y contratos mercantiles, Ed., Legis, Bogotá, 2002.

OVIEDO, Jorge y otros. *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*. Universidad de la Sabana y Biblioteca jurídica Diké, 2010.

PEÑA, Lissandro. *De los contratos mercantiles nacionales e internacionales*. Capítulo IX, Universidad Católica de Colombia, 2006.

PIRONON, Valérie. *Les Joint Ventures*. Ed., Dalloz, París, 2004.

PIZARRO, Carlos. *Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual*. Publicado en Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños, Ed., Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

PIZARRO, Carlos. *La responsabilidad contractual en el Derecho Chileno*. Publicado en “Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños y perjuicios”. Ed., Universidad del Rosario, 2010.

QUINTERO, Pablo. *El contrato de franquicia*, Ed., Universidad Javeriana, Bogotá, 2012.

RICHARD, Efraín. *La reforma del código civil y comercial: los contratos asociativos y la ley general de sociedades*. Revista de la Facultad de Córdoba, Vol. IV N° 1 Nueva Serie II (2013). Universidad Nacional de Córdoba, 2013.

RICHARD, Efraín. *Regulación de los contratos de Colaboración Empresaria en* <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar-013/index/assoc/D4439.dir/sec8001g.pdf>. Consultado el 15/07/14. 18:00.

TAMAYO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil. *Relaciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual*. Tomo I, Ed., Legis, Bogotá, 2013.

TERNERA, Luís Fernando, y TERNERA, Francisco. (2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Revista Opinión Jurídica*, 7(13), 99-112. Retrieved May 25, 2016, en [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1692-5302008000100005&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-5302008000100005&lng=en&tlng=es)

TOURNEAU, Philippe et JULIEN, Jérôme. *Solidarité, Recueil Dalloz*, Dalloz, París, 2010.

WEST'S ENCYCLOPEDIA OF AMERICAN LAW. 2ª Edition., Gale, 2004.

ZALDÍVAR, R. MANOVIL, G. RAGAZZI, *Contratos de colaboración empresarial*. Ed., Abeledo Perrot, 1986.

ZEGARRA, Álvaro. *Régimen General de los Contratos Asociativos, con particular referencia a su duración temporal*. Revista de Derecho, Volumen 11, Perú, 2010.

### **Memorias de grado**

CASTAÑEDA, Paola. *La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Análisis de los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia*, dirigida por Fabricio Mantilla Espinosa. Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, inédita.

HIDALGO, Mauricio y VALENCIA, José. Tesis de grado “*Contrato de agrupación empresarial: un contrato para las PYMES*” Facultad de ciencias jurídicas. Pontificia Universidad Javeriana, 2002.

### **Normas internacionales**

Ordenanza Nª 67-821 de 23 de septiembre de 1967, Francia.

Circular Interna ministerial del 21 de junio de 1977, Francia.

Decreto del 25 de noviembre de 1971, España.

Ley 18 de 25 de mayo de 1982, España.

Exposición de motivos de la Ley 22.903, Argentina.

Ley de Sociedades Anónimas de 1976, Brasil.

### **Normas Nacionales**

Ley 57 de 1887.

Decreto 410 de 1971.

Ley 80 de 1993.

Decreto 1082 de 2015.

Circular externa 1105-006. Diciembre 13 de 2009. Superintendencia de Sociedades.

Resolución 201 del 9 de diciembre de 2014. Computadores para Educar.

Resolución 2879 del 5 de septiembre de 2015. Secretaria de Desarrollo Agropecuario y Sostenible del Departamento de Arauca.

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional. Sentencia SC - No. 414 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995.

Corte Constitucional. Sentencia C-949 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-1008 de 2010.

Corte Constituciona. Sentencia C-709 de 2011.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia 30 de noviembre de 1935.G.J.1905 y 1906.M.P. Eduardo Zuleta Ángel.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 31 de mayo de 1938.G.J. 1936. M.P. Juan Francisco Mujica.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil de 24 de marzo de 1939, G.J. XLVIII, P.61. M.P. Juan Francisco Mujica.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 5 de marzo 1940. G.J. t. XLIX, págs. 116 y s.s.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 11 de diciembre de 1940, G.J. T.L, núm.1966, p.724.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil de 20 de abril de 1944, M.P. Liborio Escallón, G.J. LVII P.148.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 21 de noviembre de 1946, G.J., t. LXI, p. 675.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de noviembre de 1962.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 27 de febrero de 1974.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 12 de septiembre de 1985. G.J. No. 2419, págs. 407 y s.s.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 26 de noviembre de 1986. G.J. No. 2423, págs. 359 y s.s.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 20 de noviembre de 1989.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de mayo de 1990.  
M.P. Eduardo García Sarmiento.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 13 de junio de 1997, expediente No. 4471.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil., Sentencia de febrero 19 de 1999,  
Expediente 5099.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de junio de 2000, M.P.  
Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 23 de junio de 2000, M.P.  
Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 14 de enero de 2005, expediente  
7524.M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia S-289 de 21 de noviembre de  
2005, Exp.11001310300219950711301, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación civil. Sentencia del 8 de noviembre de 2006.Ref  
1992-15957-01. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

Corte Suprema de Justicia, Sala civil. Sentencia 13 de septiembre de 2006. Expediente:  
2002-00271. M.P. Arrubla Paucar.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de diciembre de 2008. Ref: 2005 – 0031. M.P.  
Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 8 de septiembre de  
2011.Ref: 2000-04366-1. M.P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia 26 de agosto de 2011. Expediente 05001-  
3103-016-2002-00007-01, M.P. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 5 de noviembre de 2013, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Corte Suprema de Justicia, Sala civil, del 9 de diciembre de 2013. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 16 de diciembre de 2015. Ref.2009-360. M.P. Margarita Cabello Blanco.

Consejo de Estado. Sala de Consulta y servicio Civil. 30 de enero de 1997. Expediente No.3422-97. Consejero M.P. Luis Camilo Osorio.

Consejo de Estado. Sala de Consulta Servicio Civil. Concepto 1513 octubre 9 de 2003. Consejero ponente: Gustavo Aponte Santos.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia 15 de mayo de 2003. M.P. Alier Eduardo Hernández.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 13 de mayo de 2004. Radicación Número: 15321. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 de mayo de 2004, Radicación Número: 15321.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 26 de abril de 2006. Ref: 15188. M.P. María Elena Giraldo.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 19 de julio de 2010. Referencia: 38341.M.P. Ruth Stella Correa.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de septiembre de 2009, Rad 24639, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección cuarta. Sentencia del 29 de abril de 2010. Ref: 16883. M.P. Martha Teresa Briceño.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta. Sentencia 29 de abril de 2010. M.P. Martha Teresa Briceño.

Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación de 25 de septiembre de 2013, Expediente N.º19.993.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consulta del 10 de octubre de 2013, Rad 2157, C. P., Álvaro Namen Vargas.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sent. 8 de julio de 2014.M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia 29 de septiembre de 2015. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 27 de enero de 2016.M.P. Martha Nubia Velásquez.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 25 de agosto de 2016.M.P. Hernán Andrade Rincón.

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia 14 de septiembre de 2016.M.P. Martha Nubia Velásquez.

### **Laudos arbitrales**

Guillermo Alejandro Forero Sáchica Vs. Consultoría óscar G. Grimaux y Asociados, SAT, y Citeco Consultora S.A. Laudo Arbitral 10 de mayo de 2000. Cámara de Comercio de Bogotá. Jorge Cubides Camacho, Árbitro.

Carlos Eduardo Naranjo Flórez vs. Darío Giovanni Torregroza Lara y Germán Ortiz Rojas, agosto 16 de 2002, Bogotá

Laudo arbitral. Teleconsorcio S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO. Ltd., y Sumitomo Corporation Vs. mpresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, en liquidación, mayo 13 d 2005. Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, presidente, Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas Mejía.

Teleconsorcio S.A., Telepremier S.A., NEC Corporation, Nissho Iwai Corporation, Mitsui & CO. Ltd., y Sumitomo Corporation vs. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom. Laudo arbitral 13 de mayo de 2005. Cámara de Comercio de Bogotá. Carlos Esteban Jaramillo, Presidente, Jorge Suescún Melo, Árbitro y Juan Pablo Cárdenas, Árbitro.

Lispy S.A., Vs El Retiro Centro Comercial S.A., Laudo arbitral 19 de mayo de 2006. Cámara de Comercio de Bogotá. Hernando Herrera Mercado, Presidente, Jorge Cubides Camacho, Árbitro y Mario Gamboa Sepulveda, Árbitro.

Química Vulcano S.A., Alberto Quijano Duque, José Gabriel Saaibi Serrano Vs. Con Rotadyne Latin América LLC y Esperanza Medina. Laudo arbitral 5 de junio de 2008. Cámara de Comercio de Bogotá. Hernando Galindo Cubides, Adriana Polanía y Fernando Montoya Mateus, Árbitros.

NCT ENERGY GROUP C.A., Vs. Alange Corp, octubre 12 de 2012. Árbitros: Luis Salomón Helo Kattah, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, y Luis Hernando Parra Nieto.