

APUNTES AL CONTRATO DE CONSORCIO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

GINO SANGALLI RATTI

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Maestr en Sociedades Mercantiles por la Pontificia Universidad Católica Haveriana de Colombia.
Egresado del Programa de Alta Dirección (PAD) de la Universidad de Piura.

SUMARIO

I. Antecedentes.- II. Análisis de las disposiciones de la Ley General de Sociedades.- III. Ley General de Minería.- IV. Ley General de Pesca.- V. Régimen de Estabilidad Jurídica a las Inversiones Extranjeras.- VI. Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado.- VII. Consorcios y
Tributación: 1. Impuesto a la Renta; 2. Impuesto General a las Ventas.

I. ANTECEDENTES

El Código de Comercio de 1902, incluía bajo el Libro Segundo, una clasificación de lo que denominó "los Contratos Especiales de Comercio". En la Sección Primera reguló a las Compañías Mercantiles, clasificándolas en Colectivas, En Comandita y Anónimas, para luego, bajo títulos específicos, dictar disposiciones particulares aplicables a determinadas compañías, tales como las de Crédito, los Bancos de Emisión y Descuento, las Compañías de Ferrocarriles, entre otras.

La Sección Segunda del mencionado Libro Segundo, reglamentó lo concerniente a las cuentas en participación, regulando las secciones siguientes sobre los demás contratos mercantiles: la Comisión Mercantil; el Depósito Mercantil; el Préstamo Mercantil y la Prenda, la Compra-Venta y Permuta Mercantiles y la Transferencia de Créditos No Endosables; el Contrato Mercantil de Transporte Terrestre; los Contratos de Seguro; los Alianzamientos Mercantiles; la Letra Comercial o de Cambio; los Vales y Pagarés a la Orden y los Mandatos de Pago Llamados Cheques; los Efectos Al Portador; las Cartas Órdenes de Crédito y el Contrato de Cuenta Corriente Mercantil y Bancaria.

La Ley de Sociedades Mercantiles, promulgada mediante Decreto Supremo del 27 de julio de 1966, en mérito de la autorización conferida mediante Ley N° 16123, derogó los artículos del Código de Comercio referidos a las Compañías Mercantiles (artículos 124 al 181); al término y liquidación de las mismas (artículos 211 al 231) y a las Cuentas en Participación (artículos 232 al 236), además de los referidos a las disposiciones que sobre prescripción se aplicaban a los accionistas y a las sociedades mercantiles (artículos 958 al 960). El articulado de la nueva Ley se dividió en Secciones y estas a su vez en Títulos, además de las Disposiciones Transitorias.

No obstante tratarse de una Ley de Sociedades Mercantiles, ella incluyó disposiciones sobre la Asociación en Participación, que, como se aprecia, bajo la estructura original del Código de Comercio, correspondían a una modalidad de contrato mercantil distinta del contrato de sociedad: el Contrato Mercantil de Cuentas en Participación.

La Ley de Sociedades Mercantiles fue sustituida por la Ley General de Sociedades aprobada mediante Decreto Legislativo 311, dispositivo que modificó la estructura de la Ley anterior, dividiéndola en un título preliminar y tres libros, referidos a las Sociedades

Mercantiles, a Las Sociedades Civiles y a Las Normas Complementarias. Este último libro, a su vez, se dividió en ocho secciones, correspondiendo la sexta a la Asociación en Participación. Se mantuvo pues, como parte de una Ley concebida como integrativa de las diversas modalidades que podía revestir el contrato de sociedad¹, al contrato de Asociación en Participación.

Es sólo con la promulgación de la Ley N° 26887, que esta situación es corregida. Aún cuando la Ley se aprueba bajo el título de "Ley General de Sociedades", tiene una estructura y distribución más acertada, distinguiendo a las sociedades (a las que regula en los Libros I al IV), de los que denomina los "Contratos Asociativos", (regulados en el Libro V).

A diferencia de lo que ocurriera con la normativa anterior, que como veíamos solo contemplaba las Cuentas en Participación (Código de Comercio) y la Asociación en Participación (Ley N° 16123 y Decreto Legislativo N° 311), la nueva Ley General de Sociedades tiene una aproximación más amplia al tema, refiriéndose a los contratos asociativos en general, para luego hacer mención al Contrato de Asociación en Participación y al Contrato de Consorcio, como dos modalidades específicas de los mismos.

El alcance de este trabajo está limitado al contrato asociativo del Consorcio, por lo que sólo dejaremos aquí enunciado, lo que creemos constituirá un espacio en el cual, como todo lo que ocurre con el derecho mercantil, será enriquecido en el tiempo, merced a los usos y las costumbres de los comerciantes. En nuestra opinión, las disposiciones de la Ley General de Sociedades no pueden entenderse de manera que los contratos asociativos queden limitados o restringidos a los dos que la Ley regula: el "Contrato de Asociación en Participación" y el "Contrato de Consorcio". En efecto, dada la definición del concepto "Contratos Asociativos", contenida en el artículo 438 de la Ley General de Sociedades, las peculiares necesidades que surjan de la actividad de los negocios permitirá el desarrollo de otros contratos, lo que se sustenta además en el principio de libertad de contratación reconocido por nuestra legislación. A tales nuevas figuras de contratación asociativa que surjan de los usos y prácticas mercantiles, les serán de aplicación en consecuencia las disposiciones comunes a los contratos asociativos.

El Contrato de Consorcio es, según se aprecia de la lectura del citado artículo 438 de la Ley General de Sociedades, una modalidad de lo que la misma Ley denomina Contratos Asociativos. Las disposiciones de la Ley General de Sociedades, que le son aplicables, son las de los artículos 438 y 439, así como las de los artículos 445 al 448 del mismo cuerpo legal. Los primeros se aplican por igual a todos los contratos asociativos, cualquiera sea su modalidad mientras que los segundos, exclusivamente al que es materia del presente trabajo.

¹ El artículo primero de la Ley de Sociedades Mercantiles aprobada por la delegación conferida al Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 16123, se refiere a la sociedad como a un contrato, lo que ratifica el artículo primero del texto único concordado de la Ley General de Sociedades, Decreto Legislativo N° 311, aprobado mediante Decreto Supremo 003-85-JUS.

II. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

Artículo 438.- Alcances

“Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.”

El Contrato de Consorcio tiene por objeto la creación y regulación de una relación de participación e integración en negocios o empresas determinadas. En este sentido el objeto del contrato es el mismo del Contrato de Asociación en Participación, pero en ello también está la diferencia fundamental con las sociedades. En el Consorcio (y en la Asociación en Participación) las partes sólo persiguen establecer un vínculo común, para el desarrollo de uno o más negocios específicos o para la ejecución de una o más empresas expresamente determinadas. En la sociedad, por el contrario, la voluntad de quienes acuerdan constituir las no se limita a la ejecución de negocios o empresas determinadas, correspondientes a uno o más rubros genéricos de actividad; si no para ejercer en común una o más actividades económicas, y como consecuencia de ello emprender una o más empresas o negocios específicos dentro del rubro de su actividad.

En la Sociedad, además, quienes se asocian asumen la obligación de la realización de un aporte, consistente en bienes o servicios, según esté permitido para el tipo de sociedad elegida, con el fin de conformar con el mismo el patrimonio necesario para la realización en común de las actividades que constituyen el objeto social. Dicho aporte sale del patrimonio de los socios y se integra al de la sociedad que éstos constituyeron. En los contratos asociativos por el contrario, desde que su celebración no determina el nacimiento de una persona jurídica, como expresamente lo señala el numeral 438, no existe transferencia patrimonial; quienes lo celebran mantienen por tanto, la propiedad de los bienes con los que se pudieran obligar a contribuir para la realización de las labores u obras requeridas para la ejecución de los negocios o empresas que desarrollarán en interés común y continuarán en consecuencia, asumiendo el riesgo sobre los mismos, lo que no impide, respecto de esto último, que el convenio establezca formulas diversas de distribución del riesgo.

Las partes en el Contrato de Consorcio podrán ser dos o más, desde que la Ley General de Sociedades no exige número mínimo o máximo, y podrán ser igualmente personas naturales o jurídicas o ambas, por cuanto en esto tampoco existe disposición. El Contrato, como lo indica el artículo 438 requiere de formalidad escrita y no estará sujeto a inscripción en el Registro según lo precisa el mismo artículo y lo señala también el literal a) del artículo cuarto del Reglamento del Registro de Sociedades aprobado por Resolución N° 200-2001-SUNARP/SN, de fecha 24 de Julio de 2001.

Desde que no existe disposición expresa en contrario, creemos que la celebración de los Contratos de Consorcio no se encuentra limitada a quienes según las definiciones del Código de Comercio tienen la calidad y condición de comerciantes. Así, podrán celebrarse Contratos de Consorcio, tanto para la realización de negocios o empresas de naturaleza civil, como para la ejecución de aquellas de carácter mercantil. En este orden de ideas, será civil el Contrato, cuando se celebra por ejemplo entre dos arquitectos, para la ejecución de un proyecto arquitectónico determinado; o cuando dos o más abogados lo celebran a los fines de brindar servicios legales requeridos por el estado para completar un proceso de privatización. Por el contrario, un Consorcio

tendrá carácter Comercial, cuando es celebrado entre dos empresas constructoras, a los efectos de ejecutar los trabajos de estudio y ejecución de un proyecto inmobiliario; o cuando es acordado entre una persona jurídica dedicada a la actividad de la construcción y otra que desarrolla actividades mineras, para la construcción de una planta de procesamiento de minerales.

Artículo 439.- Contribuciones de dinero, bienes o servicios

“Las partes están obligadas a efectuar, las contribuciones en dinero, bienes o servicios establecidos en el contrato. Si no se hubiera indicado el monto de las contribuciones, las partes se encuentran obligadas a efectuar las que sean necesarias para la realización del negocio o empresa, en proporción a su participación en las utilidades.

La entrega de dinero, bienes o la prestación de servicios, se harán en la oportunidad, el lugar y la forma establecida en el contrato. A falta de estipulación, rigen las normas para los aportes establecidas en la presente ley, en cuanto le sean aplicables.”

El emprendimiento de los negocios o empresas que justifican la unión de dos o más personas bajo los denominados contratos de participación, puede ser de muy diversa índole y para ello las partes contratantes deben efectuar las contribuciones a las que al efecto se comprometan en el contrato. Tales contribuciones pueden ser de dinero, bienes o servicios, sin que la norma contenga ninguna exigencia de proporcionalidad o de valorización. Por ende, el contrato podrá estipular libremente la naturaleza de las contribuciones que cada parte efectúe, pudiendo además señalarse contribuciones de carácter mixto.

No se establece en el texto del artículo 439 de la Ley General de Sociedades, que las contribuciones de los contratantes deban necesariamente guardar relación con los porcentajes de participación que el contrato les asigne en las utilidades que se obtengan del desarrollo de la actividad para la cual celebran el contrato. Las aportaciones de bienes o servicios no requieren de valorización de modo que los porcentajes de participación de las utilidades sean una cuota parte del valor total de las contribuciones a las que cada uno se ha comprometido. Faltando norma imperativa, las partes podrán convenir en la forma de distribución de las utilidades que mejor convenga a sus intereses, posibilidad que se sustenta en el principio de la libertad de contratación.

Debemos sin embargo señalar que la Ley General de Sociedades contempla una excepción a lo que venimos diciendo. En efecto, cuando los contratantes hubieren omitido consignar en el contrato asociativo celebrado, el monto de las contribuciones que a cada uno corresponde, la Ley General de Sociedades dispone que la contribución será aquella que resulte necesaria para la realización del negocio o empresa. En tal caso, además, la contribución se efectuará en proporción a la participación de las utilidades que a cada uno corresponda. Vemos pues que en este caso, el legislador en lugar de considerar que falta uno de los elementos esenciales del contrato, opta por la conservación del vínculo contractual, exigiendo a las partes que cumplan con solventar las contribuciones que resulten necesarias para la realización del negocio o empresa.

Las contribuciones de los asociados, como ya hemos señalado, pueden consistir en dinero bienes o servicios, pudiendo ser la razón que sustenta la celebración del contrato, la participación directa de uno o más de los contratantes, en el negocio o empresa común. Así por ejemplo, la firma de arquitectos especializada en diseños

hospitalarios, para un proyecto de construcción y equipamiento de estos, o la empresa propietaria de equipos pesados de movimiento de tierras, para un proyecto de construcción de un dique. Es evidente, que cuando el motivo de la vinculación es la participación directa de esa firma de arquitectura o de ese proveedor de equipos, la valorización de los servicios que les corresponde podría no tener concordancia con las utilidades que las partes pudieran haberse acordado asignar. Creemos, que en tales casos, se requerirá valorizar los servicios totales que a cada parte correspondan, determinar la participación que significa con relación al costo de realización del negocio o empresa, comparándolo con el porcentaje de participación en las utilidades acordado. Las diferencias que hubieran con relación a este último porcentaje, deberán así, cancelarse entre las partes, en dinero.

Situación distinta se dará en los casos en los que las partes, habiendo fijado la naturaleza de sus contribuciones al negocio o empresa común, o incluso el valor que se le asigna a la que cada uno realizará, omiten determinar el porcentaje de distribución de las utilidades. La falta de tal acuerdo no determina la inexistencia del Contrato de Consorcio, pero además, creemos, como a continuación señalamos, que las partes podrían de manera expresa acordar que alguna de ellas no participará en las utilidades; que el Consorcio no tendrá como objetivo la obtención de ellas; o que de haberlas, no se distribuirán.

En efecto, la distribución de utilidades no constituye un elemento esencial de los contratos asociativos. Conforme a la definición del artículo 438 de la Ley General de Sociedades, es contrato asociativo *“aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes”*. El objetivo de la obtención de un superávit o utilidad no es esencial y puede por consiguiente faltar. El interés común puede ser uno distinto, como por ejemplo la producción de bienes o artículos que las partes en el contrato asociativo, o alguna de ellas requieren como insumos para su actividad principal. Pero puede también convenirse en que la participación de una de las partes en el Consorcio será retribuida en función a determinados índices, parámetros o criterios, con independencia de si el negocio o empresa reditúa utilidad, y que en consecuencia, las utilidades o las pérdidas serán percibidas o sufridas por alguno o los demás miembros.

La referencia que en el primer párrafo del artículo 439 de la Ley General de Sociedades se hace a la participación en las utilidades, como medida de determinación de la contribución que las partes se obligan a realizar, no significa que la distribución de utilidades es esencial. Dicha referencia es puramente supletoria; sólo si las partes no determinan el monto de las contribuciones que cada una se compromete a efectuar para la realización de los negocios o empresas del Consorcio, estos se determinarán en función a los porcentajes de participación de utilidades que se hubieren fijado en el contrato. Pero si la cuantía de los aportes se hubiere señalado, bien podría omitirse toda referencia a mecanismos de participación en las utilidades o señalar, como sostenemos, sistemas de participación que no estén fijados en función a utilidades.

El objetivo de la unión bajo un Contrato de Consorcio es el de la obtención de un beneficio económico, como señala el artículo 445 de la Ley General de Sociedades y es claro que las utilidades son un beneficio económico, pero no el único.

Nuestras conclusiones anteriores se reafirman además, con lo dispuesto por el artículo 448 de la Ley General de Sociedades, según el cual *“El contrato debe establecer el régimen y los sistemas de participación en los resultados del consorcio; de no hacerlo, se entenderá que es en partes iguales”*.

Bajo el principio de la libertad de contratación reconocida por el numeral 14) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, las partes podrán en consecuencia, fijar libremente los términos de su participación en el consorcio y la naturaleza del beneficio económico que cada una de ellas busca obtener de la relación que las vincula.

Con relación a la oportunidad, lugar y forma de realización de los aportes, nuevamente el segundo párrafo del artículo 439 de la Ley General de Sociedades deja en evidencia el principio que inspira toda la regulación sobre los contratos asociativos, que es el de la primacía de la libertad. Sólo a falta de acuerdo expreso entre las partes, regirán las disposiciones que sobre aportes contiene la misma Ley. En consecuencia, las partes pueden en este extremo fijar términos distintos de realización de los aportes para los distintos miembros que integran el Consorcio, pues son ellos quienes mejor conocen las necesidades de la actividad que se proponen desarrollar en conjunto, pudiendo con base en ello, fijar todo lo concerniente a la realización de los aportes de modo que sea más eficiente a los fines comunes. Sólo cuando el contrato no hubiera regulado estos aspectos, deberá recurrirse a las disposiciones pertinentes contenidas en el Libro Primero de la Ley General de Sociedades, de las "Reglas aplicables a todas las Sociedades" y en el Título Cuarto de la Sección Segunda del Libro Segundo, sobre "Sociedades Anónimas".

Debemos hacer notar sin embargo, que no obstante la remisión indicada, la expresión aportes en los contratos de Consorcio tiene un sentido distinto al que la misma Ley General de Sociedades reconoce en el caso de las Sociedades que ella regula, pues aquí, los socios se obligan a transferir la propiedad de los bienes que constituyen su aporte, a favor de una tercera persona, la persona jurídica en la que son socios, mientras que en el Consorcio, por el contrario, dada la no existencia de una persona jurídica independiente, el sentido del aporte no es el de transferir propiedad sobre bienes, dinero o servicios, sino poner los mismos a disposición de las partes en el Consorcio, para su utilización en el negocio o empresa que constituye el objeto del contrato asociativo.

Los partícipes en el Consorcio podrán en consecuencia ser demandados para el cumplimiento de la obligación de su aporte, mediante el procedimiento ejecutivo, tal como lo dispone el artículo 22 de la Ley General de Sociedades. Asimismo, en aplicación de la misma norma, el incumplimiento del aporte podrá dar lugar a su exclusión como miembro del Consorcio, lo que se solicitará judicialmente mediante el proceso sumarísimo.

A falta de otra estipulación en el Contrato de Consorcio y por la remisión que se hace a las disposiciones generales sobre aportes, resultaría que el de los bienes no dinerarios tendría que efectuarse por Escritura Pública, pues conforme al artículo 22° de la Ley General de Sociedades: ***"El aporte de bienes no dinerarios se reputa efectuado al momento de otorgarse la Escritura Pública"***. Creemos sin embargo, que dado que como señalamos, el aporte de bienes al Consorcio no tiene por objeto transmitir la propiedad sobre los mismos, sino únicamente ponerlos a disposición para la ejecución de las operaciones del Consorcio, no hay razón para cumplir con ninguna formalidad específica.

Tratándose de aportes de dinero, si el contrato asociativo no contiene regulaciones específicas, tampoco resulta pertinente la disposición del artículo 23 de la Ley General de Sociedades, que dispone que el mismo deba estar depositado en una empresa del sistema financiero nacional. Ello, por cuanto el Contrato de Consorcio no da lugar al nacimiento de una sociedad y además, por cuanto el artículo 438 de la Ley General de

Sociedades, sólo exige la formalidad escrita y no el otorgamiento de escritura pública para el establecimiento del Consorcio. Nada impide, sin embargo, que las partes consorciadas acuerden el establecimiento de cuentas bancarias a los efectos del manejo de los recursos dinerarios que deben ser aportados por ellas y de los que se obtengan en el desarrollo de su actividad. En tales casos, y sin que ello importe el establecimiento de un régimen de co-propiedad, las partes podrán convenir en el establecimiento de cuentas bancarias mancomunadas y en reglas aplicables para la administración de los recursos depositados en ellas. Podrán también acordar que los recursos se depositen en cuentas de cualquiera de los consorciados, según convenga al interés común; en tal caso, es claro que el depositario lo será de bienes de terceros —las otras partes en el consorcio— con las obligaciones que como tal le imponen las disposiciones civiles y penales.

Respecto de la oportunidad de la realización de los aportes, a falta de acuerdo, la remisión a las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades resulta insuficiente. En efecto, el artículo 23 de ésta hace mención a que el aporte que figure pagado al constituirse la sociedad o aumentarse el capital, debe estar depositado a nombre de la sociedad en una empresa bancaria o financiera, al momento de otorgarse la escritura pública correspondiente. Como hemos visto, el Contrato de Consorcio debe constar por escrito, según el artículo 438, pero la Escritura Pública no es necesaria. Aún si pudiéramos, por analogía, señalar que al momento de otorgarse el contrato, deberá pagarse el aporte, el contrato no da lugar al nacimiento de una persona jurídica, como ente distinto de sus miembros, por lo que no resulta posible que la porción del aporte consistente en recursos dinerarios, se acredite en "cuentas de la sociedad", toda vez que esta no existe.

Si el aporte fuere de bienes inmuebles, nos encontramos con el mismo inconveniente: las disposiciones generales no sirven para aclarar el vacío que pudieran haber dejado las partes en el contrato correspondiente. En efecto, como quiera que el aporte no es en propiedad, sino únicamente su afectación a los fines del negocio y que el contrato no requiere de más formalidad que el documento escrito, no cabe tampoco aplicar la disposición del artículo 25 de la Ley General de Sociedades, según el cual el aporte se reputará efectuado en la fecha de otorgamiento de la Escritura Pública.

Con los bienes muebles, el artículo 25 señala que su entrega deberá completarse a más tardar al otorgarse la escritura pública de constitución o aumento de capital. Esta disposición no es por tanto de ayuda para los efectos de encontrar en la Ley General de Sociedades una respuesta al silencio contractual, por la misma razón, esto es la falta del requisito de escritura pública.

Creemos que cuando las partes hubieren omitido en el contrato hacer referencia expresa a la oportunidad en la cual deberán efectuar las contribuciones comprometidas al cumplimiento del propósito de su unión en Consorcio, o las que pudieran ser necesarias para la realización del negocio o empresa correspondiente, será de aplicación la disposición del artículo 1240 del Código Civil, según el cual, a falta de plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

Cuando el aporte consiste en títulos valores o documentos de crédito, la sola entrega o transmisión de los mismos no se entenderá que produce el cumplimiento de la obligación de realización del aporte, en tanto, como lo dispone el artículo 26 de la Ley General de Sociedades, se requiere que el importe del respectivo título o documento sea íntegramente pagado; norma concordante con la del artículo 1233 del Código

Civil, según la cual *“La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o, cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto distinto”*. Debemos sin embargo hacer dos precisiones en torno a éste artículo:

- a) La primera, que en el caso del aporte de títulos valores a los Consorcios, no cabe el pacto en contrario respecto de la oportunidad en la que se entenderá realizado el mismo, pues tal pacto no está contemplado por el artículo 26 de la Ley General de Sociedades.
- b) La segunda, que siendo que en los Consorcios no se da una real transferencia de propiedad sobre los bienes aportados, no existe un acreedor propiamente dicho que pueda ejercer los derechos derivados de los títulos valores aportados. En consecuencia, este ejercicio permanecerá en el aportante, quien por ende no puede excusarse de la obligación de realización de su aporte, en caso los títulos valores se perjudiquen por razones que le fueran imputables.

Cuando los aportes consisten en servicios y el contrato no hubiere señalado la oportunidad en la que estos deban ser prestados, la remisión a las normas sobre los aportes que se hace en el segundo párrafo del artículo 439 de la Ley General de Sociedades es una vez más insuficiente, pues no existe en ella disposición que permita aclarar este aspecto. En tal caso, estimamos una vez más, que debe recurrirse a la disposición del artículo 1240 del Código Civil, y conforme a lo que el mismo dispone, podrá exigirse el pago inmediato de la prestación comprometida, salvo que por la naturaleza de la actividad o empresa objeto del Consorcio, los indicados servicios deban brindarse en oportunidades determinadas o periódicamente, pues en tal caso, será posible exigir el cumplimiento de la obligación de prestación del servicio comprometido, en las oportunidades que sea pertinente a la actividad del Consorcio.

Hasta aquí, en nuestro análisis sobre las disposiciones de la Ley General de Sociedades que regulan los contratos de Consorcio, hemos revisado las disposiciones generales aplicables a todos los contratos asociativos a los que la misma Ley hace referencia, aún cuando en ciertos casos, para precisar su sentido o alcance hemos considerado pertinente la concordancia con la disposición particular que rige a los Consorcios. Corresponde ahora, por tanto, realizar el análisis de las disposiciones específicas aplicables al contrato objeto de este trabajo, disposiciones que están contenidas en los artículos 445 al 448 inclusive de la Ley General de Sociedades.

Artículo 445.- Contrato de Consorcio

“Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.

Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido.

Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.”

Según se señala en el primer párrafo del artículo 445, el Contrato de Consorcio es la asociación de dos o más personas con el objeto de participar de manera activa y directa en un determinado negocio o empresa, con el propósito de obtener un beneficio

económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Con relación a la disposición general del artículo 438, que hacía únicamente referencia a relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, la segunda disposición precisa que en el Consorcio, la participación de las partes es de manera **"activa y directa"**, lo que supone que cada una asumirá además de la obligación del aporte propiamente dicho, el compromiso de desarrollar ciertas actividades con relación al desempeño del negocio o empresa. El Contrato de Consorcio es pues previsto por el legislador como uno donde todas las partes que lo suscriben asumen o están en aptitud de asumir una labor activa, encaminada al desarrollo del negocio o empresa que los une, a diferencia de lo que ocurre con el Contrato de Asociación en Participación, donde los asociados, sin interferir en el desarrollo del negocio o negocios del asociante, realiza determinados aportes al mismo, a cambio de una determinada participación en los resultados de aquel o aquellos.

Esta participación activa, ya esbozada en el primer párrafo de la norma, se reitera y precisa en el segundo, al disponerse que **"Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encarguen y aquellas otras a que se ha comprometido"**. El contrato puede señalar funciones y responsabilidades específicas de cargo de cada uno de los integrantes del Consorcio; estas pueden versar sobre las propias actividades que constituyen la actividad en que consiste el negocio o empresa que se desarrolla mediante este mecanismo de asociación, pero además, otras distintas, cuyo alcance y contenido deberá estar claramente especificado en el contrato.

Sobre tales actividades distintas de las que son propias del Consorcio, debe entenderse que las mismas deben estar en todo caso vinculadas o relacionadas a aquellas, siendo necesarias o convenientes para el mejor desarrollo de la actividad común. No es por tanto procedente, incluir como actividad adicional de cargo de algún asociado, la realización de alguna que no tenga ninguna relación directa o indirecta con el desarrollo de la actividad principal.

En la realización de las actividades propias del Consorcio o de aquellas otras a las que se ha comprometido, cada miembro del Consorcio deberá coordinar con los otros miembros conforme a los mecanismos y procedimientos previstos en el contrato, tal como lo especifica en párrafo final del artículo 445.

El carácter de la participación que corresponda a cada miembro del Consorcio puede ser muy variado, según interese a sus miembros. Unos podrán limitarse a la realización de aportes de bienes o servicios, mientras que otros además, podrán acordar desarrollar o asumir labores o funciones administrativas, de control de operaciones, mercadeo, comercialización, contabilidad, etc.

Artículo 446.- Afectación de Bienes

"Los bienes que los miembros del consorcio afecten al cumplimiento de la actividad a que se han comprometido, continúan siendo de propiedad exclusiva de éstos. La adquisición conjunta de determinados bienes se regula por las reglas de la copropiedad."

Como ya previamente se ha señalado, el Contrato de Consorcio no da lugar a la constitución o nacimiento de una persona jurídica, por lo que el sentido de la expresión aporte, no está referido a la transferencia de propiedad sobre los bienes comprometidos por los asociados. En este sentido, el artículo 448 de la Ley General de Sociedades establece que los miembros del Consorcio afectan los bienes que se han obligado a

aportar, al cumplimiento de la actividad a la que cada uno se ha comprometido, manteniendo no obstante la titularidad de los mismos.

No existiendo en el Contrato de Consorcio una transmisión del dominio sobre los bienes aportados, manteniéndose por tanto su propiedad en cabeza del correspondiente asociado, puede el mismo, incumplir su compromiso y asumir respecto de tales bienes, nuevas obligaciones que resulten incompatibles con el fin del Consorcio, sin que puedan los demás miembros impedirlo, dejándolos así, únicamente con la posibilidad de recurrir a las acciones indemnizatorias contra el infractor, para el resarcimiento de los perjuicios que por ello se le hubieren causado. De la misma manera, la disposición de los bienes en que constituye el aporte, a los fines del Consorcio, podría afectarse como consecuencia de embargos y otras medidas judiciales dispuestas sobre los bienes de quien es su titular legal, o en razón de situaciones de insolvencia, concurso preventivo y otras previstas en la Ley de la materia.

Como un mecanismo para atenuar los riesgos señalados, creemos que el Contrato de Consorcio podría prever la aplicación de penalidades en caso las partes adopten medidas que de modo directo o indirecto afecten su compromiso de contribuir a la actividad que constituye el objeto del Consorcio, en la forma prevista en el contrato, durante la vigencia del plazo del mismo, o en caso este se vea afectado como consecuencia de decisiones adoptadas por las personas a quienes la Ley confiera esa atribución, en situaciones de insolvencia, concurso o quiebra, afectando en garantía del pago de la penalidad indicada, mediante prenda hipoteca, fideicomiso u otra que se considere adecuada al fin, los bienes comprometidos para el desarrollo de la actividad común.

Una opción diferente, con el mismo propósito, puede ser, creemos, la transferencia en dominio fiduciario, de los bienes objeto del aporte, con la obligación del fiduciario de dar a los bienes el fin previsto en el Contrato de Consorcio.² En este esquema, el asociado en el Contrato de Consorcio, si bien se obligaría a la realización del aporte, podría convenir en que el mismo se efectúe de manera indirecta, transfiriendo a una entidad fiduciaria, en dominio fiduciario, los bienes materia del aporte, bajo un contrato de fideicomiso que fijaría como obligación del Fiduciario, cumplir con el compromiso de afectación contenido en el Contrato de Consorcio. Así, el asociado en el Contrato de Consorcio, sería Fideicomitente en el contrato de fideicomiso, y el Consorcio sería el Fideicomisario.

Pero debemos hacer una precisión adicional con relación al artículo 446 bajo análisis. En nuestra opinión, si bien el primer párrafo hace referencia a que los bienes que los miembros del Consorcio afectan al cumplimiento de la actividad, continúan siendo de propiedad exclusiva de este, consideramos que no es de la naturaleza del Contrato de Consorcio que sólo se puedan aportar al Consorcio bienes sobre los cuales el aportante tiene un derecho real de propiedad. En efecto, la condición de propietario carece de relevancia desde que el aporte no busca la transferencia de propiedad a un ente jurídico distinto, que como reiteramos, no existe en este caso. Por ello, si lo que es de la naturaleza del contrato es que quien se obliga al aporte, esté en capacidad legal de comprometerse respecto de bienes o servicios determinados, el título que le

² El primer párrafo del artículo 241 de la Ley N° 25702: Ley General del Sistema Financiero, Sistema de Seguros y Régimen de la Superintendencia de Banca y Seguros, define al fideicomiso de la manera siguiente:

"El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el Fideicomitente transfiere bienes al Fideicomisario o otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicomitido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomisario o un tercero denominado fideicomisario."

otorga dicha capacidad puede ser el de propietario, el de usufructuario, el de arrendatario, el de cesionario en uso, el de fiduciario y en general cualquiera que le permita la celebración de contratos con terceros respecto de tales bienes, o que no le imponga cargas o restricciones para ello.

Cabe preguntar aquí, si la afectación del bien para el cumplimiento de las actividades que constituyen el negocio o empresa para la cual se constituye el Consorcio, podría realizarla un tercero que no participe en el Contrato de Consorcio. Creemos nuevamente que la respuesta es afirmativa, no solo por lo antes señalado con relación a que la propiedad sobre el bien a cuya afectación se obliga el asociado, no es relevante en el Contrato de Consorcio, toda vez que este no busca la transferencia de un derecho real a favor de un tercero, sino además, por cuanto según se indica en las disposiciones generales contenidas en la Ley General de Sociedades, las partes pueden comprometerse a efectuar contribuciones de dinero, bienes o servicios, según lo que sobre el particular convengan. En consecuencia, es válido establecer en el Contrato de Consorcio, la obligación de uno de los contratantes de hacer que un tercero entregue o permita al Consorcio, la utilización de uno o más bienes de propiedad o en posesión del mismo, para el desarrollo de las actividades objeto del contrato. Dicho pacto estaría regulado por el artículo 1470 y siguientes del Código Civil, referidos a la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

La parte final del artículo 446 de la Ley General de Sociedades establece que la adquisición conjunta de determinados bienes se regula por las reglas de la copropiedad. Esta disposición es evidente. El Consorcio no crea una persona jurídica distinta de sus miembros; no es más que un contrato que regula la actuación conjunta de quienes lo suscriben, en el desarrollo de una o más actividades que constituyen un negocio o empresa que todas ellas tienen interés en desarrollar en conjunto. Si no hay un nuevo sujeto de derechos, la única forma como pueden estos adquirir bienes con el producto de los aportes que se han obligado a efectuar, o con los recursos que se obtienen en la ejecución de la actividad común, es en copropiedad, conforme a las regulaciones del artículo 969 y siguientes del Código Civil. En tales casos, siendo que la adquisición se efectúa en ejecución del Contrato de Consorcio, no será de aplicación la presunción del primer párrafo del artículo 970 del mismo Código, pues los porcentajes de participación en el Contrato de Consorcio se trasladarán a los porcentajes ideales que a cada uno de los asociados corresponde sobre el bien adquirido en copropiedad.³

No obstante lo que pudiera haberse establecido en el contrato respectivo, con relación a las decisiones que gobernarán la actividad del Consorcio, deberá tenerse en cuenta que cuando ellas estén referidas a los bienes en copropiedad, deberán seguirse las disposiciones del artículo 971 del Código Civil. En consecuencia:

- a) Cuando se trate de resolver sobre la disposición del bien, gravarlo, arrendarlo, darlo en comodato o introducir modificaciones al mismo, se requerirá el acuerdo unánime de los copropietarios.
- b) Para los actos de administración ordinaria, el artículo solo exige mayoría absoluta, computándose los votos por el valor de las cuotas. Sin embargo, en este extremo creemos que nada impide que los copropietarios establezcan en el Contrato de Consorcio mayorías más elevadas para la toma de tales decisiones. En caso de empate, según se precisa en el numeral 2 del referido artículo 971 del Código Civil, decidirá el juez por vía incidental.

³ El texto del primer párrafo del artículo 970 del Código Civil es el siguiente:
"Las cuotas de los copropietarios se presumen iguales, salvo prueba en contrario".

Artículo 447°.- Relación con terceros y responsabilidades

"Cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular.

Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio sólo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley."

El Consorcio no es una persona jurídica distinta de sus miembros y por ende, la actuación de éstos, a los fines del contrato, como consecuencia de la potestad que les confiere el segundo párrafo del artículo 445 y tal como más arriba hemos señalado, no representa ni compromete a un ente distinto. Es por ello que el artículo 447 de la Ley General de Sociedades prescribe en su primera parte que ***"Cada miembro del Consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular"***. Quien contrata con terceros, aún cuando declare que lo hace a los fines del Consorcio, no obliga más que a sí mismo. Será el asociado contratante, quien en su relación con la contraparte en dicho contrato, asuma las obligaciones y adquiera los derechos derivados de la contratación. Sin perjuicio de ello, el asociado deberá asignar al Consorcio los derechos y beneficios que se deriven de su contratación y de la misma manera, podrá requerir de sus demás asociados, a través del Consorcio, la contribución que les corresponde a los efectos del cumplimiento de la obligación asumida.

El segundo párrafo del artículo 447 establece que:

"Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio solo si así se pacta en el contrato o lo dispone la Ley".

La disposición transcrita creemos que es deficiente, como a continuación pasamos a señalar.

Previamente hemos mencionado como según la lectura del primer párrafo del artículo, cada miembro del Consorcio solo se obliga asimismo, en los contratos que celebre con tercero. El segundo párrafo, por excepción, busca que las obligaciones de los miembros del Consorcio por los contratos celebrados por cualquiera de los asociados, sea solidaria y para ello requiere que así se pacte en el contrato o lo disponga la Ley.

La segunda excepción no merece comentario. Si por mandato legal, los actos de uno de los miembros del Consorcio obligan solidariamente a sus demás integrantes, ello, por la propia naturaleza de la norma, será imperativo. La primera excepción por el contrario es la que no resulta suficientemente clara. En efecto, se señala que la responsabilidad será solidaria si así se pacta en el contrato. ¿A qué contrato se refiere el artículo?, ¿Al Contrato de Consorcio?, ¿Al contrato que el asociado celebra con el tercero?

El artículo 1183 del Código Civil dispone que:

"La solidaridad no se presume. Sólo la Ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa".

Si analizamos el texto del segundo párrafo del artículo 447 de la Ley General de Sociedades, en concordancia con la disposición del artículo 1183 del Código Civil, el "contrato" al que hace mención el primero, debiera ser aquel del cual surge la obligación de cuyo cumplimiento se pretende la solidaridad. Sin embargo, ¿cómo podría una de las partes en el Consorcio, que es la única que celebra el contrato con el tercero, por cuanto no detenta poder o representación de las otras para actuar en su nombre, comprometerlas solidariamente por las obligaciones que asume? La respuesta es evidente, no bastará la sola declaración del asociado contratante, para que los demás se vean igualmente comprometidos frente al tercero en razón de dicha declaración.

Si no existe mandato o representación suficiente para que quien contrata en beneficio del Consorcio, obligue con sus declaraciones a los demás integrantes de éste, la única otra opción posible para que de esa contratación se derive una responsabilidad solidaria entre los consorciados, sería haberlo previsto así en el propio Contrato de Consorcio. Bajo esta segunda opción se requerirá por tanto, no solo que en el contrato con el tercero se indique que se celebra para el Consorcio, sino además, que se mencione en forma expresa, que de conformidad con los términos del Contrato de Consorcio, las obligaciones asumidas por el contratante obligan de manera solidaria a todos o determinados miembros de dicho Consorcio, por haberse pactado así en el contrato correspondiente. Creemos que de darse tales condiciones, esto es que en el contrato con terceros se señale la solidaridad y que esta se haya previsto también en el Contrato de Consorcio, los actos practicados por uno de los asociados obligarán a los demás, por mandato del párrafo segundo del artículo 447 de la Ley General de Sociedades y siempre que la actuación del asociado contratante se enmarque en los procedimientos y mecanismos previstos en el Contrato de Consorcio, como se indica en el último párrafo del artículo 445 de la misma Ley.

De esta manera, el Contrato de Consorcio, en lo que pudiera referirse a la responsabilidad solidaria por las obligaciones asumidas para el Consorcio, por cualquiera o algunos de sus integrantes, integraría el contrato del que surge la obligación, sin que para ello las demás partes del Consorcio o aquellas que se obliguen por la solidaridad, deban suscribir el contrato, ratificarlo, o haber otorgado previamente poder a quien asumió la obligación.

Artículo 448^o.- Sistemas de participación

"El contrato deberá establecer el régimen y los sistemas de participación en los resultados del consorcio; de no hacerlo, se entenderá que es en partes iguales."

El objetivo último del Contrato de Consorcio, es como indica el artículo 445 de la Ley General de Sociedades, la obtención de un beneficio económico; el medio para ello es la participación activa y directa de todos sus miembros en el negocio o empresa. Pero el beneficio económico es de los miembros del Consorcio, desde que este no constituye más que un contrato asociativo que no tiene la virtud de dar lugar al nacimiento de una persona jurídica. Siendo de los asociados, es natural que los mismos hagan suyos los beneficios obtenidos; por ello, el artículo 448 de la Ley General de Sociedades señala que el Contrato de Consorcio deberá establecer el régimen y los sistemas de participación en los resultados del Consorcio. Este requerimiento no es sin embargo esencial para la existencia del contrato asociativo, y en caso fuera incorporado, tampoco tiene que guardar ninguna relación con el valor de los aportes de cada uno de los asociados. El artículo 448 establece que en caso el contrato no

hubiere fijado el régimen y los sistemas de participación en los resultados del negocio, “...se entenderá que es en partes iguales”.

Obsérvese sin embargo, que la fórmula será distinta en caso lo que se hubiera omitido fuere la indicación de los aportes de las partes en el Consorcio, pero no así el porcentaje de distribución de los resultados. En tal caso, como ya lo vimos al comentar sobre el artículo 439 de la Ley General de Sociedades, el legislador ha optado porque el aporte sea hecho en proporción a la participación que cada uno de los miembros del Consorcio tendrá en las utilidades.

Debemos igualmente recordar aquí lo que más arriba señaláramos con relación a la participación de los miembros del Consorcio. Aún cuando sea lo natural y común, que tal participación se de a nivel de la utilidad obtenida del desarrollo del negocio o empresa, no encontramos inconveniente, desde que la norma no contiene ninguna limitación para ello, en que esa participación sea mediante la utilización o adquisición de los bienes producidos por el Consorcio, por ejemplo, si ellos resultan necesarios o de utilidad para el desarrollo de las actividades propias de los consorciados. En este sentido, la autonomía de la voluntad permite que las partes regulen en la forma que consideren que más se ajusta a sus necesidades, la naturaleza del beneficio económico que persiguen y la forma, oportunidades y mecanismos de distribución del mismo.

Hasta aquí, nos hemos referido fundamentalmente a las disposiciones de la Ley General de Sociedades de Sociedades vigente, por ser esta la que incorpora el Contrato de Consorcio en el ordenamiento positivo peruano. Los antecedentes de este contrato no se encuentran en las disposiciones orgánicas que precedieron a esa Ley, como también lo hemos señalado. Como podrá evidenciarse mas adelante en este trabajo, los antecedentes inmediatos de la regulación, son un conjunto de disposiciones legales dictadas a partir del año de 1991, en el marco de la legislación general que fuera promulgada para propiciar las inversiones en diversos sectores de la actividad productiva del Perú.

Tales disposiciones no hacían referencia al Contrato de Consorcio, sino a lo que en dichas normas se denominó de manera general como Contratos de Riesgo Compartido o “Joint Ventures”.

No pretendemos aquí dilucidar si es o no correcta la utilización de los términos “Riesgo Compartido” y “Joint Venture” como sinónimos, ni tampoco, si el Consorcio, tal como finalmente fue regulado por la Ley General de Sociedades vigente, corresponde a la naturaleza del “Joint Venture”, tal como la misma se le conoce en el Reino Unido o en los Estados Unidos de América. Basta señalar en este trabajo que en nuestra opinión, existen elementos en el Contrato de Consorcio que son comunes al denominado “Joint Venture Agreement”, pero también que hay marcadas diferencias entre ambos, tales como que el primero nunca da lugar a la formación de una persona jurídica, mientras que en el segundo se admiten las denominadas “Joint Venture Corporations” como verdaderas personas jurídicas. De la misma manera, en los Consorcios, los actos de uno de los asociados no comprometerán a los demás asociados, salvo que lo contrario haya sido previsto en el contrato, mientras que en el “Joint Venture”, la actuación de cada uno de los “Venturers” comprometerá a los demás, de manera solidaria.

Los antecedentes legislativos a los que nos referimos se mencionan a continuación.

III. LEY GENERAL DE MINERÍA

El Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo Nº 014-92-EM de fecha 2 de junio de 1992, regula en el capítulo IX del Título Décimo Tercero, lo que denomina "Contratos de Riesgo Compartido" o "Joint Venture". El artículo 204, establece:

"El Titular de actividad minera podrá realizar contratos de riesgo compartido (joint venture) para el desarrollo y ejecución de cualquiera de las actividades mineras.

Conforme a su naturaleza, los contratos de riesgo compartido son de carácter asociativo, destinados a realizar un negocio común, por un plazo que podrá ser determinado o indeterminado, en el que las partes aportan bienes o recursos o servicios que se complementan, participando en la utilidad, el ingreso bruto, la producción u otras formas que convengan, pudiendo ejercer cualquiera de las partes o todas ellas la gestión del negocio compartido.

Estos contratos deberán formalizarse por escritura pública e inscribirse en el Registro Público de Minería".

Esta disposición tiene su origen en el artículo 4 del Decreto Legislativo Nº 708, Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Minero, del mes de Noviembre del año 1991, cuyo texto repite:

"El Reglamento de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo 03-94-EM, precisa en el artículo 151", que el objeto de la asociación mediante contratos de riesgo compartido, es la realización dentro del territorio de la república de cualquiera de las actividades mineras señaladas por la Ley, pudiendo asimismo desarrollarse y ejecutarse mediante dicha asociación, los trabajos, obras y servicios complementarios o accesorios al objeto principal del contrato de riesgo compartido".

El artículo 152 del Reglamento indica también que la agrupación objeto del contrato de riesgo compartido, se cumplirá mediante "...los aportes de dinero, bienes, servicios y conocimientos que las partes contratantes realizaran, con el objeto de llevar adelante el objeto del contrato, manteniendo cada parte su individualidad".

Esta noción de la preservación de la individualidad de las partes en el contrato, se expresa luego en la misma norma, en el artículo 154, al señalarse que:

"Los contratos de riesgo compartido no constituyen una sociedad ni establecen personería jurídica distinta a la de los contratantes y no genera una persona sujeto de derechos".

"Su patrimonio esta constituido por los bienes, recursos o servicios que las partes destinen al contrato".

El contrato de riesgo compartido, no es pues, según las disposiciones transcritas, mas que un mecanismo de colaboración empresarial; la celebración del contrato solo persigue fijar los términos bajo los cuales dos o más personas desarrollarán conjuntamente una o más actividades mineras, de las que cualquiera de los contratantes

o varios de ellos sean titulares. El contrato no persigue la creación de un ente jurídico independiente, ni transferir la titularidad de la actividad minera respecto de la cual se acuerda el régimen de participación. En tal sentido, la referencia que en el segundo párrafo se hace a "su patrimonio", no puede entenderse como que existe un sujeto distinto, titular de un conjunto de derechos y obligaciones, sino únicamente que las partes asignan a la realización de las actividades que son objeto del contrato, un conjunto de bienes y asumen para ello determinadas obligaciones. Tal asignación tiene únicamente efectos contables, y sirve al objeto de evaluar el resultado de la asociación, con el propósito de la posterior realización de la distribución de las utilidades, ingresos o producción, en los términos acordados.

El artículo 204 de la Ley General fue modificado por el artículo 7 Decreto Legislativo Nº 868 de fecha 30 de octubre de 1996, recogiendo, respecto de los aportes, la redacción del artículo 152 del reglamento. Conforme a la nueva disposición, "**...las partes efectúan aportes en bienes, servicios o conocimientos que se complementan...**". De la misma manera, con relación a la participación perseguida por los contratantes, la norma opta por una expresión de carácter genérico, al referirse a la participación "**...en los resultados en la forma que convengan**". Se sustituye así, las referencias a "**la utilidad, el ingreso bruto, la producción u otras formas que las partes convengan**", por la sola referencia a los resultados; lo que a nuestro juicio en modo alguno hace referencia a un concepto de utilidad, por lo que bien puede hacer mención al resultado operativo (producción), el ingreso por el ejercicio de la actividad, o los resultados netos.

El artículo 204 modificado, al referirse al aporte de bienes, precisa que salvo pacto en contrario tal aporte no conlleva la transferencia de la propiedad sobre los mismos, sino únicamente su usufructo. Como más arriba hemos visto, la celebración de los contratos de riesgo compartido (*joint venture*), bajo la Ley General de Minería, no determina la creación de una persona jurídica distinta de las partes que lo celebran, por lo que no puede entenderse de esta redacción que el *joint venture* se constituya en un verdadero sujeto de derechos. Esta disposición del artículo 204 de la Ley solo puede por tanto entenderse de modo que las partes contratantes se convierten en cotitulares del derecho de usufructo sobre el o los bienes aportados y si el aporte conlleva la transferencia de propiedad, como que las partes en el contrato, que mantienen su propia individualidad, adquieren el carácter de copropietarios de los bienes aportados a la realización del objeto de la asociación.

El artículo 153 del Reglamento exige como requisito para la celebración de contratos de riesgo compartido que cuando menos una de las partes contratantes sea titular de actividad minera. Las partes en el contrato pueden ser, conforme al artículo 151, tanto personas individuales (naturales), como jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país. En el ejercicio de la actividad minera, según lo precisa el tercer párrafo del artículo 204 de la Ley, conforme al texto modificado por el Decreto Legislativo Nº 868, la asociación en *joint venture*, al igual que otras formas de contratos de colaboración empresarial son consideradas titulares de actividad minera. Dada la inexistencia de una persona jurídica distinta, y el mantenimiento de la individualidad de cada una de las partes contratantes, esta referencia debe ser entendida, como señalamos, al conjunto de las personas vinculadas por el contrato de colaboración empresarial, en su desarrollo conjunto de la actividad minera.

En cuanto a los derechos y obligaciones de las partes que se asocian mediante la celebración de los contratos de riesgo compartido, las normas no contienen mayor enumeración. Por el contrario, el legislador reconoce la autonomía plena de la libertad

de los contratantes, y en tal sentido el artículo 155 del Reglamento prescribe:

“Los derechos y obligaciones del contrato de riesgo compartido, en base a la libertad contractual establecida por el artículo 1354 del Código Civil, se rigen por lo acordado por las partes en el referido contrato; sujeto a lo previsto en el presente Reglamento.”

En todo caso, el contrato de riesgo compartido debe contener cuando menos, según se indica en el artículo 160 del Reglamento:

- El objeto del contrato.
- Las partes contratantes y sus aportes.
- Plazo del contrato.
- Denominación.
- El o los representantes, sus facultades y su domicilio común.

Con relación a los representantes, el artículo 157 del mismo Reglamento exige que su designación se efectuará con poder suficiente de todas las partes contratantes, para ejercer los derechos y contraer las obligaciones relativas al desarrollo del objeto de la agrupación. Como bien indica la norma, la representación es de todas las partes en el contrato, a los fines del desarrollo de las actividades que son objeto de la agrupación; los actos que desarrollen los designados obligarán a los representados, en lo que respecta a la actividad en común objeto del contrato. Con relación a los efectos de dicha representación, el artículo 158, indica lo siguiente:

“Salvo acuerdo contractual expreso en contrario, no existe solidaridad ni responsabilidad de las partes en los contratos de riesgo compartido por los actos y las operaciones de esta, ni por las obligaciones contraídas por ella frente a terceros, quedando limitada la responsabilidad de las partes contratantes a los aportes comprometidos”.

El artículo transcrito es ciertamente deficiente. Si la celebración de los contratos de riesgo compartido no determinan la constitución de una persona jurídica distinta de las partes intervinientes, las que mantienen su individualidad, es claro que las partes asumen responsabilidad personal por los actos que celebren los personeros o representantes nombrados para los fines del contrato. El real sentido de la norma es que la citada responsabilidad no compromete ilimitadamente el patrimonio de las partes contratantes, sino únicamente aquellos bienes que ellas asignaran al efecto del desarrollo de las actividades del contrato. La referida responsabilidad podrá, sin embargo, extenderse mas allá de los bienes comprometidos, cuando expresamente así se convenga, haciéndose así las partes, solidariamente responsables entre sí, con independencia del valor de sus aportes.

Con relación a la inscripción del contrato de riesgo compartido exigida por el artículo 204 de la Ley, en el Registro Público de Minería, el artículo 156 del Reglamento precisa que ella debe realizarse en el ***“Libro de Contratos de Riesgo Compartido del Registro de Contratos de la Oficina Regional del Registro Público de Minería del lugar del domicilio señalado en el contrato, fecha a partir de la cual surtirá efecto legal frente a terceros”***. El mismo artículo dispone que ***“A solicitud de las partes contratantes, el contrato podrá también inscribirse en la concesión minera materia del mismo.”*** Aun cuando la disposición es imprecisa, creemos que la solicitud de inscripción en la concesión minera, podrá ser solicitada por cualesquiera de los contratantes, en razón de su interés individual, no siendo necesario por tanto que dicho requerimiento sea formulado por todas las partes suscriptoras del contrato.

La designación de el o los representantes del contrato de riesgo compartido debe igualmente inscribirse en el Registro Público de Minería, según lo dispone el artículo 156 del Reglamento, lo mismo que la designación de los liquidadores, cuando corresponda.

Siendo la realización de los aportes de **"bienes, servicios y conocimientos que se complementan"** a que se refiere el artículo 204 de la Ley General de Minería, al objeto del desarrollo y ejecución de cualesquiera de las actividades mineras, para participar en los resultados en la forma convenida, resulta natural, como lo señala el artículo 161 del Reglamento, que a los efectos del control de las inversiones realizadas al amparo del contrato de riesgo compartido, se llevara contabilidad independiente de las acciones realizadas. El artículo señala además, que los estados financieros y demás serán llevados con las formalidades previstas en la Ley y que para ese fin se abrirán los libros que la Ley exige, los registros tributarios pertinentes y las cuentas corrientes y otras necesarias para la operación de la agrupación, bajo la denominación acordada en el contrato. Mas adelante nos referiremos con mayor extensión a las disposiciones tributarias pertinentes.

Con respecto a la participación en los resultados generados, el artículo 162 del Reglamento precisa que estos se atribuirán a las partes contratantes, de acuerdo al porcentaje o monto que les corresponda en el contrato, y que tales resultados, incluidas las pérdidas, si las hubiere, se reputaran distribuidas para los efectos fiscales, en el ejercicio gravable en el que se cierra el ejercicio comercial, aun cuando no hayan sido acreditadas en sus cuentas particulares, recayendo en consecuencia directamente en el patrimonio de las partes contratantes que lo conforman. Tal distribución se considera efectuada al 31 de diciembre de cada año.

Finalmente, nos referimos a la disposición del artículo 159 del Reglamento, norma según la cual:

"La quiebra de cualquiera de las partes o la incapacidad o muerte de las partes individuales no conlleva necesariamente la terminación del contrato de riesgo compartido".

La redacción es definitivamente incorrecta, pues la referencia a que **"no conlleva necesariamente la terminación del contrato"** parecería sugerir una necesaria remisión a los términos del contrato de riesgo compartido, a fin de determinar si de acuerdo con el mismo, la ocurrencia de tales hechos determinará la finalización de la relación surgida del contrato. Al respecto, pensamos que la relación que une a las partes en el contrato de riesgo compartido, puede estar sustentada en consideraciones personales o particulares específicas, que podrían no existir luego de la ocurrencia de uno de tales eventos. Así por ejemplo, si los aportes consistían en servicios de quien deviene incapaz o fallece; o si las partes consideran que la fortaleza de la relación consiste en la solvencia económica de los contratantes y uno de ellos es luego declarado en quiebra, es evidente que en tales casos, se justifica la terminación de la relación contractual, no obstante lo originalmente previsto respecto de su duración.

IV. LEY GENERAL DE PESCA

La Ley General de Pesca aprobada mediante Decreto Ley N° 25977, publicada en el diario oficial con fecha 22 de diciembre de 1992, al regular sobre las operaciones de pesca en aguas jurisdiccionales peruanas por embarcaciones de bandera extranjera, señala que esta podrá llevarse a cabo, entre otros casos, cuando tales embarcaciones

hayan sido contratadas por empresas peruanas para extraer aquellos recursos hidrobiológicos que determine el Ministerio de Pesquería. A tal efecto, el literal a) del artículo 49 indica que tales operaciones podrán efectuarse mediante:

"Contratos con empresas constituidas y establecidas en el país, bajo la modalidad de arrendamiento, arrendamiento financiero, abastecimiento o suministro, asociación en participación, operaciones conjuntas de pesca (joint venture) y otras modalidades contractuales que precise el reglamento de esta Ley."

Esta es la única referencia que se hace en la Ley a *"las operaciones conjuntas de pesca (joint venture)"*. De ella sin embargo, podemos identificar las siguientes características:

- Tales contratos exigen la participación de cuando menos dos partes. De un lado, el titular de una embarcación de bandera distinta de la peruana; del otro, una persona jurídica constituida y establecida en el Perú.
- Que la empresa asociada constituida y establecida en el Perú, cuente con la autorización pertinente (permiso de pesca), otorgada por el Ministerio de Pesquería, para la extracción de los recursos hidrobiológicos autorizados por el mismo Ministerio.
- Que por el mérito del contrato, el titular de la embarcación de bandera extranjera resulte obligado a destinar la misma a las labores de extracción que desarrolla su contraparte en el mismo contrato.

V. RÉGIMEN DE ESTABILIDAD JURÍDICA A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Regulado por el Decreto Legislativo N° 662, publicado el 2 de septiembre de 1991, considera como Inversiones Extranjeras, las que, provenientes del exterior, realicen actividades generadoras de rentas de tercera categoría, siempre que sea efectuada bajo cualesquiera de las modalidades que el mismo Decreto Legislativo enumera. El literal h) del artículo 1, se refiere a:

"Los recursos destinados o contratos de asociación en participación o similares que otorgan al inversionista extranjero una forma de participación en la capacidad de producción de una empresa, sin que ello suponga aporte de capital y que corresponde a operaciones comerciales de carácter contractual a través de las cuales el inversionista extranjero provee bienes o servicios a la empresa receptora a cambio de una participación en volumen de producción física, en el monto global de las ventas o en las utilidades netas de la referida empresa receptora."

Las inversiones comprendidas en el presente inciso deben sujetarse a la legislación tributaria sobre la materia."

El término empresa, utilizado en este dispositivo, no es el económico de actividad o negocio, sino el jurídico de persona jurídica o sociedad, como ente distinto de sus miembros. En este sentido, la disposición, aun cuando parecería ser amplia, creemos no abarca al Contrato de Consorcio, pues el *"contrato similar al de asociación en participación"* al que se refiere, tiene por objeto la provisión de bienes y servicios a una persona jurídica determinada, para participar en el volumen de su producción, sus

ventas o utilidades. En el Consorcio, como más arriba hemos señalado cuando revisamos las disposiciones de la Ley General de Sociedades, los aportes de los asociados se hacen al negocio o empresa en común que los mismos acuerdan desarrollar mediante el Consorcio y no a una persona jurídica determinada.

Por lo anterior, creemos mas bien que la correcta ubicación del Contrato de Consorcio en la norma sobre estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras, debe encontrarse en el literal i) del artículo primero, que se refiere a:

“Cualquier otra modalidad de inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país.”

Esta apreciación se confirma con la lectura del artículo 19º del mismo Decreto Legislativo, según el cual:

“Las inversiones extranjeras formalizadas contractualmente con una empresa peruana, incluyendo la asociación en participación y cualquier otra forma de asociaciones de riesgo también se registran ante el Organismo Nacional Competente.”

VI. LEY DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LAS EMPRESAS DEL ESTADO

Dictada en el mes de septiembre de 1991, mediante Decreto Legislativo Nº 674, fue modificada por el Decreto Legislativo Nº 26120 publicada con fecha 30 de Diciembre de 1992, ampliando las modalidades bajo las cuales se promueve el crecimiento de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del estado. En virtud de esta modificación, el literal c del artículo 2 del Decreto Legislativo Nº 674 incluye como modalidad posible, ***“La celebración de contratos de asociación, “joint venture”, asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión u otros similares”***.

VII. CONSORCIOS Y TRIBUTACIÓN

Como se ha señalado en distintas secciones de este análisis, los Consorcios no dan lugar a la creación de una persona jurídica distinta de quienes lo conforman y la adquisición de activos necesarios para los fines del Consorcio, determina copropiedad entre los consorciados. No obstante ello, para efectos tributarios:

1. Impuesto a la Renta

A los efectos del mismo, los Consorcios, se consideran Personas Jurídicas, cuando lleven contabilidad independiente y como tales serán contribuyentes del Impuesto a la Renta. En efecto, conforme al literal k) del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, serán consideradas personas jurídicas:

“Las sociedades irregulares previstas en el artículo 423º de la Ley General de Sociedades; la comunidad de bienes; joint ventures, consorcios y otros contratos de colaboración empresarial que lleven contabilidad independiente de la de sus socios o partes contratantes”.

Cuando por el contrario, cuando no lleven contabilidad independiente, las rentas serán atribuidas a las personas naturales o jurídicas que las integran o que sean parte

scontratante, tal como se indica en el párrafo final de indicado artículo.

Como norma general, el artículo 65 del referido Texto Único Ordenado, dispone que los Consorcios y demás casos referidos en el literal k) del artículo 14, perceptores de rentas de tercera categoría, deberán llevar contabilidad independiente de sus socios o partes contratantes. Por excepción, cuando por la modalidad de la operación ello no fuera posible, cada parte contratante podrá contabilizar sus operaciones, o de ser el caso, una de ellas podrá llevar la contabilidad del contrato, debiendo en ambos casos solicitar la aprobación de la SUNAT, salvo tratándose de contratos cuyo plazo de duración sea menor a un año, en el cual la autorización no es necesaria, debiendo sin embargo, comunicarse a la SUNAT, dentro de los cinco días de celebrado el contrato, la elección hecha entre las partes con relación a la contabilización de las operaciones.

2. Impuesto General a las Ventas

Para los fines del IGV, los contratos de colaboración empresarial con contabilidad independiente se consideran sujetos de dicho tributo, según lo dispone el artículo 9 último párrafo, del Texto Único Ordenado de la Ley del IGV, aprobado mediante Decreto Supremo N° 055-99-EF, modificado por la Ley N° 27039. Como consecuencia de ello, el impuesto trasladado a las adquisiciones que realice el Consorcio y que se destinen a operaciones gravadas con el mismo impuesto podrá ser utilizado como crédito fiscal.

De la misma manera, se encuentra gravada con el IGV la asignación de los recursos, bienes, servicios y contratos de construcción que las partes contratantes efectúen a favor del Consorcio con contabilidad independiente, para la ejecución del negocio. También se encuentra gravada la posterior atribución que realice el Consorcio, a favor de sus miembros o partes contratantes y en la proporción que a éstos corresponda, de los bienes y servicios obtenidos en ejecución del contrato, o de aquellos adquiridos por el Consorcio para el desarrollo del negocio común.

Los contratos de colaboración empresarial sin contabilidad independiente no son sujetos del IGV. En estos casos, cada miembro del Consorcio será sujeto del impuesto por las operaciones gravadas que realice, debiendo el operador del contrato atribuir a cada parte consorciada, según la participación de los gastos establecida en el contrato, el crédito fiscal adquirido en la importación o adquisición local de bienes, servicios o contratos de construcción destinados a operaciones gravadas.