

ESCUELA DE POSGRADO NEWMAN

MAESTRÍA EN
DERECHO DE LA EMPRESA



**“El consorcio y la responsabilidad de sus integrantes en la contratación con
terceros particulares en el Perú - 2023”**

**Tesis
para optar el Grado a Nombre de la Nación de:**

Maestro en
Derecho de la Empresa

Autor:
Abog. Edgar Enrique Quiroz Abad

Docente Guía:
Mg. Patricia Delgado Rospigliosi

TACNA – PERÚ

2023

Edgar Enrique Quiroz Abad

INFORME DE ORIGINALIDAD

14%
INDICE DE SIMILITUD

14%
FUENTES DE INTERNET

2%
PUBLICACIONES

5%
TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

“El texto final, datos, expresiones, opiniones y apreciaciones contenidas en este trabajo
son de exclusiva responsabilidad del (los) autor (es)”

Contenido

INTRODUCCION	4
RESUMEN.....	6
CAPITULO I Antecedentes del Estudio	7
1.1. Título del Tema: “El consorcio y la responsabilidad de sus integrantes en la contratación con terceros particulares en la legislación del Perú - 2023”.....	7
Planteamiento del problema:	7
1.2. Formulación del problema:.....	10
1.3. Hipótesis:	10
1.4. Objetivos de la investigación:.....	12
1.5. Metodología:.....	12
1.6. Población y muestra:	13
1.7. Técnicas:	14
1.8. Instrumentos:	14
1.9. Justificación:	14
1.10. Definiciones:	15
1.11. Alcances y limitaciones:	16
CAPÍTULO II Marco teórico:	18
2.1. Conceptualización de las variables o tópicos clave.....	18
2.1.1. Los contratos asociativos en el sistema jurídico peruano:	18
2.1.2. El contrato de consorcio en el sistema jurídico peruano.....	20
2.1.3. Naturaleza jurídica del contrato de consorcio:.....	25
2.1.4. Relaciones jurídicas entre los consorcios y terceros particulares:	27
2.2. Importancia de las variables claves:	30
2.3. Análisis crítico de la problemática	31
CAPITULO III Marco referencial.....	34
3.1. Reseña histórica:	34
3.2. Presentación de actores (Corpus):	37
Capítulo IV Resultados	41
4.1. Marco Metodológico:	41
4.2. Resultados:.....	51
Capítulo IV: Sugerencias	56
5.1. Conclusiones:.....	56
5.2. Recomendaciones:	57
Bibliografía.....	59

INTRODUCCION

La Ley General de Sociedades tiene 25 años de vigencia, en el año 1998 el investigador contaba con 22 años de edad y asistía a la cátedra de Derecho Comercial I (Ley General de Sociedades) en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El responsable de la cátedra, al cual se le recuerda con bastante agradecimiento, supo estructurar la enseñanza de esta materia lo cual resulta más que meritorio considerando que la ley era absolutamente nueva y que muchas de las instituciones allí reguladas eran desconocidas.

Sin embargo, el capítulo relacionado a los contratos asociativos no fue materia de mucho estudio lo que en aquel momento pareció adecuado si se considera que consta sólo de 10 artículos y, particularmente, se deja al libre albedrío de las partes la regulación en ambos contratos regulados.

En el ejercicio de la profesión de abogado, se presentan casos donde se concluye que el contrato de consorcio no cuenta con una regulación completa que permita fijar reglas claras y predictibilidad, este último término tan importante en todo estado de derecho. Para ejemplo de ello existen serias dudas a nivel de las partes, juzgadores y demás operadores del derecho respecto a cómo atribuir la responsabilidad a los integrantes.

Así, en la práctica, el consorcio no es una persona jurídica, pero actúa como tal, es capaz de adquirir derechos y obligaciones, incluso, es uno de los principales proveedores del estado. A lo largo del presente trabajo, se podrá observar que el estado con la finalidad de cuidar sus intereses ha regulado sus relaciones con los

consorcios en la Ley de Contrataciones del Estado y en la legislación tributaria, las cuales incluso no solucionan todos los problemas.

Por otro lado, motivo principal de este trabajo, el eslabón más débil de esta cadena son los terceros privados que, para efectos de este trabajo serán denominados “terceros particulares” quienes no gozan de normas especiales que protejan sus intereses cuando contratan con los consorcios quienes en la práctica hacen gala de su mayor poder de negociación.

Este trabajo entonces hace una revisión de la legislación actual que regula el consorcio, desde su formación hasta las relaciones que construyen con terceros y la responsabilidad que asumen sus miembros en las relaciones con terceros particulares, también se abordará cómo se debe accionar procesalmente contra los integrantes del consorcio a efectos de que se cumplan las reglas de la responsabilidad previstas en la ley.

También es preciso señalar que, identificado el problema, se hace una propuesta de modificación legislativa para la regulación de los contratos asociativos, una legislación que permita equilibrar las relaciones de los consorcios y la responsabilidad de sus integrantes en la relación con terceros particulares.

RESUMEN

Este trabajo ha sido realizado partiendo de la experiencia profesional y tomando como muestra y población tres casos particulares, dos de ellos de consorcios que incumplieron obligaciones con terceros privados (terceros particulares) y otro caso donde es el estado el afectado por el incumplimiento de un consorcio, pero que sirve de ejemplo para demostrar que incluso el estado con sus normas especiales encuentra dificultades en la ejecución de las decisiones judiciales donde los consorcios se encuentren obligados a cumplir obligaciones.

Esta investigación es una tesis cualitativa, dogmática y que utiliza principalmente el análisis documental, sus fuentes son básicamente doctrinarias y legislativas. Se hace un análisis del contrato de consorcio en la legislación peruana, se conceptualiza y se disgrega su naturaleza jurídica.

Posterior a este análisis, se procede a identificar los problemas ocurridos en la práctica que no pueden ser solucionados con la legislación actual para finalmente proponer una modificación legislativa.

CAPITULO I Antecedentes del Estudio

- 1.1. Título del Tema: “El consorcio y la responsabilidad de sus integrantes en la contratación con terceros particulares en la legislación del Perú - 2023”.

Planteamiento del problema:

En nuestra economía social de mercado regulada por la Constitución Política, existen muchas formas por las cuales los individuos pueden asociarse a efectos de acceder al mercado. Una de estas formas que, obedece al derecho a la libertad de contratación, es el contrato de consorcio. En la legislación peruana, existen tres ramas del derecho que regulan los consorcios, la primera, adherida al Derecho Comercial, es la Ley General de Sociedades en su Libro V, artículos 445 al 448, la cual lo denomina como “contrato asociativo” donde dos o más personas se asocian para participar en forma directa en un negocio o empresa sin que, la formación de este contrato genere una nueva persona jurídica capaz de asumir derechos y obligaciones.

Sin embargo, en la práctica, los miembros de un contrato de consorcio designan un representante legal y es capaz de suscribir contratos vinculando al consorcio, el cual asume derechos y obligaciones. Debe tomarse en cuenta que, además, la Ley de Contrataciones del Estado regula la figura de los consorcios de tal manera que, dada la misión de proteger los fondos públicos, en su artículo 13 establece formalidades adicionales para la participación mediante consorcio en cualquier proceso de selección y, precisamente, una de las consecuencias de estas formalidades es la responsabilidad solidaria de sus integrantes frente a la entidad que los contrate, de tal forma que ésta se encuentra protegida de una forma privilegiada en comparación con

terceros particulares, como por ejemplo los proveedores del consorcio durante la obra o proyecto a ejecutar, estamos entonces ante la segunda rama del derecho que regula a los consorcios en el ámbito de la contratación pública y cuya finalidad es reducir el riesgo que asumen las entidades estatales contratantes en caso el consorcio incumpla con las prestaciones del contrato.

Aquí cabe preguntarse si nos encontramos ante un supuesto de contravención al principio de igualdad ante la ley consagrado en la Constitución Política donde el Estado se encuentra en una posición privilegiada frente a los agentes del sector privado, más, si tomamos en cuenta que la legislación tributaria tiene un tercer frente de regulación (tercera rama del derecho) con la finalidad de ordenar las cuentas y garantizarse una mejor imposición como, por ejemplo, darle el tratamiento de persona jurídica si el consorcio tiene contabilidad independiente.

En este contexto, cuando un consorcio contrata con terceros particulares, tenemos una serie de inconvenientes que no son materia de tratamiento en la legislación ante señalada, viéndose que incluso en la jurisprudencia existen decisiones contradictorias o sin base legislativa sólida (este trabajo también analizará algunas resoluciones judiciales) cuando los acreedores de los consorcios buscan hacer valer sus derechos crediticios.

Estos inconvenientes se inician desde la contratación del consorcio con terceros particulares puesto que no existe fuente pública que registre a los integrantes del consorcio, su porcentaje de participación (esencial para el conocimiento de cuál de los integrantes debe asumir el mayor riesgo) o, en su defecto, si la responsabilidad es solidaria o por partes iguales, a quiénes se debe emplazar en caso de obligaciones

incumplidas por el consorcio y otros inconvenientes que serán parte de análisis en este trabajo.

En principio sabemos que, salvo los pocos artículos regulados en la Ley General de Sociedades, no existe mayor regulación legal directa cuya finalidad sea equilibrar a los consorcios frente a los terceros particulares, salvo la repartición de las ganancias y pérdidas del resultado del negocio para el cual fue formado el consorcios, como consecuencia de ello, tenemos proveedores del consorcio que no pueden hacer efectivos sus créditos, la incertidumbre de cómo se debe hacer efectiva la responsabilidad mancomunada de los integrantes, etc., surgiendo la necesidad de establecer reglas supletorias con la finalidad de reducir los costos de transacción en la medida que los contratos de terceros particulares con los consorcios tienen una naturaleza especial dada una de las partes que no es persona ni natural ni jurídica y que, además, resulta ser integrado por otros más. Desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, Bullard (2018), señala que “el sistema adecuado será aquel que asigna los riesgos a aquella parte que puede lidiar con ellos a menor costo” (p. 161), por tanto, en este caso particular es necesario establecer una regulación que de manera supletoria regule los contratos suscritos por consorcios con terceros particulares.

El problema, a futuro, trae como consecuencia un desequilibrio contractual entre el consorcio, incluidos sus integrantes, con relación a terceros proveedores, especialmente pequeñas empresas, donde sólo las empresas del sistema financiero, la Administración Tributaria y el Estado se encuentran protegidos, así, en este trabajo se busca contribuir con principios rectores y un cambio legislativo que permita equilibrar estas posiciones.

1.2. Formulación del problema:

Interrogante general:

¿Qué responsabilidades asumen los integrantes de un consorcio frente a terceros particulares?

Interrogantes específicas:

¿Qué responsabilidad tienen los integrantes de un consorcio cuando éste incumple sus obligaciones con terceros particulares?

¿Es necesaria una modificación legislativa?

¿Es posible una modificación legislativa?

1.3. Hipótesis:

1.3.1. Hipótesis general:

El contrato de consorcio no se encuentra debidamente regulado en la legislación peruana a efectos de salvaguardar el derecho de terceros particulares o privados, esta hipótesis se obtiene a partir de la lectura del capítulo de los contratos asociativos de la Ley General de Sociedades y la casuística encontrada que forma parte de este trabajo.

Si bien los contratos asociativos tienen como finalidad crear la posibilidad de participación conjunta en negocios o proyectos y, por tanto, la regulación debe ser debidamente establecida por las partes dentro del contrato, la Ley General de Sociedades no regula más que en un artículo la responsabilidad de los consorcios frente a terceros particulares. La idea de que la menor regulación tiene como finalidad la fluidez en los negocios no es una justificación para su escasa regulación como se verá a lo largo de este trabajo. Hasta el momento, los mecanismos que tenemos al

alcance para la solución de controversias en la relación de los consorcios con terceros particulares se constituyen en normas dispersas (Código Civil) y la jurisprudencia. Sin embargo, existe la necesidad de establecer una legislación que lleve a un criterio común y un ordenamiento en las relaciones contractuales entre consorcios y terceros particulares como, por ejemplo, incluir en el emplazamiento judicial al consorcio y a sus integrantes de tal forma que comparezcan y asuman la responsabilidad de acuerdo con lo previsto en el contrato.

Los diversos problemas de la relación de los consorcios con terceros particulares nacen de esta escasa regulación, esto es, porque si bien la ley establece que el contrato de consorcio no da nacimiento a una persona jurídica, éste es tratado como tal a nivel tributario y, además, a nivel privado es capaz de adquirir derechos y obligaciones, encontrándose casos en los que los integrantes de los consorcios tratan de eximirse de la responsabilidad de asumir adeudos frente a terceros privados, especialmente proveedores, aduciendo que no se encuentran obligados.

Todo ello puede evitarse con una modificación legislativa que proteja el derecho al crédito el cual es pilar de la economía social de mercado.

1.3.2. Hipótesis específicas:

- a) Hipótesis específica 1: Una modificación legislativa es necesaria (a efectos de salvaguardar la confianza en el libre mercado) y posible (no existe impedimento para modificar la Ley General de Sociedades en el capítulo de los contratos asociativos).
- b) Hipótesis específica 2: Si la hipótesis específica 1 es verdadera, entonces esta modificación legislativa consiste en añadir reglas mínimas para los contratos

de consorcio orientadas a, información de sus miembros, publicidad del contrato, sanciones en caso de inobservancia de las reglas.

1.4. Objetivos de la investigación:

Objetivo general:

Demostrar que la regulación del contrato del consorcio en el Perú resulta insuficiente y contradictoria respecto de la responsabilidad de sus integrantes frente a terceros privados y plantear una modificación legislativa que soluciones esta deficiencia.

Objetivos específicos:

En la medida que el problema se encuentra en una legislación insuficiente, se debe fundamentar la necesidad de una regulación especial al contrato de consorcio.

La regulación especial propuesta debe enfocarse en las siguientes áreas:

- Modificar las reglas de publicidad otorgando transparencia en la contratación de terceros con los consorcios como, por ejemplo, inscripción del contrato y sus modificaciones.
- Modificar las reglas de responsabilidad de los integrantes del consorcio con relación a terceros particulares, en especial, ser más específicos respecto de cuándo los integrantes tienen responsabilidad mancomunada y cuándo solidaria.

1.5. Metodología:

De acuerdo con Witker (2021), este trabajo es de tipo cualitativo y se realiza con una metodología analítica, documental y dogmática, es decir:

- Se hará un desglose de proposiciones a efectos de obtener conceptualizaciones de la institución jurídica estudiada (método analítico).

- Se utilizarán datos, hechos o circunstancias registradas en soporte material y digital, básicamente literatura jurídica sobre el tema estudiado tales como la doctrina respecto del tema propuesto, la legislación actual, la jurisprudencia y se establecerá una posición doctrinaria y legislativa (método documental).
- Se interpretará el derecho desde el punto de vista de entes normativos y a través de la lógica y la hipótesis deductiva (método dogmático).

La investigación busca acercamiento a una situación no estudiada partiendo de premisas básicas para llegar a conceptos y con datos no cuantificables recopilando documentos, bibliografía y revistas.

1.6. Población y muestra:

Al tratarse de un trabajo cualitativo documental y dogmático, no existe población a efectos de tomar una muestra. Se trata de una tesis cuyos resultados serán aplicados a la legislación en general del sistema jurídico peruano. Sin embargo, a efectos de tener una base de donde se desprende el problema, podemos tomar como población y muestra tres casos:

- Expediente 14267-2019-0-1817-JR-CO-11 del Décimo primer Juzgado Comercial de Lima:
 - o Demandante: FORSAN CONTRATISTAS GENERALES E.I.R.L.
 - o Demandados: CONSORCIO CONSTRUCTOR PRONIED y otros.
- EXPEDIENTE: 197-2015/SNA-OSCE (ARBITRAL)
 - o Demandante: FONDEPES

- Demandado: CONSORCIO SANTA

- Expediente 14312-2021-0-1817-JR-CO-03 del Tercer Juzgado Comercial de Lima:
 - Demandante: PERTEL DEL PERU S.A.C.
 - Demandados: CONSORCIO SALUD CAMANA II y otros.

En estos casos se ha detectado el problema a investigar.

1.7. Técnicas:

- Técnica 1: Se utilizará principalmente la técnica del análisis documental de contenido jurídico que aporten doctrina sobre el tema materia de esta investigación, Witker (2021). Se trata de una de las técnicas más utilizadas en la investigación jurídica y presupone la lectura de datos, hechos o circunstancias en cualquier soporte documental.

- Técnica 2: Técnica de tormenta de ideas o brainstorming Witker (2021) “es una técnica de pensamiento creativo utilizada para estimular la producción de un elevado número de ideas, por parte de un grupo, acerca de un problema y de sus soluciones o, en general, sobre un tema que requiere ideas originales”

1.8. Instrumentos:

Los instrumentos están constituidos por los libros, revistas e información en soporte documental que serán analizados.

1.9. Justificación:

Justificación teórica:

El presente estudio se realiza con el propósito de aportar al conocimiento existente

sobre la naturaleza jurídica del contrato de consorcio y la responsabilidad de sus integrantes en la contratación de los consorcios con terceros particulares cuyos resultados puedan ser integrados a la legislación peruana.

Justificación práctica:

Esta investigación encuentra su justificación práctica en la medida que sus resultados contribuirán a mejorar la ejecución de los contratos entre consorcios y terceros particulares, reduciendo la posibilidad de desnaturalización del crédito y aportando la predictibilidad judicial en la administración de justicia, de tal forma que la confianza y buena fe contractual se vean fortalecidas en la práctica.

Justificación metodológica:

Este trabajo propondrá una nueva forma de regular los contratos de consorcio respecto de su relación con terceros particulares.

1.10. Definiciones:

Para efectos de este trabajo se deben tomar en cuentas las siguientes entradas:

- Consorcio: Agrupación de entidades para negocios importantes. RAE. En diccionario RAE recuperado el 03 de setiembre de 2023, en <https://dle.rae.es/consorcio?m=form>. Se define para este trabajo como Unidad que ejecuta actividades económicas, capaz de adquirir derechos y obligaciones, una vez celebrado el contrato de consorcio.
- Contrato asociativo: 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. Ley Nro. 26887, Ley General de Sociedades. (09 de diciembre de 1997). SPIJ. Para el presente trabajo se define como el contrato celebrado por más de una persona con la finalidad de participar cooperativamente en un negocio determinado. Ley Nro. 26887, Ley General de Sociedades. (09 de diciembre de 1997). SPIJ.

- Contrato de consorcio: Contrato asociativo por el cual dos o más personas participan en un negocio o proyecto manteniendo su autonomía. Ley Nro. 26887, Ley General de Sociedades. (09 de diciembre de 1997). SPIJ.
- Modificación legislativa: Norma que modifica una norma vigente, parcial o totalmente. Congreso de la República. Manual de Técnica Legislativa (2020-2021).
- Responsabilidad: Para este trabajo entiéndase como el incumplimiento de obligaciones contractuales. Adaptado de Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Renato Scognamiglio 2001. Ius et Veritas 22(55).
- Terceros: En el contexto de este estudio, se refiere a personas naturales o jurídicas de derecho privado ajenos a la relación obligacional dentro del consorcio pero que contratan con consorcios. Poder Judicial del Perú. Tercero. Diccionario jurídico (2020).

1.11. Alcances y limitaciones:

Alcances:

Este trabajo analizará la legislación peruana que regula el contrato de consorcio y las consecuencias de dicha regulación respecto de las relaciones con terceros particulares. Involucra la revisión de casos que demuestran la hipótesis tratando de

demostrar una regulación deficiente que pone en desventaja a los terceros particulares que contratan con consorcios. Asimismo, se determinará la necesidad de una modificación legislativa a efectos de que el contrato de consorcio sea regulado de forma más eficiente, evitando desequilibrios en las relaciones contractuales con terceros.

Limitaciones:

Este trabajo tiene una limitación consistente en la falta de acceso a información respecto de incumplimientos de obligaciones de los consorcios frente a terceros particulares, es decir, no existe estadística respecto de terceros particulares que sufrieron un desmedro patrimonial por el incumplimiento de los consorcios de sus obligaciones.

Sin embargo, sí existen casos que demuestran el desequilibrio en las relaciones contractuales de los consorcios cuando contratan con terceros, los que serán tomados en cuenta en este trabajo.

CAPÍTULO II Marco teórico:

2.1. Conceptualización de las variables o tópicos clave.

2.1.1. Los contratos asociativos en el sistema jurídico peruano:

El sistema jurídico peruano regula dos tipos de contratos asociativos, uno de ellos, es el contrato de asociación en participación y el otro es el contrato de consorcio. Este último que, es materia de este estudio, comparte con el primero una característica esencial que el artículo 438 de la Ley General de Sociedades les otorga la cual es que dicho contrato no trae como consecuencia la formación o constitución de una persona jurídica. Sin embargo, en la práctica tenemos que el consorcio comparte una serie de elementos que son propios de una persona jurídica, los cuales podemos listar a continuación:

- A) Si bien es un contrato asociativo, tiene una denominación la cual es utilizada en contratación con terceros.
- B) Puede tener contabilidad independiente, es decir, un registro completo de sus ingresos y egresos, así como un número propio de identificación ante la administración tributaria.
- C) Es capaz de asumir derechos y obligaciones puesto que al contratar como consorcio este asumirá derechos y obligaciones.
- D) Prima la autonomía de las partes por cuanto al tratarse de un ente capaz de asumir derechos y obligaciones son las partes quienes regulan libremente las condiciones en las cuales ejecutarán el negocio, el aporte o actividad que

desarrollará cada uno y la organización para la toma de decisiones, representación y la manera en la cual asumirán las responsabilidades entre sus miembros y con relación a terceros.

El contrato de asociación y participación no requiere de estos elementos por la razón que en dicho contrato uno de los contratantes es quien realizará la actividad que compone el negocio y el otro participante será quien financie dicha actividad, por tanto, será de cuenta y riesgo del primero las consecuencias de dichas actividades, no siendo responsable en todo o en parte el segundo quien sólo espera la rentabilidad del financiamiento otorgado, esta es la razón por la cual el artículo 440 de la Ley General de Sociedades peruana establece que la asociación en participación el asociante le concede a otra parte la participación en las utilidades de uno o varios negocios o empresas del asociante a cambio de una contribución, diferenciándose del simple contrato de mutuo el cual tiene como finalidad el cobro de un interés por el préstamo de una suma dineraria.

De alguna manera, la poca regulación que tiene el contrato de asociación en participación se sustenta en el hecho que quien finalmente asume el riesgo del negocio es el asociante y los términos contractuales bastarán para regular la relación entre las partes (los terceros particulares sólo se vincularán con el asociante). En efecto, los contratos asociativos son contratos de colaboración o cooperación donde las partes buscan la ganancia o la utilidad. Finalmente, la Ley General de Sociedades regula solo dos tipos de contratos asociativos convirtiéndolos en contratos típicos.

A diferencia del “contrato de sociedad” los contratos asociativos no forman una persona jurídica y no están sujetos a inscripción y, en el caso del contrato de asociación en participación, el artículo 438 de la Ley General de Sociedades calza perfectamente puesto que una de las características de éste es precisamente el desconocimiento de los demás de su existencia “no se revela a los terceros, pues es un pacto oculto entre los asociados” (Montoya Manfredi, 2004, p. 436), por último, el asociante será quien asuma las responsabilidades de la gestión del negocio puesto que será quien contrate con terceros, también es preciso señalar que la contribución del asociado no determina que exista un patrimonio independiente como lo puede ser una sociedad conyugal o una sucesión indivisa.

También es preciso señalar que los contratos asociativos tienen un concepto más difuso que el de sociedad (FARINA, 1999, p. 775), donde se distinguen los contratos asociativos o accidentales como la asociación en participación figura asociativa en la que una de las partes tiene el dominio del negocio y los contratos asociativos en sentido propio donde los asociados o las partes participan en forma activa en el negocio o empresa para la cual se asociaron.

Concluyendo, los contratos asociativos son contratos de colaboración o cooperación mediante la cual las partes deciden su participación en un negocio, empresa o determinado proyecto, no crean una persona jurídica y son las partes las que definen los términos y condiciones de su participación. Son típicos puesto que son regulados por la Ley General de Sociedades y son de dos tipos el contrato de asociación en participación y el contrato de consorcio.

2.1.2. El contrato de consorcio en el sistema jurídico peruano

Para conceptualizar el contrato de consorcio se debe ir a la figura del derecho anglosajón denominada joint venture, definido como la combinación de dos o más partes que buscan el desarrollo de una empresa o proyecto con un fin lucrativo, (Cornell Law School, 2023) “A joint venture is a combination of two or more parties that seek the development of a single enterprise or project for profit, sharing the risks associated with its development. The parties to the joint venture must be at least a combination of two natural persons or entities”

Para algunos autores (Gutiérrez Camacho, 2003, p. 1404) “mediante la tipificación de contrato de consorcio nuestro legislador ha receptado la figura anglosajona conocida comúnmente como joint venture contractual”. Este trabajo considera esta postura correcta puesto que, salvo el término en inglés, la figura jurídica viene a ser exactamente la misma.

Entonces, tenemos al contrato de consorcio como un acuerdo entre dos o más partes, sean personas naturales o jurídicas, mediante el cual deciden la participación de un negocio o proyecto para obtener ganancias o utilidades que serán repartidas entre sus integrantes o miembros de acuerdo a la participación de cada uno, de las reglas previstas por la Ley General de Sociedades se resume que el consorcio:

- Se constituye a través de un contrato.
- Es capaz de asumir derechos y obligaciones (contratación con terceros).
- Los bienes que sus miembros adquieren se rigen por la copropiedad.
- La responsabilidad de cada miembro como consecuencia de la contratación del consorcio con terceros no es solidaria, salvo que la ley o el contrato así

lo señale.

Si bien en líneas anteriores se ha esbozado la razón por la cual el contrato de asociación en participación no requiere de excesiva regulación por la legislación, no sucede lo mismo con el contrato de consorcio el cual, además de las características ya reseñadas, tiene la particularidad que legislación de materias distintas al derecho societario se han visto en la imperiosa necesidad de regularlo, esto es, por los riesgos y peligros que representa para terceros contratar con consorcios, por lo que la característica del “pacto oculto” (Montoya Manfredi, 2004, p. 436) esbozada para el contrato de asociación en participación no es aplicable al consorcio. Una de las materias ajenas al derecho societario que se ha visto en la necesidad de regular en forma particular el contrato de consorcio es precisamente el sistema de contratación estatal, tanto en la Ley Nro. 30225 (LCE) como en el reglamento vigente a la fecha de este trabajo aprobado por DECRETO SUPREMO N° 344-2018-EF (RLCE) que establece reglas y formalidades para la participación en consorcio en los procesos de selección.

La referida norma, por ejemplo, establece una formalidad mínima del contrato de consorcio el cual debe ser suscrito con firmas legalizadas y, especialmente, atribuye responsabilidad solidaria a los integrantes del consorcio ante la Entidad contratante por las consecuencias de su participación en la ejecución del contrato (artículo 13.2 de la LCE), además de diversos requisitos y regulaciones que van más allá de su tratamiento como contrato asociativo. En efecto, el RLCE en su Anexo 1 señala la definición del consorcio señalando que se trata de un contrato donde dos o más personas se asocian para complementar recursos y contratar con el Estado.

Es preciso señalar que, las exigencias especiales antes señaladas, constituyen sólo dos ejemplos de muchos más que podemos escoger de la normativa que regula las contrataciones del Estado, lo cual evidentemente no es materia de este estudio.

La legislación tributaria hace lo propio a efectos de ejercer el control de las actividades y rentas del consorcio si bien sabemos que el consorcio no genera la formación de una nueva persona jurídica, la administración tributaria le da tratamiento de tal puesto que es posible de ser inscrito en el registro único de contribuyentes, tener contabilidad independiente de sus miembros tal es así que “para efectos de índole tributaria, cuando el consorcio cuente con contabilidad independiente respecto de las partes que lo conforman, este ostentará la calidad de persona jurídica, debiendo ser inscrito en el Registro Único de Contribuyentes (RUC), tener una denominación asignada y contar con un representante ante la Superintendencia de Administración Tributaria (Sunat)” (Gómez Bermeo, 2020, p. 67). Por el lado de este trabajo entendemos que el autor citado utiliza el término ostentar en la acepción que la Real Academia de la Lengua Española otorga como “hacer gala de grandeza, lucimiento y boato” (Diccionario RAE, 2023), en razón que las demás acepciones tienen como característica principal ser titular de cargos o récords algo que no puede ser atribuido al consorcio en la medida que jurídicamente no es una persona jurídica.

No obstante, la administración tributaria le da un tratamiento de persona jurídica ficticia con la finalidad de llevar mejor control de sus ingresos, así el artículo 14 de la Ley del Impuesto a la Renta peruana establece que son contribuyentes del Impuesto a la Renta, como personas jurídicas, los consorcios y otros contratos de

colaboración empresarial que lleven contabilidad independiente de la de sus integrantes. (Mejía Ninacóndor, 2018) señala:

La manera de llevar la contabilidad determina el tratamiento tributario otorgado a los consorcios, reconociendo capacidad tributaria y la calidad de contribuyente como persona jurídica solo a los consorcios que lleven contabilidad independiente de la de sus socios o partes contratantes. Por tanto, los consorcios que no lleven contabilidad independiente no constituyen una entidad distinta para efectos tributarios y son las partes contratantes las que se consideran sujetos pasivos del impuesto. (p. 229).

En consecuencia, al existir regulaciones fuera del ámbito del derecho societario, se deduce claramente que la normativa de la Ley General de Sociedades resulta insuficiente, puesto que no alcanza a las relaciones entre los consorcios con el Estado, en su función de contratante de bienes y servicios, así como en las relaciones tributarias con el Estado.

Dicho esto, cabe preguntar si los terceros particulares encuentran una legislación suficientemente adecuada para sus relaciones con los consorcios. A primera vista podríamos decir que sí, sin embargo, esto no es correcto. La razón de esta afirmación se fundamenta en el hecho que el consorcio actúa como si fuera una persona jurídica sin serlo, supuesto que no ha sido regulado por las demás normas legales del sistema jurídico peruano.

Por otro lado, debemos tomar en cuenta que, además de lo ya señalado, el contrato de consorcio implica una forma de concentración empresarial donde

normalmente pueden unirse empresas del mismo grupo o del mismo giro económico. A decir de ECHAIZ (2010):

Dicha concentración empresarial puede conseguirse mediante la pérdida o no de la personalidad jurídica de las empresas intervinientes; en el primer caso estamos ante las fusiones y, en el segundo, ante las uniones de empresas. En estas últimas se establecerán relaciones de coordinación o de subordinación, dependiendo si la vinculación es de naturaleza Horizontal o vertical, respectivamente, siendo que las primeras conllevan a los contratos asociativos y, las segundas, a los grupos empresariales (p. 361).

Entonces, el consorcio es una forma de concentración empresarial que no requiere de la pérdida de la personalidad jurídica de sus miembros y su administración dependerá de lo señalado libremente por las partes en el contrato. Esta característica de los consorcios hace que en la práctica éstos contraten con terceros particulares y, en caso de incumplimiento de sus obligaciones, éstos encuentren dificultades para la exigencia de su cumplimiento.

2.1.3. Naturaleza jurídica del contrato de consorcio:

Para establecer la naturaleza jurídica del contrato de consorcio, debemos remitirnos no sólo a la normativa prevista en la Ley General de Sociedades, sino también a las normas de las distintas especialidades del derecho que lo han regulado como ha sido en materia de Contrataciones del Estado y a través del Derecho Tributario.

Se trata de un contrato nominado y típico puesto que tiene una regulación específica, asimismo, no origina la creación de una persona jurídica a pesar de que es tratada como tal para fines tributarios. En lo que respecta a la forma, debe celebrarse por escrito, salvo que el consorcio contrate con el Estado para lo cual deberá celebrarse por escrito y con firmas legalizadas.

Asimismo, en consorcio es capaz de adquirir derechos y asumir obligaciones, cuando contrata con terceros, la responsabilidad de sus miembros es mancomunada salvo que el contrato o la ley señale que la responsabilidad es solidaria, excepto cuando el consorcio contrata con el Estado donde la ley de la materia establece la responsabilidad solidaria de los miembros.

El contrato de consorcio es temporal porque su existencia queda supeditada al negocio o proyecto que se llevará a cabo asociativamente se entiende que la duración del consorcio será hasta que cumpla su objeto.

Es un contrato de obligaciones complejas. (Gutiérrez Camacho, 2003) “las combinaciones obligacionales se complejizan a tal punto que se van generando figuras completamente atípicas”.

Sin embargo, respecto de la responsabilidad de sus miembros, la ley no señala que la responsabilidad sea mancomunada. Esta característica se desprende de la interpretación inversa del artículo 447 de la ley general de sociedades. Es precisamente esta redacción la que ocasiona lagunas que deben ser salvadas por la jurisprudencia y que incentiva a los integrantes de los consorcios a buscar el incumplimiento de la responsabilidad que les pudiera corresponder.

2.1.4. Relaciones jurídicas entre los consorcios y terceros particulares:

No existen muchos estudios que aborden el tema de la contratación de los consorcios con terceros particulares que, en la mayoría de los casos, se constituyen como proveedores de consorcios que ejecutan contratos con el Estado. En esta sección se abordará principalmente las dificultades que encuentra un tercero particular al momento de contratar con un consorcio.

Las relaciones jurídicas de estos dos participantes nacen desde el contrato desde el punto de vista del acuerdo de voluntades, independientemente del documento o forma adoptada. También es preciso señalar que los consorcios pueden constituirse como obligados principales de relaciones cambiarias lo cual es otra situación que no se encuentra regulada en la ley.

La idea de este trabajo no es buscar la restricción a la libertad de empresa consagrada en los artículos 59° y 60° de la Constitución. Este trabajo considera que la libertad de empresa es uno de los pilares del régimen económico de una nación, así como el derecho al trabajo. Se coincide con Beaumont Callirgos (2023, p. 186) cuando señala que al artículo 2.13 debe añadirse como derecho fundamental la libertad de empresa.

Empero, esta libertad de empresa no debe ser absoluta. Debe encontrarse perfectamente equilibrada con la libertad y derechos de terceros. Así, la regulación del contrato de consorcio debe contener ciertos lineamientos que permitan la transparencia de los mismos en el mercado y una redacción que desincentive el

incumplimiento de obligaciones de sus miembros con terceros.

Un detalle importante de esta necesidad de transparencia es precisamente que terceros particulares puedan conocer el contenido de los contratos de consorcio y la participación de sus integrantes de fuente pública, esto es, porque estos terceros no cuentan con el poder de negociación que sí tienen las empresas del sistema financiero o las entidades del estado.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 447 de la Ley General de Sociedades no tiene una redacción acertada puesto que la responsabilidad mancomunada no se encuentra literalmente establecida si no es una consecuencia de la interpretación contrario sensu del segundo párrafo del artículo 447. En el anteproyecto de la Ley General de Sociedades un grupo de los miembros de la comisión sugirieron retirar del nuevo texto de esta norma los contratos asociativos para que sean regulados en leyes especiales lo cual no fue acogido. Sin embargo, esta sugerencia no debe ser desterrada de plano si se consideran las diversas situaciones que se ven en la práctica y que se han descrito con anterioridad.

Dentro de esta corriente de regular mediante leyes especiales los contratos asociativos, se puede señalar que desde el simple hecho de que las partes puedan ser personas jurídicas no societarias o personas naturales se encuentra fuera de contexto su regulación en la Ley General de Sociedades. A decir de Echaíz Moreno:

En suma, creemos que, atendiendo a una adecuada técnica legislativa, la ubicación normativa de los contratos asociativos no correspondía en la Ley

General de Sociedades, sino en la Ley General de la Empresa o, en todo caso, en el Código Civil. Precisamente el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, que planteaba sustituir el Código de Comercio, consideró a los contratos asociativos dentro de su texto normativo. (Echaíz Moreno, 2010, p. 632).

La jurisprudencia ha marcado otras posiciones relacionadas a la responsabilidad de los miembros de un consorcio con terceros, así, podemos revisar el caso del proceso judicial seguido contra el CONSORCIO CONSTRUCTOR PRONIED por la empresa FORSAN CONTRATISTAS GENERALES EIRL, este último proveedor del consorcio (expediente 14267-2019-0-1817-JR-CO-11 del 11° Juzgado Comercial de Lima), donde el Consorcio había solicitado servicios a esta empresa, servicios que sólo constaban en órdenes de servicio, conformidades y facturas.

Este caso es un claro ejemplo de cómo la insuficiente regulación de la Ley General de Sociedades pone en jaque la seguridad del crédito que otorgan los proveedores al consorcio y la ausencia de supuestos de hecho de la norma pone en riesgo la actividad empresarial por el lado del consorcio. En la sentencia recaída en este proceso la parte demandante emplazó al consorcio y a sus miembros atribuyéndoles responsabilidad solidaria (en la espera que la defensa del consorcio y de sus miembros establecieran el porcentaje de su responsabilidad), situación que el juzgador aceptó debido a que ninguno ejerció precisamente este derecho a la defensa. Esta es una consecuencia directa de la no obligatoriedad de registrar o inscribir los contratos de consorcio, puesto que, de ser así, el juzgador puede tomar conocimiento del porcentaje que corresponde a cada uno de sus miembros a efectos ordenar el cumplimiento conforme a su participación.

Por otro lado, la sentencia de Casación Nro. 2670-2013 LIMA hace un análisis de la responsabilidad solidaria de los miembros del consorcio frente a terceros, estableciendo:

“Cuando el consorcio contrate con terceros y por ende asume una obligación ésta será solidaria sólo si existe pacto que la declare o si por ley se determina lo cual concuerda con lo dispuesto por el artículo 1183 del Código Civil pues la solidaridad no se presume y a falta de pacto de solidaridad o disposición de la Ley cuando el consorcio asume una obligación sus miembros son responsables mancomunadamente conforme lo señalan los artículos 1182 y 1172 del Código Civil de modo que cada uno se encuentra obligado sólo respecto a la cuota que le corresponde presumiéndose cuando se tratan de obligaciones divisibles que en caso de deuda la misma se reputa dividida en tantas partes iguales como deudores existan y en el caso concreto de cuántos consorciados existan.”

De las decisiones judiciales reseñadas, tenemos que la labor jurisdiccional se ve afectada por la insuficiente legislación que regula el contrato de consorcio, especialmente frente a terceros particulares quienes no gozan de la misma protección que tiene el estado en la ley de la materia.

2.2. Importancia de las variables claves:

Este trabajo toma la postura que la legislación sobre contratos asociativos debe estar sistematizada en una norma especial o en algún código de la empresa. Esta legislación debe incluir obligaciones para los consorcios y sus miembros que otorguen

transparencia de información, normas claras y específicas respecto de la relación con terceros particulares sin perjuicio de las normas de protección que regulan las relaciones de los consorcios con el estado. Una modificación legislativa no es una actividad que pueda realizarse sin el análisis de las instituciones jurídicas cuya regulación se pretende modificar.

Antes de promover o proponer una salida legislativa al problema resulta necesario saber con claridad qué es un contrato asociativo, por ejemplo, porque esta característica diferencia al contrato de consorcio de otras figuras contractuales que no son utilizadas para la participación en negocios o proyectos.

También es necesario entender el significado del contrato de consorcio y un consorcio propiamente dicho, considerando al primero como la figura contractual o acuerdo de voluntades de sus miembros y el segundo el producto o resultado del contrato.

Con relación a la definición de la variable “contrato asociativo” es importante establecer su definición y naturaleza puesto que de ella parte precisamente la idea que dichos contratos deben ser regulados por las partes, sin que se tome en cuenta que la asociación de dos o más personas para un negocio o proyecto específico involucra a terceros que serán parte de estos negocios.

2.3. Análisis crítico de la problemática

Se ha descrito el problema considerando los diversos conflictos que surgen entre los consorcios y terceros particulares en la contratación. Como ya se ha establecido, si bien la ley no le otorga al consorcio la calidad de persona jurídica es una realidad

innegable que, una vez suscrito el contrato de consorcio, el consorcio contrata y actúa como tal.

Así, la problemática se observa principalmente en el cumplimiento de las obligaciones que asume el consorcio con proveedores quienes se encuentran en desventaja, estas desventajas se traducen en:

- Ausencia de una fuente pública respecto de la participación de cada miembro del consorcio ¿Quiénes? ¿Cómo? ¿Qué porcentaje de responsabilidad asumen?
- Ausencia de un registro donde el tercero particular pueda consultar el contrato y sus sucesivas modificaciones (adendas).
- Las normas de la Ley General de Sociedades no regulan adecuadamente la responsabilidad de los miembros de un consorcio frente a terceros, lo que crea incertidumbre en la resolución de controversias.
- No existe jurisprudencia vinculante respecto a la responsabilidad de los miembros del consorcio frente a terceros particulares.

La solución a la problemática radica en un cambio legislativo creando una norma especial que regule los contratos asociativos. Esta norma especial deberá contener al menos:

- La creación del registro de contratos de consorcio que puede estar a cargo de SUNARP o de PRODUCE.

- Deberá incluir una norma que señale en forma fehaciente que, cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad de sus miembros será la que resulte de su porcentaje de participación, requisito fundamental que debe contener el contrato.
- El requisito anterior admite pacto en contrario, es decir, los miembros pueden acordar la responsabilidad solidaria.
- Debe incluir un contenido mínimo de los contratos asociativos, especialmente el consorcio.

CAPITULO III Marco referencial

3.1. Reseña histórica:

En el año 1998 entró en vigencia la Ley Nro. 26887, Ley General de Sociedades la cual, en su libro quinto, regula los contratos asociativos tipificando al contrato de asociación en participación y al contrato de consorcio.

Si bien, la comisión que preparó el anteproyecto de esta norma contaba con miembros que propusieron que los contratos asociativos sean regulados por una norma especial, lo cierto es que finalmente se decidió que éstos formen parte de un capítulo especial de la Ley General de Sociedades.

Como en toda actividad legislativa, es la aplicación práctica la que finalmente establece si una legislación es acertada o no, en este aspecto, han pasado más de 20 años desde la entrada en vigencia de esta norma y si bien mantiene una merecida vigencia, lo cierto es que la regulación de los contratos asociativos tiene una regulación acertada sólo en cuanto a las relaciones entre asociados y no, respecto a terceros.

Es por esta razón que, el derecho de las contrataciones del estado y el derecho tributario se han visto precisados a legislar respecto del contrato de consorcio tratando de suplir las deficiencias de la Ley General de Sociedades salvaguardando sus intereses, no es el caso de los terceros particulares, quienes sólo deben afrontar sus relaciones con los consorcios teniendo como única herramienta el Código Civil y el derecho procesal siendo este último el más costoso puesto que cuando un consorcio

incumple obligaciones el inicio de un litigio implica sobre costos para la parte más débil de la relación contractual, en este caso, los terceros particulares.

Así, en el tiempo, se han visto casos de consorcios que no cumplieron sus obligaciones con terceros particulares y sólo quienes pudieron afrontar una controversia lograron algunos resultados en salvaguarda de sus derechos. Sin embargo, La jurisprudencia no ha solucionado el problema puesto que existen casos donde las primeras instancias no saben cómo resolver conflictos relacionados al tipo de responsabilidad de los miembros de un consorcio, incluso respecto de las relaciones entre sus miembros.

La ley General de Sociedades ha sido materia de algunas modificaciones, en estos más de 20 años de vigencia, pero todas estas modificaciones están orientadas al ejercicio de los derechos de accionistas, socios y la celebración de juntas de accionistas, siendo la más reciente la incorporación del artículo 21-A que regula las sesiones no presenciales y el ejercicio del derecho a voto no presencial.

Dentro de este contexto, no ha sido preocupación del legislador revisar esta ley respecto de los contratos asociativos, buscando dar reglas distintas que equilibren la relación de los consorcios frente a terceros.

A manera de reseña histórica comparada, podemos citar a la legislación argentina que en su Código Civil y Comercial de la Nación, regula en un capítulo los contratos asociativos, tipificando cuatro clases de contrato asociativo como el “Negocio en participación”, “Agrupación de colaboración”, “Uniones transitorias”, “Consortios de cooperación”. Ignacio Firpo y Maximiliano Ríos (2020).

La particularidad de la legislación argentina es que las “agrupaciones de colaboración” sí requieren de inscripción y su objeto no tiene fines de lucro sólo fines facilitadores o colaborativos, así, el contrato de “unión transitoria” que es el análogo al consorcio, sí requiere de inscripción en el registro público lo cual da conocimiento a nivel de terceros de sus integrantes, aspectos relacionado a la responsabilidad y otra información fundamental para terceros que quieran contratar con estas uniones transitorias.

Es decir, a la actualidad, tenemos que en el Perú la legislación que regula los contratos asociativos resulta corta y deficiente en la medida que se ha enfocado especialmente a las relaciones entre los integrantes. No ha sido materia de mayor análisis las consecuencias de otorgar a los consorcios la capacidad de adquirir derechos y obligaciones, tal es así que, la mayoría de los trabajos de investigación y doctrina al respecto se enfoca en la definición, origen y naturaleza jurídica del contrato de consorcio, no habiéndose encontrado, para este trabajo, tratados que enfoquen las obligaciones contractuales de los consorcios y de sus integrantes.

Precisamente, bajo este marco referencial, es que el presente trabajo pretende establecer el principio de un estudio sobre las obligaciones del consorcio, la responsabilidad de sus integrantes y las consecuencias de no establecer obligaciones de publicidad de estos contratos.

A manera de referencia, podemos señalar autores que han tratado sobre consorcios como Gutiérrez Camacho quien ha señalado que el Consorcio es una especie de “adaptación” de la figura del joint venture anglosajón, enfocando su conceptualización a la unión o acuerdo entre dos o más a efectos de participar en un proyecto o negocio, sin haber extendido su estudio a la responsabilidad de los integrantes del consorcio o

a la necesidad de estudiar la relación de éstos con terceros particulares.

Otro tanto, es la posición de Echaíz Moreno quien en la obra citada ha precisado que la ubicación de la regulación de los contratos asociativos no correspondía a la Ley General de Sociedades, postura que este trabajo acoge debido a que la regulación de estos contratos escapa al marco normativo de la legislación corporativa que debe regular la constitución de sociedades, formas administración, reorganización, disolución y extinción, dejando para otro cuerpo legal lo relacionado a contratos de colaboración empresarial.

Ignacio Firpo y otro en Contratos Asociativos (2020), establece que la Unión Transitoria se inscribe, sin embargo, en caso no hacerlo las cláusulas del contrato no son oponibles a los terceros, es decir, como se observa de la legislación argentina, existen ciertos parámetros que tratan de equilibrar las relaciones de la Unión Transitoria frente a terceros.

3.2. Presentación de actores (Corpus):

Este trabajo, al tratarse de una tesis dogmática, presenta actores relacionados a la legislación, teoría y doctrina que regulan los contratos asociativos y, especialmente el contrato de consorcio.

En este aspecto tenemos a la Ley General de Sociedades como primer término al tratarse de la norma base que regula los contratos asociativos en el Perú, también se encuentran dentro del grupo de actores legislativos la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como la Ley del Impuesto a la Renta.

Con relación a la doctrina, tenemos que la mayor parte de los estudios realizados sobre consorcios o sus pares en la legislación comparada se enfocan principalmente a su conceptualización, su diferenciación de las personas jurídicas dejando de lado a la relación de éstos con terceros. Dentro de este contexto, tenemos como principal actor a la doctrina nacional como los tratados relacionados a la vigencia en el tiempo de la Ley General de Sociedades que tratan sobre los consorcios y analizan la posición de la regulación de los contratos asociativos.

Adicionalmente, tenemos la jurisprudencia en los casos materia de análisis de este trabajo que constituyen la prueba de:

- El grado de confusión que genera la deficiente legislación sobre el contrato de consorcio.
- La necesidad de buscar remedios procesales incrementando los costos de transacción de los terceros particulares.
- La preocupación del Estado por proteger sus intereses mediante normas especiales que impongan la responsabilidad solidaria de los integrantes de los consorcios cuando contraten con éste.

Asimismo, los artículos de revistas son actores que complementan a los anteriores, esto es, porque contienen artículos sobre situaciones específicas de los consorcios como su aspecto tributario, su tratamiento legislativo y su esquema comparativo de otros países. Es preciso señalar también que los artículos de revistas no se han enfocado en las relaciones de los consorcios con terceros particulares.

3.3. Diagnóstico sectorial:

Tomando en cuenta los casos prácticos que toman parte de este trabajo, se determina el siguiente diagnóstico:

- Al tratarse de una investigación sobre la problemática de una legislación determinada el sector corresponde a la República del Perú.
- Se enfoca el problema desde una perspectiva de la aplicación de la legislación sobre consorcios en la práctica empresarial.
- Se determina un desequilibrio contractual entre los consorcios y los terceros particulares.
- Se observa que, en los casos de responsabilidad de los integrantes frente a terceros particulares, la legislación que regula el contrato consorcio incentiva al inicio de controversias judiciales.
- Se requiere modificar la legislación que regula los contratos de consorcio imponiendo requisitos adicionales que equilibren la posición del consorcio frente a terceros particulares.

De acuerdo lo señalado anteriormente, tenemos que los siguientes sectores en los que incide la investigación:

- El sector empresarial, específicamente en las relaciones contractuales entre proveedores de bienes y servicios y los consorcios, esto es, porque la legislación actual que regula los consorcios genera un contexto propicio para que éstos incumplan sus obligaciones con proveedores.

- La administración de justicia a través del Poder Judicial es otro sector que se relaciona con esta investigación, en razón que es la institución encargada de juzgar las controversias suscitados entre los consorcios y sus proveedores de bienes y servicios.
- Los sectores como la administración tributaria y las contrataciones del estado no tienen relación directa con el tema de esta investigación, sin embargo, podemos señalar que el desequilibrio ocasionado por la legislación especial que regula estas materias forma parte del contexto que transfiere el peso de las deficiencias de la legislación a los terceros privados.

Capítulo IV Resultados

4.1. Marco Metodológico:

Con relación a la metodología utilizada en este trabajo, se ha utilizado la metodología analítica, documental y dogmática.

Tipo de investigación:

Esta investigación es del tipo dogmático. Una investigación dogmática se puede disgregar en las siguientes proposiciones:

- Se analiza el tipo normativo, en el caso específico de esta tesis, se ha analizado las normas que regulan los contratos asociativos tratando de desentrañar sus enunciados.
- Se establecen preposiciones respecto de la normativa aplicando el método lógico hipotético deductivo.
- Se establecen enunciados partiendo de la norma analizada y se deducen enunciados propios luego del análisis de la norma.
- Las fuentes son lógico - formales.

De acuerdo con lo señalado por Witker (2021):

En las investigaciones dogmáticas, se visualiza al derecho exclusivamente como lenguajes o entes normativos en los cuales la aplicación del método lógico hipotético deductivo juega un papel fundamental y los problemas a investigar se segmentan de su entorno concentrados básicamente en enunciados, preposiciones y juicios que se desarrollan al interior del sistema jurídico (p. 16).

Diseño:

Con relación al diseño, debemos tomar en cuenta que éste se constituye como los pasos que debe seguir el investigador para alcanzar el objetivo de su tesis. En este contexto, se han ejecutado las siguientes actividades:

- Recolección de doctrina respecto de los contratos asociativos a efectos de poder definir claramente al contrato de consorcio.
- La revisión de la legislación que regula los consorcios, tanto a nivel societario como a nivel de contrataciones del estado y tributario.
- Revisión de la doctrina y establecer los conceptos más importantes de la definición de contratos asociativos y del contrato de consorcio.
- La revisión de dos casos prácticos de la actividad judicial del país que reflejan la problemática del consorcio y su relación con terceros particulares.
- Análisis completo de la normativa nacional que regula el contrato de consorcio.
- Redacción de la tesis.

Población y muestra:

Al tratarse de un estudio dogmático y documental, no existe una población y muestra propiamente dicha que permita graficar en número el problema. Sin embargo, existen dos casos judiciales que sirven de ejemplo sobre el problema materia de investigación los cuales son considerados como la población y muestra de este estudio.

- Caso 1:
 - o Expediente 14267-2019-0-1817-JR-CO-11 del 11° Juzgado Civil Comercial:
 - o Demandante: FORSAN CONTRATISTAS GENERALES E.I.RL.

- Demandado: CONSORCIO CONSTRUCTOR PRONIED y otros.
- Materia: Obligación de dar suma de dinero.
- Base de la controversia: La empresa demandante prestó servicios de alquiler de maquinarias y servicios de movimiento de tierras a favor del Consorcio demandado. Este consorcio está integrado por tres empresas y no cumplió con el pago, dentro del plazo, de la contraprestación por estos servicios pactados. La relación contractual se encuentra acreditada por órdenes de servicio, conformidad emitida por los representantes operativos del consorcio y facturas.

- Primer problema identificado: Se observa que, al momento de la contratación, la empresa demandante desconoce quiénes integran el consorcio. Las normas vigentes no obligan a los consorcios a dar publicidad a sus contratos o a registrar a sus integrantes y el porcentaje de su participación. La solución no pasa por exigir el documento que contenga el contrato de consorcio antes de la contratación esto es, porque el poder de negociación de la demandante no se lo permite.

La solución implica un cambio legislativo que imponga estas obligaciones de transparencia a los consorcios, registro que puede ser público y que pueda ser consultado incluso por las entidades del estado que los contraten.

- Segundo problema identificado: El consorcio incumple el pago de estas obligaciones y pone en riesgo financiero a la demandante la cual deberá iniciar acciones legales ¿A quiénes? Si la demandante emplaza únicamente al consorcio éste, sin ser una persona jurídica, asumirá su defensa en el proceso como si lo fuera. La Ley General de Sociedades establece (por interpretación contraria) que los integrantes del consorcio asumen responsabilidad mancomunada cuando éste contrata con terceros.

Sin embargo, el sistema jurídico no establece ninguna garantía para el éxito del proceso. Esto es, porque no regula el emplazamiento, es decir, si éste debe realizarse sólo contra el consorcio (debiendo el órgano jurisdiccional por consecuencia directa emitir fallo que vincule a sus integrantes) en este caso nos encontramos ante la posibilidad de que, a criterio del juzgador, si el emplazamiento se realizó sólo contra el consorcio los integrantes se vean liberados de cumplir con la sentencia, obligando al demandante a iniciar un nuevo proceso a efectos de emplazar a los integrantes.

La solución se encuentra en la modificación de la norma que regula el contrato de consorcio que incluya una solución de índole procesal que ordene el emplazamiento de sus integrantes en forma taxativa sin que sea necesario que el demandante lo mencione en su demanda o solicitud de conciliación.

- Tercer problema identificado: Durante el juzgamiento, uno de los integrantes del consorcio demandando ejerce su derecho a la

defensa argumentando que en ninguna parte del contrato de consorcio o la relación que da origen a la obligación se establece que los integrantes del consorcio deben asumir las obligaciones de éste, si tomamos en cuenta que no existe transparencia respecto del contrato hay un vacío que entorpece la labor judicial.

La solución a este problema se encuentra en una modificación a la legislación estableciendo no sólo la obligatoriedad de registrar en una base de datos pública el contrato de consorcio, sino que, en el emplazamiento, el consorcio obligatoriamente deberá adjuntar el contrato y todas sus modificaciones, caso contrario la responsabilidad que pueda determinarse será solidaria entre sus integrantes.

- Cuarto problema identificado: En la sentencia de primera instancia recaída en este caso, el juez determinó que el consorcio debía cancelar la obligación junto con sus integrantes de manera solidaria, si bien este fue el petitorio de la empresa demandante dado que desconocía la distribución de riesgos del contrato de consorcio, existe un vacío normativo que sustente la sentencia.

Pongamos en perspectiva el problema. El Código Civil regula las obligaciones solidarias y mancomunadas con el principio que expresa que la solidaridad no se presume sólo el contrato y la ley así lo determinan. La Ley General de Sociedades en su artículo 447° intenta copiar este principio, sin embargo, lo hace con una muy infeliz redacción (esto se ha sustentado en el marco teórico).

En la sentencia citada, el Juez determina (con excelente criterio) la existencia de la obligación a través de las instrumentales presentadas como pruebas. También la obligación de pago por parte del consorcio demandando el cual, de conformidad al artículo 1229° del Código Civil es quien se encuentra obligado a demostrar el pago. Empero, no se pronuncia ni fundamenta la razón por la cual determina la solidaridad situación que pone en riesgo la seguridad jurídica dado que este pronunciamiento puede ser revertido en segunda instancia.

Si bien, existen remedios procesales que pueden ser utilizados para que los terceros particulares accedan a una decisión firme, la legislación actual sobre consorcios no asegura o garantiza la predictibilidad de las decisiones, incluso, podemos tomar el supuesto en el caso que se analiza, de que alguno de los integrantes del consorcio demandado no fue el responsable del incumplimiento de las obligaciones de éste, sin embargo, en el resultado del proceso, este integrante termina sancionado a pagar en forma solidaria una obligación por una sentencia carente de sustento.

Luego de las situaciones antes descritas cabe preguntarse ¿No basta con que el artículo 447° de la Ley General de Sociedades haya regulado el tipo de responsabilidad de los integrantes de un consorcio cuando éste contrata con terceros? La postura de este trabajo es que no. En principio porque el tener reglas claras y precisas respecto del emplazamiento del consorcio y sus integrantes es fundamental para

el ejercicio del derecho de defensa, derecho de mayor jerarquía.

En efecto, la Constitución Política consagra dos principios fundamentales que no están ajenos a cualquier materia regulada, esto, si tomamos en cuenta que el sistema jurídico peruano no es un conglomerado de normas dispersas si no de reglas concatenadas cuya norma fundamental es la Constitución Política. Estos principios son, el principio de jerarquía normativa y el principio del debido proceso.

En el primero de los mencionados se debe hacer hincapié que ninguna norma de rango inferior a la Constitución puede contravenirla y la Ley General de Sociedades al regular el contrato de consorcio deja al libre criterio judicial la obligación de emplazamiento de los integrantes, por tanto, se pone en riesgo el respeto al segundo principio mencionado que es el debido proceso el cual garantiza el derecho a la defensa.

Resulta un contrasentido jurídico que una autoridad obligue a los integrantes de un consorcio o los condene al cumplimiento de una obligación sin que éstos puedan ejercer su derecho a la defensa, esto, será desarrollado en el caso siguiente.

- Caso 2:
 - EXPEDIENTE: 197-2015/SNA-OSCE
 - Demandante: FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO

(FONDEPES)

- Demandado: CONSORCIO SANTA
- Materia: Arbitraje de derecho.
- Base de la controversia: La entidad demandante solicita la nulidad de la liquidación del contrato y la restitución del pago realizado a la demanda.

- Primer problema detectado: Se ha analizado el laudo recaído en el caso encontrando que el tribunal arbitral declaró nula la liquidación del contrato y ordenó la restitución de lo pagado a la demandada, sin embargo, este laudo ordena el pago al consorcio y no a sus integrantes que lo conforman.

Se observa con claridad que la demandante no emplazó dentro del arbitraje a los integrantes del consorcio. Si bien la LCE señala que los integrantes del consorcio son solidariamente responsables queda la interrogante si era necesario el emplazamiento a sus integrantes. Esto es, porque cuando se lleve a ejecución el laudo ante el Poder Judicial los integrantes del consorcio tendrán argumentos suficientes para eludir su responsabilidad indicando que no fueron parte del arbitraje, dejando todo en manos del criterio judicial afectando los intereses del estado.

- Segundo problema detectado: Las contrataciones de estado es materia regulada por una ley especial ¿acaso sería necesario modificar o agregar a esta normativa un supuesto que regule el

emplazamiento? Este trabajo es de la postura que no, dado que la regulación independiente especial de los contratos asociativos podrá, desde todo punto de vista, aplicarse en forma supletoria.

- Caso 3:

- Expediente: 07697-2021-0-1817-JR-CO-01
- Demandante: Pertel del Perú S.A.C.
- Demandado: Consorcio Salud Camaná II y otros.
- Materia: Obligación de dar suma de dinero.
- Base de la controversia: Este caso es sui generis en la medida que se trata de un proceso de ejecución de título valor aceptado por un consorcio. En este caso particular la decisión jurisdiccional no requiere de la cognición al tratarse de una ejecución.
- Primer problema detectado: La situación cambia respecto de la ejecución de algún título ejecutivo. Esto es, porque en este caso se trata de una orden directa que debe ser cumplida ¿Por quién? Si nos ceñimos a la regulación actual sobre consorcios, hay responsabilidad mancomunada de sus integrantes, sin embargo, no existen reglas claras para el cumplimiento de esta responsabilidad.

La ley de títulos valores por ejemplo no da luces en este sentido, incluso, puede que sea peligrosa en el sentido que uno de los principios del derecho cambiario reza que “lo que no está en el título no existe”, por tanto, los integrantes de un consorcio pueden tratar de eludir su responsabilidad argumentando que no forman parte de la relación cartular, circunstancia aprovechada por los demandados.

Por ejemplo, uno de los integrantes del consorcio, ejerció su defensa señalando que, al ser un obligado solidario (se considera como tal), entonces la acción cambiaria contra éste habría prescrito (en razón que la Ley de Títulos Valores en su artículo 96 establece que el plazo de prescripción de la acción contra los obligados solidarios se cumple al año del vencimiento del título).

Por otro lado, otro integrante del consorcio señaló en su defensa que no tiene legitimidad para obrar pasiva puesto que la relación causal y cambiaria era con el consorcio. Si bien este argumento puede parecer poco defendible, en caso prospere la excepción este integrante deberá ser parte de un nuevo proceso judicial a efectos de exigir el cumplimiento de lo que le corresponde.

Estos medios de defensa aparecen como consecuencia de la insuficiente legislación que regula los consorcios ocasionando inseguridad jurídica y dilaciones en la administración de justicia.

Instrumentos:

En esta tesis se han utilizado instrumentos los cuales se resumen a continuación:

- La ficha de trabajo la cual contiene el resumen de las ideas principales de los textos consultados, las críticas del investigador y las apreciaciones respecto de la validez de sus postulados.
- La biblioteca jurídica propia que contiene libros y revistas respecto del tema

materia de investigación y que son parte de la bibliografía de este trabajo.

- El archivo de expedientes judiciales que contienen los casos materia de cita y que forman parte de la población y muestra de este trabajo.
- El website del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado que contiene el laudo del caso arbitral que forma parte de la población y muestra de este trabajo.
- La legislación peruana, especialmente la Ley General de Sociedades, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, Ley del Impuesto a la Renta, la Constitución política y otras normas.

4.2. Resultados:

De acuerdo con la hipótesis principal planteada y a la luz de los casos prácticos presentados como ejemplos se concluye que la regulación vigente sobre el contrato de consorcio en el Perú resulta insuficiente para equilibrar la responsabilidad de sus integrantes frente a terceros particulares, de tal manera que se acredita la necesidad una modificación legislativa que cumpla esta función. Este desequilibrio se produce debido a que:

- Se deja a libre albedrío de las partes del contrato de consorcio establecer su regulación sin establecerse requisitos de forma que den publicidad a su contenido.
- Si bien el contrato de consorcio es un contrato privado, también es cierto que el consorcio formado tiene una denominación y actúa como si fuera una persona jurídica puesto que es capaz de adquirir derechos y asumir

obligaciones.

- La legislación vigente no obliga a los integrantes del consorcio a dar transparencia respecto de su participación en el contrato de consorcio.
- La redacción de los artículos 445 y 447 de la Ley General de Sociedades contiene deficiencias para su debida interpretación.

De los casos presentados como población y muestra, se ha deducido en forma fehaciente que en la práctica existen vacíos legislativos que traen como consecuencia:

- La utilización por parte de los integrantes de los consorcios de estos vacíos legislativos a efectos de lograr la elusión de sus obligaciones con terceros particulares.
- Si bien la legislación establece que el contrato asociativo no crea una nueva persona jurídica, los integrantes asumen la capacidad de los consorcios de adquirir derechos y obligaciones como una forma de responsabilidad limitada.
- La ausencia de predictibilidad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, puesto que no existen reglas sobre la aplicación de la responsabilidad regulada en el artículo 447° de la Ley General de Sociedades.
- La ausencia de equilibrio en la negociación de los terceros particulares con

los consorcios.

- La excesiva libertad que tienen los consorcios para ocultar el contrato que los constituye ante la falta de obligatoriedad de dar publicidad.
- Si tomamos como base que todo sistema jurídico, además de regular las relaciones entre los integrantes de una determinada sociedad, debe servir como elemento de persuasión para la generación de controversias o conflictos de intereses, la regulación actual no ejerce esta función.

Finalmente, demostrada la insuficiencia regulatoria, la consecuencia directa es la necesidad de una modificación legislativa que regule adecuadamente el contrato de consorcio, confirmándose la hipótesis específica 1 y 2. Así, de acuerdo con los objetivos específicos de este trabajo, se procede a estructurar el fundamento de la nueva legislación:

- Respecto al cuerpo legal que lo contiene:
 - o El escenario ideal es un código de la empresa, sin embargo, en la medida que este cuerpo legal no existe, la nueva legislación debe estar contenida en una Ley de los Contratos Asociativos, extrayendo esta figura de la Ley General de Sociedades.
- La existencia de un título preliminar:
 - o Este trabajo concluye que no hay necesidad de un título preliminar, esto es, en la medida que los títulos preliminares en los cuerpos normativos obedecen a una necesidad de garantías para las personas. La posición de esta investigación se fundamenta que las

garantías o principios fundamentales de libertad de empresa, abuso del derecho y otras que pudieran ser aplicables ya se encuentran reguladas en la Constitución y demás normas codificadas.

- Reglas de publicidad:
 - o La norma deberá contemplar la inscripción del contrato asociativo de consorcio en un registro especial de “Contratos de Consorcio” a cargo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. La obligación de registrar incluye las modificaciones realizadas al contrato mediante adendas.

- Relación con terceros:
 - o Salvo el contenido regulatorio de leyes especiales, cuando el consorcio contrata con terceros son responsables los integrantes hasta el porcentaje que les corresponde en el consorcio. La responsabilidad solidaria de los integrantes sólo la establece el contrato o la ley.

- Emplazamiento judicial:
 - o La norma señalará que, respecto al emplazamiento judicial, cualquier accionante deberá emplazar al consorcio y sus integrantes y, en caso la parte accionante cumpla o no, el consorcio al responder la demanda debe incluir a sus integrantes dentro del proceso ejerciendo su derecho a la defensa.

 - o Si alguno de los integrantes del consorcio es declarado rebelde en

un proceso judicial contra el consorcio, será responsable solidario del mandato contenido en la sentencia.

- Derecho cambiario:
 - Si el obligado principal en un título valor regulado por la Ley de Títulos Valores o leyes especiales es un consorcio, se entiende que los integrantes forman parte de la relación cambiaria directa, debiendo ser emplazados todos.

- Derecho tributario:
 - Son obligados directos ante la administración tributaria, junto con el consorcio, sus integrantes conforme a la responsabilidad señalada en las normas pertinentes. En caso de iniciarse un procedimiento contencioso tributario, los integrantes del consorcio deben formar parte de éste.

Capítulo IV: Sugerencias

5.1. Conclusiones:

De la investigación, se concluye que la regulación ofrecida en la Ley General de Sociedades sobre el contrato asociativo de consorcio es insuficiente, así como las demás normas que de manera dispersa regulan sus relaciones con los consorcios.

La pregunta que surge de esta conclusión es ¿Por qué es necesario regular en forma distinta al consorcio? La respuesta es bastante más sencilla de lo que puede parecer y se sustenta en el hecho que si bien la ley no señala que el consorcio constituya una nueva persona jurídica, este actúa como tal, en principio porque es capaz de adquirir derechos y obligaciones y en segundo término porque existe un “limbo” en la regulación de la relación de sus integrantes frente a terceros particulares.

Si bien esta tesis se ha dedicado a analizar las relaciones de los consorcios con los terceros particulares, hemos visto a lo largo de este trabajo que también existe regulación insuficiente en la Ley de Contrataciones del Estado y en la legislación tributaria, especialmente en lo referido al ejercicio de las acciones contra el consorcio en caso de incumplimiento de obligaciones.

La nueva legislación propuesta parte de la revisión de situaciones reales ocurridas en las relaciones de consorcios contra terceros precisamente, por ende, es necesario tomar en cuenta que esta legislación debe encontrarse en una norma especial.

Se ha determinado también, a la luz de este trabajo, que las normas jurídicas encuentran su importancia no sólo en la regulación de las relaciones entre miembros de una determinada sociedad, relaciones que pueden ser patrimoniales (caso de

nuestro estudio) o no patrimoniales, sino además en la necesidad que estas normas sean elemento disuasivo de incumplimientos de obligaciones.

Así, en los casos revisados, por ejemplo, hemos podido encontrar el quebrantamiento de algunos principios jurídicos que forman parte del derecho peruano, como lo es la buena fe contractual (caso 1 y 3). El quebrantamiento del derecho al debido proceso y otros que no dejan de interactuar con las normas especiales.

Por otro lado, una nueva legislación implica la derogatoria de toda la sección que regula los contratos asociativos de la Ley General de Sociedades del artículo 438° hasta el 448°. A lo largo de este trabajo, se ha visto que una buena parte de la comisión revisora de esta ley consideró adecuado legislar sobre contratos asociativos dentro de este cuerpo legal, sin embargo, a 25 años de vigencia de esta ley, corresponde su evolución dados los casos estudiados.

5.2. Recomendaciones:

A manera de recomendación, este trabajo concluye que cualquier funcionario con iniciativa legislativa podrá tomar en cuenta los postulados antes descritos y proponer mediante proyecto de ley una nueva regulación de los contratos asociativos.

Asimismo, se recomienda a los órganos jurisdiccionales revisar los casos citados y proponer jurisprudencia vinculante hasta que pueda concretarse la modificación legislativa propuesta, esto, mientras no exista el cambio legislativo que soluciones la problemática.

Por otro lado, se recomienda que las universidades en los estudios de pregrado de la carrera de derecho incluyan dentro de sus sílabos de derecho comercial o societario el estudio de los casos donde participan los consorcios y la responsabilidad de sus miembros.

Bibliografía

Referencias

Guerra-Cerrón, María Elena, Hundskopf, Oswaldo, Stewart, Alberto, Tabra, Edison y Chipana, Joel. (2018). Ley General de Sociedades: Estudios y comentarios a 20 años de su vigencia. Gaceta Jurídica.

Guerra-Cerrón, María Elena, Beaumont Callirgos, Távara Córdova, Francisco, Montoya Alberti, Hernando, Gonzales Loli, Jorge. (2010). A los 12 años de la Ley General de Sociedades. Grijley.

Montoya Alberti, Ulises y Montoya Alberti, Hernando. (2004). Derecho Comercial, Tomo I. Grijley.

Elías, Enrique. (S/F). Derecho Societario Peruano. Editora Normas Legales S.A.C.

Aldea Correa, Vladik. (2012). Los Acuerdos de Accionistas y Socios. ECB Ediciones S.A.C.

Farina, Juan M. (1999). Contratos Comerciales Modernos. Editorial Astrea.

Castro Reyes, Jorge. (2011). Manual de Derecho Comercial. Jurista Editores.

Rangel Azevedo, Ciro. (2017). Notas sobre contrato de consorcio empresarial. Revista de Direito Privado 76.

Veliz Lázaro, Héctor Eduardo (2020). Los sujetos no domiciliados y la emisión de comprobantes de pago en los consorcios sin contabilidad independiente. Contadores y Empresas Nro. 374.

Abanto Bromley, Martha. (2020). Consorcios, tratamiento bajo la NIIF 11 Acuerdos Conjuntos. Contadores y Empresas Nro. 377.

Guerra-Cerrón, María Elena. (2009). Levantamiento del Velo y Responsabilidad de las Sociedades Anónimas. Grijley.

Araoz Villena, Luis Alberto y Ramírez-Gastón Seminario, Andrés. (2007) Los Contratos de Colaboración Empresarial y de Asociación en Participación Celebrados entre Partes Domiciliadas en el País: su Tratamiento Tributario en la Ley del Impuesto a la Renta y en la Ley del Impuesto General a las Ventas. Asociación Civil Derecho y Sociedad Nro. 28.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/17223/17512/0>

Paredes Ollero, Juan Carlos y Pinillos Salas, Carlos Enrique. (2021). La indebida aplicación de la presunción de responsabilidad solidaria del consorcio en la comisión de la infracción de presentación de documentación falsa. Universidad del Pacífico.

Witker Velázquez, Jorge Alberto. (2021). Metodología de la investigación jurídica. Universidad Autónoma de México.

Beaumont Callirgos, Ricardo. (2023). La libertad de empresa y su regulación por el derecho peruano. Fondo Editorial USIL.

Ignacio Firpo, Franco y Maximiliano Ríos, Federico. (2020). Contratos Asociativos. Trabajo de Investigación.