

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN
MAESTRIA EN DERECHO COMERCIAL**

**EL RENDIMIENTO GARANTIZADO EN LAS RELACIONES INTERNAS EN LOS
CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL
ACUERDO MARCO DE INVERSIÓN**

**JUAN DAVID OSSA BOCANEGRA
C.C. 80.066.685
PROMOCIÓN 2017 - 2018**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
AGOSTO DE 2021**

RECTOR: DOCTOR HERNANDO PARRA NIETO

SECRETARIA GENERAL: DOCTOR JOSÉ FERNANDO RUBIO NAVARRO

DIRECTOR DEL DPTO.: DOCTOR SAÚL SOTOMONTE S.

DIRECTOR DE LA TESIS: DRA. VICTORIA HOYOS LONDOÑO

PESIDENTE DE TESIS: DR. SAÚL SOTOMONTE S.

EXAMINADOR: DR. ANDRES MEDINA SALAZAR

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
1. LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL	8
1.1. Algunas Características de los Contratos de Colaboración Empresarial en Particular	12
1.1.1. La realización de un negocio jurídico único.	18
1.1.2. La heterogeneidad de los aportes.	21
1.1.3. La heterogeneidad de sus participantes.	23
1.1.4. La conmutabilidad en el lucro y las pérdidas o el riesgo.	26
1.1.5. La equivalencia relativa de las participaciones.	28
1.1.6. La dirección y control único	29
1.2. El Grupo Empresarial	32
2. DEL RENDIMIENTO GARANTIZADO EN LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL	38
2.1. Las distintas relaciones internas entre las partes del Contrato de Colaboración Empresarial	38
2.2. Algunas Características del Impuesto de IVA aplicables y su relación con los Contratos de Colaboración Empresarial	54
2.3. El Rendimiento Garantizado en los Contratos de Colaboración Empresarial	57
3. CONCLUSIONES	63
4. BIBLIOGRAFÍA	76

INTRODUCCIÓN

El derecho comercial y el derecho tributario tienen una relación especial, como dos especies separadas del Derecho, parece ser innegable que ambas ramas del derecho no siguen siempre los mismos procesos lógicos jurídicos por ejemplo en el desarrollo, ejecución y consecuencias de los contratos o por decirlo de otra forma, no se nutren en de la misma manera de los institutos generales del Derecho, sin embargo son dos áreas del conocimiento y la práctica jurídica que interactúan permanentemente¹, en especial no puede concebirse hoy al Derecho Comercial y a sus operadores sin que cada una de sus actuaciones sea considerada, analizada y sopesada en función a los efectos que en el mundo tributario ello conlleva, en palabras del profesor Pablo Andrés Córdoba Acosta, *“Realmente, hoy más que nunca el Derecho de sociedades se relaciona con materias como la tributaria -posiblemente las compañías son las que más impuestos pagan al Estado- (...).”*²; lo que además conlleva a tratar de equiparar los procesos evolutivos de ambas ramas del Derecho, de modo tal que los cambios que en uno se producen tengan una respuesta de tratamiento cierto en el otro.

Si bien, los Contratos de Colaboración Empresarial (en adelante CCE), no son figuras novedosas como género, el mundo globalizado y la rapidez con que las diversas transformaciones sociales y culturales nos llegan si permiten que especies dentro de ese gran género resulten innovadoras, y a su vez, necesidades económicas, de regulación y financiación del gasto, conllevan a modificaciones en las normas tributarias que afectan las concepciones tradicionales de las figuras creadas en el campo de los CCE.

Esta figura continúa siendo una válvula de escape a la rigidez y el formalismo de nuestros sistemas jurídicos y permite encontrar puntos en común con otros modelos jurídicos y especialmente para flexibilizarlos e igualar las herramientas con que nuestros Empresarios se enfrentan en un escenario económico mundial tan amplio y cambiante.

¹ “En la actualidad no puede concebirse ninguna institución de este sistema jurídico sin tener en cuenta sus implicaciones económicas”. REYES, Villamizar Francisco. Análisis Económico del Derecho Societario. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2013. Pág. xxiii.

² CÓRDOBA Acosta Pablo Andrés. El Derecho de Sociedades y el Gobierno de la Sociedad Anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2014. Pág. 31.

Así los CCE podrían considerarse una especie de híbrido, ya que por un lado para la ley civil y comercial constituyen un acuerdo que no alcanza a ser suficiente para dar a la luz a un ente independiente de sus partícipes, y sin embargo para la ley tributaria en algunos casos se les reconoce una capacidad contributiva independiente y los hace incluso sujetos de obligaciones; mientras que en otros casos esas responsabilidades tributarias, recaen directamente sobre las partes que conforman el CCE cualquiera que sea la forma específica usada; al respecto la Jurisprudencia ha señalado:

“(…)No obstante esa singular textura del contrato de cuentas en participación, que, sin lugar a dudas, lo diferencia del de sociedad, principalmente porque, como ya se precisó, su celebración no da lugar al surgimiento de una persona jurídica, con todo lo que ello supone(…)”³

Y aquí resulta interesante entender por qué algo que no tiene personalidad jurídica puede si tener una capacidad contributiva y a su vez asumir responsabilidades jurídicas; para comprenderlo algunos autores han hablado de una teoría denominada “*de la separación*”⁴, en la que los sujetos colectivos sin personalidad jurídica también pueden tener una capacidad jurídica económica restringida, en este caso se grava a los sujetos individualmente, pero para efectos tributarios se entienden como un solo sujeto, el CCE, como un sujeto con esa capacidad restringida, en particular será importante a efectos de este trabajo algunas características del impuesto de IVA en los CCE y como se extienden sus particularidades frente a las relaciones internas de los miembros de la asociación.

Otros autores que tratan de explicar tal dicotomía, diferencian entre el elemento subjetivo del hecho imponible y el sujeto pasivo, el cual siempre será una persona natural o jurídica, y que han sido denominadas por la doctrina como “*revisionistas*”.

Por último, se ha considerado por otros autores como PÉREZ DE AYALA, que los entes sin personería jurídica pueden ser contribuyentes, solo “*en la medida en que estos entes tengan una mínima regulación por parte de las otras ramas de derecho y que de tal*

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Sustitutiva. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente No. 05001-31-03-016-2002-00007-01 de 15 de diciembre De 2016.

⁴ MARÍN Elizalde, Mauricio y Castro Arango José Manuel. La Obligación Tributaria y sus Fundamentos Constitucionales. Editor Julio Roberto Piza Rodríguez. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2015. Bogotá D.C. pág. 386 y 387.

regulación se desprendan ciertos órganos que manifiesten una voluntad y permitan realizar negocios sancionados jurídicamente⁵.

Ciertamente la ley Colombiana, especialmente la tributaria, más allá de definir vía sujeto las capacidades o responsabilidades de cada uno, aunque en determinados casos lo hace de esta manera por ejemplo en el mismo artículo 18 del E.T. al decir expresamente que *“Los contratos de colaboración empresarial tales como consorcios, uniones temporales, joint ventures y cuentas en participación, **no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios**”*; repito más allá de estos eventos en los que expresamente vía elemento subjetivo determine las responsabilidades o calidades, pareciera inclinarse por la tesis del análisis del fondo de las relaciones que se producen al interior de un CCE para luego asignar los efectos jurídicos y económicos que dicha relación produzca a una de las partes, o bien a sus integrantes o al ente fruto del CCE, en especial al momento de analizar otros tributos diferentes al impuesto a la renta y complementarios.

Es este el espectro que en el presente trabajo tratará de analizarse y concluir cuáles son los elementos necesarios para que en una determinada relación al interior o con ocasión de un CCE pueda estar gravada, exenta o excluida del Impuesto al Valor Agregado (en adelante IVA) y en los supuestos en que se considere gravada o exenta en cabeza de quien radican las responsabilidades que la ley tributaria señala; porque aunque pareciera que con la reforma introducida en la Ley 1819 de 2016 al artículo 18 E.T. al agregar el inciso 3 *“Las relaciones comerciales que tengan las partes del contrato de colaboración empresarial con el contrato de colaboración empresarial que tengan un rendimiento garantizado, se tratarán para todos los efectos fiscales como relaciones entre partes independientes. En consecuencia, se entenderá, que no hay un aporte al contrato de colaboración empresarial sino una enajenación o una prestación de servicios, según sea el caso, entre el contrato de colaboración empresarial y la parte del mismo que tiene derecho al rendimiento garantizado”*, se hubiera solucionado este interrogante, continúan vigentes varios cuestionamientos, toda vez que dicha redacción desconoce en gran parte todas las relaciones que se presentan en los diferentes CCE, en los que algunos beneficios establecidos para alguna o todas las partes pudieran ser tomados como rendimientos

⁵ Citado por MARÍN Elizalde, Mauricio y Castro Arango José Manuel. La Obligación Tributaria y sus Fundamentos Constitucionales. Editor Julio Roberto Piza Rodríguez. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2015. Bogotá D.C. pág. 387.

garantizados o si tan solo basta que en dichos CCE se elimine de manera formal cualquier rastro de certeza para evitar el gravamen de ciertos actos.

Es necesario analizar que características debe reunir ese rendimiento para considerarse como garantizado, teniendo en cuenta que los CCE por su naturaleza de contratos atípicos necesariamente exigen una regulación integral de la mayoría de los intereses negociales y que a diferencia de otras figuras jurídicas es muy poco probable que las partes dejen espacios en blanco por cuanto no van a tener normas supletivas a las cuales recurrir.

1. Los Contratos de Colaboración Empresarial

Aunque suele decirse que es en el mundo contemporáneo que, los contratos de colaboración empresarial o todas las formas asociativas para el desarrollo de proyectos tienen su auge, no podemos olvidar que estos modelos de gestión de los negocios han estado presentes en el mundo de los negocios desde inicios del siglo pasado; podemos señalar que varias de las más importantes aventuras empresariales desde los tiempos de la revolución industrial tomaron la forma de contratos de colaboración empresarial e incluso si quisiéramos remontarnos más atrás, desde los modelos de conquista del continente americano existía un claro influjo de lo que hoy podemos denominar como varias características de un contrato de colaboración empresarial, “(...) *Si los pueblos indígenas no podían ser explotados, razonó la Virginia Company, quizá los colonos sí. El nuevo modelo de desarrollo colonial implicaba que la Virginia Company era la propietaria de la tierra. (...) A partir de 1618, se adoptó una estrategia radicalmente nueva. Como no era posible coaccionar ni a los lugareños ni a los colonos, la única alternativa que quedaba era dar incentivos a los colonos. En 1618 empezó el sistema de reparto de tierras por cabeza, que daba a cada colono adulto hombre cincuenta acres de tierra y cincuenta más por cada miembro de su familia y por cada sirviente que pudiera llevar a Virginia*”⁶.

Así los contratos de colaboración empresarial son un elemento que fluye con naturaleza en los modelos de economía de mercado, en la búsqueda de sinergias para el desarrollo de grandes empresas sin que ello constituya necesariamente que se consuman grandes capitales individuales que tal vez no bastarían para el desarrollo de tal actividad, en palabras del profesor FERNANDO FUEYO: “*Las razones que explican el “números apertus” de las formas de asociarse innominadamente, no son solamente de orden técnico – jurídico. Son más bien razones de económicas y comerciales, particularmente en una economía de libre mercado*”⁷.

Y a pesar de sus orígenes antiguos, esta figura hoy en día parece tener un nuevo vigor por cuenta de la economía del siglo XXI, esto es, los modelos económicos digitales y

⁶ DARON Acemoglu y James A. Robinson. Por qué Fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza. Traducido por Martha García Madera. Ediciones Deusto Novena Reimpresión. Bogotá D.C. 2014. Pág. 39 a 41.

⁷ FUEYO Laneri, Fernando. Los Contratos de Colaboración Empresaria y su Modalidad Complementaria de Contratos de Dominación. Editorial Jurídica Chile. 1991. Chile. Pág. 18 – 19.

colaborativos que no son más que esquemas de colaboración empresarial, por lo cual la relevancia de la figura es de suma importancia, así como sus implicaciones y efectos en los modelos tributarios, tanto de los Gobiernos como de los mismos empresarios o emprendedores.

Coinciden aquí varias figuras y conceptos generalizados del Derecho especialmente el relativo a las Sociedades, como son la Empresa, la Sociedad y el ánimo de lucro; conceptos estos que se han utilizado para tratar de diferenciar estas figuras y especialmente las nociones de colaboración empresarial y Sociedad, que bajo el influjo que las diversas teorías han dado a la prevalencia de la autonomía contractual y como la norma jurídica en diversos aspectos trata de cerrar ese espacio, así en opinión del Dr. CÓRDOBA, *“el principio general en materia de derecho comercial es que se puede estipular libremente con el límite de las normas imperativas que lo son por el interés jurídico y no por deducción de los intérpretes⁸”*, limite este que a juicio del mismo especialista puede ser determinado no solo por el Derecho de Sociedades, sino también por otras normas, al decir: *“el Derecho nacional de las sociedades comerciales está influido, incluso estructurado, por normas ajenas al Derecho privado (...)”⁹*, tal es el caso como veremos más adelante en este trabajo con la norma tributaria que no solo delimita aspectos del derecho de Sociedades sino de figuras con un claro espíritu de autonomía como los Contratos de Colaboración Empresarial.

Acerca de los diferentes tipos de Asociaciones y como el ánimo de lucro ha sido tradicionalmente el elemento relevante para determinar si se está ante una figura Societaria de aquellas desde la perspectiva del derecho tradicional y positivista del Derecho de Sociedades, la profesora Susana Pérez señala: *“(...) la noción de asociación se refiere a un género, dentro del cual será el legislador llamado a completar la obra del constituyente, el encargado de diversificar especies y consecuentemente, de caracterizar tipológicamente los diversos fenómenos agrupacionales que es posible incluir dentro de esa estructura genérica¹⁰”*, importa en este trabajo determinar a la luz de la norma fiscal cuáles serán esos

⁸ CÓRDOBA Acosta, Pablo Andrés. La Reactivación de Sociedades, en Del Derecho Comercial al Derecho del Mercado. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2013. Pág. 282.

⁹ CÓRDOBA Acosta, Pablo Andrés. El derecho de sociedades y el gobierno de la sociedad anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2014. Pág. 32.

¹⁰ PÉREZ Escalona, Susana. La Asociación y el Derecho de Sociedades: Una Revisión en Clave Contractual. Universidad La Rioja. Ed. Thomson Civitas. Pamplona, España. 2007. Pág. 45.

elementos que nos permitan determinar el carácter de la conducta asumida por las partes para encasillar ese comportamiento en una o en otra figura, toda vez que es insuficiente recurrir solamente a las características que la ley y la doctrina comercial han señalado para una figura en especial y de allí con secuencialmente predicar que para la norma tributaria se le debe otorgar tal tratamiento.

Sin lugar a dudas los CCE ofrecen un esquema mucho más ágil para ciertas clases de negocios que la forma Societaria tradicional, más aún en países como el nuestro en el que hasta hace unos pocos años y hasta antes de la expedición de la Ley 1258 de 2008 la conformación y operación de una Sociedad en Colombia bajo las reglas del Código de Comercio implicaban grandes costos de transacción para las partes involucradas en la celebración de un negocio y era especialmente difícil de entender el complejo universo de reglas que debían seguirse para su constitución y operación, al respecto resulta muy esclarecedor el trabajo del profesor FRANCISCO REYES¹¹.

Si se revisan rápidamente las diferentes legislaciones en las que exista alguna clase de regulación en menor o mayor medida del género de Contratos de Colaboración Empresarial, pueden observarse varios puntos en común que a su vez conforman los elementos esenciales de todo CCE cualquiera que sea la denominación que adquiera, como lo señala el profesor FUEYO estos son: *“Los contratos de colaboración empresarial están regidos: a) por las normas imperativas que incluyen los estándares de moral, buena fe e impedimento para obrar abusivamente; b) por la autonomía de la voluntad; c) por las normas generales, en cuanto sean compatibles con la finalidad y la economía del contrato. Los usos solo son relevantes cuando se adecuan a criterios valorativos¹²”*.

Una nota característica del derecho comercial o mercantil, es su profunda vinculación con las realidades económicas de la Sociedad, el enfoque característico del derecho comercial es de más libertad que en otras ramas del Derecho, en lo mercantil, el sistema jurídico ofrece tanto soluciones ordenadas a través de los diversos modelos contractuales que recogen las legislaciones, pero también permite con gran amplitud que se generen procesos

¹¹ REYES Francisco. The Colombia Simplified Corporation: An Empirical Analysis of a Success Story In Corporate Law Reform. Tomado de: <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1118&context=jlia>.

¹² FUEYO Laneri, Fernando. Los Contratos de Colaboración Empresarial y su Modalidad Complementaria de Contratos de Dominación. Editorial Jurídica Chile. 1991. Chile. Pág. 18.

creativos entre operación de las diversas actividades económicas entre sus agentes y de esta manera se pueda responder de manera mucho más ágil a los cambios que el sistema económico propone, prueba de ello es la cláusula general del artículo 1602 del Código Civil que establece: ***“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”***, (negritas fuera de texto); principio aplicable a la legislación comercial en virtud de la remisión que hace el mismo Código de Comercio en su artículo: ***“Art. 822. Aplicación de normas del derecho civil. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”***.

Es entonces como el Derecho Comercial ofrece una válvula de escape al rigorismo de las formas que en otras ramas del Derecho no resulta tan viable, y ello es así porque el objeto del Derecho Comercial deviene de la regulación del comercio, de los mercados, objeto este que por su misma naturaleza se alimenta de unas fuerzas dinámicas que hacen que los cambios se produzcan a una mayor velocidad que en otras materias, todo ello porque las necesidades económicas y mercantiles despiertan esa fuerza creadora de soluciones, o por su propio espíritu trans fronterizo hace que se nutra de los cambios que se observan en otras latitudes; la colaboración económica es un eje central del Derecho Comercial y a ello se ofrecen diversas soluciones, algunas proveídas completamente por el sistema jurídico y otras por los comerciantes dentro del marco general del Derecho; en palabras de un importante autor Norteamericano: *“Hay muchas formas de coordinar la actividad económica de dos o más personas. Un enfoque común sería que cada una de esas personas celebre un contrato con una tercera parte que asuma la coordinación mediante el diseño de contratos separados y -principalmente- mediante el ejercicio de la discreción otorgada a ella a través de dichos contratos. Una tercera parte que cumple con la función de coordinación es lo que generalmente se conoce como empresa”*¹³.

De esta manera se da desarrollo al principio Constitucional contenido en el artículo 333 y que no solo salvaguarda la iniciativa privada, sino que dota de protección a aquellas formas

¹³ HANSMANN, Henry y Reinier Kraakman. El rol esencial del derecho de las organizaciones. Traducido por Elva Moran Rodríguez. THĒMIS-Revista de Derecho; No. 46 (2003). Derecho Corporativo; 15-45. Tomado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/978>

que las personas adopten para la realización de sus actividades, estableciendo para el Estado cierta limitación de intervención y creando un gran marco de actuación para los particulares en el desarrollo de actividades económicas:

“ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación¹⁴”. (negritas y subrayado fuera de texto).

De acuerdo a lo señalado más arriba, como elementos comunes de todos los CCE, esto es el respeto de la buena fe¹⁵ y de las normas generales del Derecho y la autonomía contractual, reafirman este Principio Constitucional y dotan de toda validez en el sistema jurídico Colombiano a las más diversas y novedosas formas contractuales que adopten los sujetos de derechos para la realización de sus propósitos comerciales.

1.1. Algunas Características de los Contratos de Colaboración Empresarial en Particular

¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Tomado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>

¹⁵ “En los joint ventures las partes, se deben una a la otra, en cuanto la empresa existe, el deber de la más estricta lealtad. Muchas formas de conducta permisibles en la actividad diaria de los negocios para los que actúan independientemente son prohibidas para los que están ligados fiduciariamente. No la simple honestidad, sino los escrúpulos de la honra más sensible serán la medida de su comportamiento.” (Meinhard vs Salmon. 248 N.Y. 458. 164 E NE 54. 1928) Citado en: SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 51.

Sea de antemano preciso aclarar que no es objeto de este trabajo un análisis exhaustivo de las características o particularidades de las diferentes formas que en el mundo jurídico Colombiano se han aceptado como formas de CCE, ni tampoco rastrear a nivel mundial aquellas novedades jurídicas que encajan en el concepto de colaboración empresarial.

El enfoque aquí es analizar como se ha explicado en la parte introductoria, el impacto que los CCE están teniendo en el sistema tributario Nacional, en especial en lo relativo a la causación del impuesto de IVA, así como estudiar las diferentes relaciones internas que se suceden entre los partícipes de un contrato de colaboración empresarial y determinar las implicaciones que el artículo 364-1 del Estatuto Tributario cláusula general de no elusión, pueden tener en los contratos de colaboración empresarial, especialmente en los casos en que las relaciones internas no estén sujetas al impuesto de IVA; para lo cual nos vamos a concentrar en el estudio de uno de los múltiples CCE, muy utilizado en el mundo del negocio inmobiliario privado para el desarrollo de grandes proyectos de esa naturaleza, y que anticipándonos desde ya se enmarca dentro de lo que algunos doctrinantes¹⁶ catalogan como Contratos de Operación Conjunta.

El mundo inmobiliario es un escenario propicio para los CCE, puesto que allí encontramos la necesidad de convergencia de varias fuerzas negócias, con diferentes intereses, capacidad y fuerzas de negociación, por un lado tenemos la tierra o a los aportantes de la tierra, luego tenemos a los desarrolladores inmobiliarios que son los expertos en el negocio propiamente dicho y por último tenemos a los aportantes del capital, en ocasiones estas tres calidades se confunden en solo dos figuras, pero es usual encontrar las 3 partes en un típico negocio inmobiliario cuya estructura principal se desarrolla a través de un CCE especialmente cuando nos encontramos involucrados en el desarrollo de grandes extensiones de terreno que implican grandes aportaciones de capital; por supuesto que el CCE más adelante da pie a desarrollos contractuales típicos y nominados en nuestro país como el contrato de fiducia mercantil en la modalidad inmobiliaria, que será el paraguas contractual bajo el cual se construya el proyecto inmobiliario, se venda el mismo a los terceros adquirentes y se enajenen las unidades inmobiliarias resultantes, pero no es este el caso que aquí nos ocupa.

¹⁶ LE PERE, Sergio. Joint venture y sociedad. Acuerdos de coparticipación empresarial. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2008.

Por lo general los negocios inmobiliarios, especialmente cuando involucran Compañías foráneas llevan aparejada la celebración de un CCE, en este que para el caso del presente trabajo denominaremos Acuerdos Marco de Inversión (AMI), es la regulación completa de los riesgos de la asociación, los porcentajes de participación de las partes en los riesgos, en los diferentes tipos de aportes y en las distribuciones de las diferentes utilidades o remuneraciones que se generen con la actividad que se pretende llevar a cabo con el contrato; regulaciones estas que hacen parte de las características básicas de todo CCE cualquiera que sea su especie como se verá más adelante.

En la doctrina a nivel mundial¹⁷ se ha considerado que los CCE cualquiera que sea la forma que adopten, tanto en el plano de coordinación, Joint venture, Cuentas en participación, Unión temporal, Consorcio, Acuerdos Marco de Inversión, Contratos de Operación Conjunta, Agrupaciones de Colaboración, Unión Transitoria de Empresas Grupos de Interés Económico, como en el plano de la subordinación, Acuerdos de Integración Vertical, Grupos

¹⁷ Las legislaciones de estos países han reglamentado las formas intermedias de agrupación empresaria, con figuras concretas para las diferentes formas de colaboración: Argentina, en los artículos 367 a 383 de la Ley de Sociedades Comerciales; Brasil, en los artículos 278 y 779 de la Ley 6.404 de Sociedades Anónimas; Francia, en la Ordenanza 67-821 del 23 de septiembre de 1967 y la Circular Interna ministerial del 21 de junio de 1977 e Italia en el artículo 2602 y siguientes del Código Civil; e incluso en la jurisprudencia relacionada con los joint ventures

El joint venture es una unión o agrupación de dos o más personas, naturales o jurídicas, sin el propósito de formar una sociedad, para realizar una operación concreta en búsqueda de beneficios, asumiendo los riesgos que le son propios.

Este sistema ofrece múltiples ventajas, sobre todo en países en vías de desarrollo, pues de esta manera se logran fusionar capitales nacionales y extranjeros para realizar proyectos que de otra manera no serían posible. Veamos algunas de esas ventajas:

— Permite a los participantes cambiar su aptitud y capacidad técnica, para llevar a buen término el proyecto para el cual se han unido.

— Los riesgos y las cargas financieras del proyecto resultan más llevaderos.

— Se pueden realizar obras, que por su costo y complejidad, no podrían realizarse por una sola empresa.

— Tratándose del international joint venture, resultan muy atractivos los beneficios para el participante extranjero, pues se facilita su acceso al mercado y puede contar con mayores conocimientos del ambiente cultural, político y mercantil del país en donde piensa llevarse a cabo el proyecto.

— La empresa local se beneficia de la capacidad tecnológica y financiera de la empresa extranjera.

— Se agiliza la realización del proyecto, debido a la simplificación de formalidades para su celebración.

— Rompe el tradicional esquema que para toda actividad seria y organizada de colaboración en un proyecto determinado, se precisa de un modelo societario.

— Permite la colaboración del capital nacional y extranjero.

— En general, el joint venture es un medio indispensable para el logro de una gran concentración de recursos financieros, económicos, de conocimientos y habilidades para la realización de proyectos de construcción a gran escala y, en general, para todo proyecto y obra que implique grandes esfuerzos. ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos. Editorial Legis. Séptima Edición 2012. Primera Reimpresión. 2013. Bogotá D.C.

Económicos, etc.; se encuentran unas notas características del género de CCE o Acuerdos Empresariales según la terminología que se use y que se denominan como notas distintivas de los CCE, y que en palabras del profesor ZALDIVAR, *“estos contratos son producto, precisamente, de acuerdos empresariales que tienden a establecer, organizar y desarrollar operaciones en las que tienen total o parcialmente intereses comunes, con un reparto o división del trabajo entre los partícipes para el cumplimiento de la finalidad que los agrupa”*¹⁸.

En igual sentido se ha pronunciado la H. Corte Suprema de Justicia en varias ocasiones, al señalar respecto de los CCE:

“Pese a su usanza en el tráfico económico, no ofrece el derecho positivo patrio una categoría jurídica precisa para las relaciones de colaboración entre empresas que conservan su estructura orgánica e independencia jurídica. Diversas legislaciones foráneas, por el contrario, se han encargado de reglamentar variados instrumentos o modalidades negócias mediante los cuales puede canalizarse esa ayuda, como ocurre con las agrupaciones de colaboración, consagradas por la normatividad argentina, en la legislación sobre sociedades comerciales -ley 19.500, arts. 367 a 383, reformada por la ley 22.903-; la unión transitoria de empresas, incorporada por la misma legislación, en la reforma general al régimen de sociedades; los grupos de interés económico de los que trata, en Francia, la ordenanza N. 67-821 del 23 de septiembre de 1967, y el consorcio, regulado en Italia por el art. 2602 del Código Civil, y en Brasil por la ley 6404 de 1976, sobre sociedades por acciones. La jurisprudencia norteamericana de finales del siglo XIX, por su parte, perfiló los llamados joint ventures.

El consorcio, que es una expresión de esas formas de colaboración, presupone entonces la acción concordada de un número plural de sujetos. En la legislación brasileña se le concibe como una fórmula contractual, mediante la cual acuerdan sus integrantes aunar esfuerzos con miras a realizar determinada actividad, principalmente la construcción de una obra o la prestación de un servicio, sin que la estructura así constituida goce de personalidad jurídica. Son

¹⁸ ZALDIVAR, Enrique. Rafael M. Manovil. Guillermo E. Ragazzi. Contratos de Colaboración Empresaria. Editorial Abeledo Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires. 1989. Pág. 176.

entonces sus miembros quienes se obligan en las condiciones preestablecidas en el contrato, sin que se presuma solidaridad entre ellos, aunque puede ser objeto de estipulación expresa -arts. 207 y 208 ley de sociedades anónimas de 1976-.

Aunque en la práctica es el instrumento de cooperación del cual se sirven personas con actividades afines, que temporalmente y sin el ánimo de asociarse resuelven conjuntar esfuerzos para ejecutar determinado negocio, sin que se interfiera su organización jurídica o económica, en el derecho privado patrio no han sido objeto de regulación, constituyendo por ende una modalidad atípica de los denominados por la doctrina, contratos de colaboración, por el cual dos o más personas convienen en aunar esfuerzos con un determinado objetivo, consistente por lo general en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, sin que se establezca una sociedad entre ellos, puesto que no se dan los elementos esenciales del contrato de sociedad, amén de conservar cada cual su personalidad y capacidad para ejecutar las actividades distintas del negocio común. En otras palabras, se trata de "una unión formada para la gestión o la defensa de intereses comunes, sin llegar a constituir una sociedad" (C.S., G. Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá. T. 1985. P. 88), particularidades que por ende le confieren una naturaleza jurídica propia, una estructura singular que impide confundirlos con figuras como las cuentas en participación o la sociedad de hecho, pese a las aproximaciones que a primera vista pudieran avizorarse entre ellas.

Así, aunque el contrato de cuentas en participación es, como el consorcio, un pacto de colaboración económica, que no origina una persona jurídica distinta de los contratantes, no existen en el consorcio, como sí los hay en aquél, participantes ocultos, ni se agota su objeto con la gestión del partícipe gestor, puesto que los consorciados buscan conjugar esfuerzos con una finalidad común a la que todos deben prestar su concurso, responsabilizándose solidariamente por los compromisos que de allí surjan, mientras que en el primero el partícipe activo es el único que se obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal. La sociedad de hecho, a su turno, lo mismo

que el consorcio, no da origen a un sujeto de derechos diferente a sus miembros. Sin embargo, a diferencia de éste, y como toda sociedad, debe tener un capital constituido por los aportes de los socios, que no es imprescindible en el consorcio, y se encamina a la obtención de una utilidad repartible entre aquéllos, objetivo que en el consorcio se enfoca más al favorecimiento de sus partícipes que a una ganancia patrimonial divisible. Por lo demás, es propio de los socios de hecho pedir en cualquier tiempo la liquidación de la sociedad, mientras que, en el consorcio, como contrato de duración que es, sus integrantes deben someterse al plazo fijado para su duración.

En el derecho público se hace referencia a los consorcios, definiendo sus elementos constitutivos para los fines de la contratación estatal, sin establecer su régimen jurídico. Así, el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública "ley 80 de 1993-, como lo hacían el derogado estatuto contractual de la administración pública y el decreto 222 de 1983, dispone que "pueden celebrar contratos con las entidades estatales, las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales los consorcios y uniones temporales art. 6º-, y relativamente a los primeros prevé que para los efectos de dicha normatividad, se entiende por consorcio "cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato", y que "en consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman" "art. 7º-¹⁹."

Esas características comunes a todo CCE y que se observan también en los AMI de los negocios inmobiliarios son:

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2006. Referencia: Expediente No 88001-31-03-002-2002-00271-01

1.1.1. La realización de un negocio jurídico único.

No debe confundirse este elemento con una unificación de los intereses u objetivos de todos los participantes; es decir cada parte debe continuar conservando su individualidad y por ende sus objetivos empresariales continúan intactos, lo que es muy diferente a que el CCE debe tener un objeto único; así las partes involucradas en el CCE pueden y deben continuar desarrollando sus actividades empresariales, los que pueden incluso ser antagonistas en uno o varios mercados de otros de los partícipes del CCE; por lo tanto no puede confundirse el CCE con los grupos de subordinación o por control externo dominante; en otras palabras, la autonomía de cada parte no se limita sino única y exclusivamente con respecto al negocio jurídico del CCE y no de manera general a todas sus actividades empresariales; de lo contrario estaríamos en presencia de una figura jurídica diferente al CCE.

De esta manera en el desarrollo de un AMI encontramos que una de las partes tiene como objeto social i) el desarrollo y construcción de proyectos urbanísticos y otra ii) a actividades de consultoría o gestión o financieras y por último una tercera iii) podrá ser simplemente una sociedad tenedora de activos con un objeto social amplio o indeterminado como hoy en día lo permite la ley 1258 de 2008; sin embargo, pese a coexistir esos tres objetos o negocios diferentes, al momento de celebrar el AMI sus intereses confluyen en uno solo:

“2.1. En razón del presente Acuerdo, las Partes convienen en unir sus esfuerzos basados en su capacidad profesional debidamente verificada entre las Partes, para la estructuración, construcción, comercialización, ejecución y desarrollo del Proyecto, a través de un Patrimonio Autónomo, el cual tendrá las finalidades previstas en el presente documento.

2.2. Con tal propósito, el presente Acuerdo pretende regular los términos y condiciones vinculantes bajo los cuales las Partes: (i) darán cumplimiento a sus obligaciones y responsabilidades frente al Proyecto; (ii) definirán los términos y condiciones bajo los cuales se estructurará y funcionará el Patrimonio Autónomo para el desarrollo del Proyecto; (iii) determinarán las actividades y los roles que cada una asume, durante las diferentes etapas del Proyecto, (iv) realizarán los Aportes que a cada una corresponde; y (v) determinarán su participación en el Proyecto, y, en consecuencia, los derechos económicos que

a cada una corresponde con ocasión de dichos Aportes y Actividades, en los eventos acordados²⁰”.

Tampoco sería viable entender que cuando nos referimos aquí a la realización de un negocio jurídico único, es equivalente a señalar que el objeto del CCE debe ser una única actividad, porque de lo contrario llegaríamos al absurdo de tener que suscribir varios CCE para ejecutar el negocio; la realización de un negocio comporta necesariamente la ejecución de muchas actividades comerciales, piénsese por ejemplo en la unión de varios empresarios para construir una vía, caso en el cual se realizarán varias tareas como adquisición de predios, consultoría de diseños, compra de materiales, contratación de personal, etc.

Lo que se trata aquí de precisar es que a diferencia de la Sociedad, el CCE no puede tener como objeto la realización de varios negocios jurídicos o actividades empresariales; puesto que esto es uno de los aspectos que lo diferencia de la constitución de una Sociedad²¹; la unión para el desarrollo de varios objetos, implica un ánimo de asociación perdurable, característica que difiere de los CCE en los que el ánimo presente es el de la temporalidad, así la vigencia del contrato sea bastante larga en el tiempo²².

El CCE es en este caso un nodo de contratos²³, para utilizar la terminología que emplean algunos autores Norteamericanos, para indicar que a partir de este que contiene el objeto

²⁰ **N. del Autor.** El presente texto es tomado directamente de un modelo de Acuerdo Marco de Inversión elaborado por el autor en su trabajo como abogado para una de las Compañías involucradas en el negocio. Se omiten detalles específicos del acuerdo, así como nombres de las partes debido a los acuerdos de confidencialidad existentes. A lo largo del presente trabajo se traerá apartes similares de diferentes AMI para reforzar alguna consideración.

²¹ “La principal diferencia es que la naturaleza ad hoc del joint venture se aplica a una sola operación a diferencia de las que se forman para la conducción de negocios continuados. (West Vs People First National Bank and Trust Co. 387 Pa 275, 146 A 2d 427, 1957.) Citado en SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 73.

²² “Otra característica singular del contrato es el plazo, ya que el término está estrechamente ligado al objeto de la operación. De donde resulta que el plazo puede ser claramente convenido por las partes; puede ser determinable y puede estar supeditado al tiempo que requiera el proyecto específico a realizarse.”. SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 74.

²³ En la literatura económica, una empresa se caracteriza a menudo como un nexo de contratos. Como se utiliza comúnmente, esta descripción es ambigua. A menudo, se invoca simplemente para enfatizar que la mayoría de las relaciones importantes dentro de una empresa (incluyendo, en particular, la que hay entre los propietarios, administradores y empleados de la empresa) son esencialmente de carácter contractual y, por tanto, basadas en el consentimiento, en vez de involucrar alguna forma autoridad de mando y control fuera del contrato. ARMOUR, John. Hansmann

central causa de la unión de esfuerzos comunes, se van a derivar múltiples relaciones comerciales e industriales que tienen como fin preciso la realización de ese objeto mediante la coordinación de las capacidades que cada miembro aporta.

En el ejemplo que traemos a colación el AMI suscrito implicaba la celebración de varios negocios jurídicos entre ellos compra venta de bienes inmuebles, constitución de fiducia mercantil en la modalidad inmobiliaria, así como diversos contratos de obra y de suministro para la construcción y desarrollo del proyecto y de seguros:

“Para las labores de construcción del Proyecto, deberá constituir (XXXXX o el tercero contratado por ésta para la ejecución de dichas labores) las pólizas de seguros que ordinaria y usualmente se exigen en este tipo de contratos, que incluyen pero sin limitarse, (i) póliza de cumplimiento de las actividades de construcción, (ii) póliza de responsabilidad civil extracontractual, (iii) póliza de estabilidad del inmueble, (iv) póliza de salarios y prestaciones sociales, y (v) póliza todo riesgo constructor. Las anteriores pólizas deberán constituirse con cargo a los costos y gastos del Proyecto (excepto por las pólizas de cumplimiento de que trata el numeral (i) y de salarios y prestaciones sociales de que trata el numeral (iv), las cuales deberán ser asumidas por XXXXX y/o el tercero contratado por ésta para la ejecución de dichas labores). El valor de estas pólizas deberá ser de por lo menos el veinte por ciento (20%) del valor de cada contrato y su vigencia será por la duración de cada contrato, más los términos que comercialmente se establecen para cada tipo de póliza de seguros. Por su parte, en las pólizas indicadas en los numerales (i), (iii) y (iv) los beneficiarios de las mismas deberán ser el Patrimonio Autónomo y XXXXX. Las mencionadas pólizas de seguros podrán ser tomadas por XXXXX a través del programa global de pólizas de seguros que ha contratado XXXX”.

De esta manera, el objeto del negocio se convierte en la definición misma del negocio, a la cual se suman los alcances del negocio o proyecto a desarrollar, siendo este último

Henry y Kraakman Reinier. Los Elementos Esenciales del Derecho Corporativo. ¿Qué es el Derecho Corporativo?. Revisat Ius Veritas. No. 53. Diciembre 2016. Traducción Augusto Tomás Hostia Cardeña. Tomado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16543/16889>.

elemento aquel que comporta la realización de varias y diversas actividades todas ellas enfocadas en la realización de la definición del negocio u objetivo central.

Y es que esta característica pone de relieve que la constitución del CCE no declina de ninguna manera la independencia que mantienen las partes en sus obligaciones, tanto es así que a nivel fiscal cada una debe efectuar sus correspondientes declaraciones y en ningún momento la figura del CCE cualquiera que sea la modalidad adoptada la sustituye, así se ha pronunciado en innumerables ocasiones la DIAN en sus conceptos:

“(…) los consorciados o partícipes en un contrato de colaboración empresarial declararán de manera independiente los activos, pasivos, ingresos, costos y deducciones que les correspondan, de acuerdo con su participación (...)

Siendo así los consorciados deberán reconocer de manera independiente los ingresos correspondientes según su participación en el contrato, así de manera privada se acuerde que solo una de las partes desarrollará la actividad generadora de renta”²⁴.

1.1.2. La heterogeneidad de los aportes.

Una de las notas más distintivas de los CCE frente al contrato de Sociedad, lo constituyen sin lugar a dudas la heterogeneidad de los aportes de las partes del Contrato, teniendo en cuenta que se trata de una suma de esfuerzos, es claro que los aportes de las partes van a ser disímiles pero complementarios.

En la Sociedad Comercial, los constituyentes aportan usualmente un capital que debe ser necesario, y en caso de no serlo, deberán efectuar aportes adicionales, y a partir de ese capital entregado, la Sociedad busca y obtiene los demás elementos necesarios para el desarrollo de la empresa.

Pero en el CCE, los aportes no se reducen a dinero, por lo general, este elemento no es el ingrediente sustancial para que surja la necesidad de acudir al CCE, las partes en este caso

²⁴ Concepto DIAN No. 3459 de 2019. Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Tomado de https://www.pwcimpuestosonline.co/co/index.php?id_cms=14&controller=cms&id_lang=4.

buscan a otros empresarios o personas que sumen a sus debilidades para el desarrollo del negocio, en estos casos suelen tener mayor importancia aspectos como la capacidad tecnológica, el know how en determinada actividad o la experiencia en un campo específico, que el aporte de capital, especialmente tratándose de CCE de tipo internacional.

Así el aporte de las partes resulta heterogéneo en la medida en que tiene por objeto sumar capacidades para generar una capacidad integral en la ejecución del negocio objeto del CCE, y es esta la nota diferente frente al contrato de Sociedad en donde muy al contrario existe una homogeneidad en los aportes, básicamente limitada al aporte de dinero.

Esta característica es fundamental en los AMI en el mundo de los negocios inmobiliarios, puesto que es precisamente esa hibrido en los aportes que lleva a la necesidad de la alianza entre las partes:

Tierra + Conocimiento + Capital

Esa ecuación se ve reflejada claramente en los AMI que se celebran para esta clase de negocios:

“TERCERA
APORTES Y PARTICIPACIÓN DE CADA UNA DE LAS PARTES

Las Partes realizarán los Aportes al Proyecto tal como se indica a continuación:

3.1. *Aportes de XXXXX al Proyecto:*

XXXXX aportará al Proyecto por concepto de Equity, el cincuenta y uno por ciento (51%) del Valor Total de Capital Requerido para el Proyecto, que para la Fecha de Firma las Partes han estimado corresponde a la suma de seis mil cuatrocientos cuarenta millones trescientos cuarenta mil pesos (COP\$6.440.340.000), pero que en todo caso podrá variar de acuerdo con las necesidades de capital del Proyecto, manteniendo

siempre el porcentaje de participación sobre el Equity del cincuenta y uno por ciento (51%).

(...)

3.2. Aportes de los XXXXX:

XXXXX ha aportado al Proyecto, por concepto de Equity, el cuarenta y nueve por ciento (49%) del Valor Total de Capital Requerido para el Proyecto, que para la Fecha de Firma corresponde a la suma de seis mil ciento ochenta y siete millones setecientos setenta y siete mil pesos (COP\$6.187.777.000), pero que en todo caso podrá variar de acuerdo con las necesidades de capital del Proyecto, manteniendo siempre el porcentaje de participación del cuarenta y nueve por ciento (49%), porcentaje que será reconocido por el Patrimonio Autónomo como porcentaje de los bienes fideicomitidos”.

1.1.3. La heterogeneidad de sus participantes.

Como un reflejo de la anterior característica, la disparidad de los aportes en los CCE, conlleva a una variedad también de los participantes en el CCE, como un esquema que conlleva necesariamente el reparto de las tareas y por ende de los riesgos y beneficios. Todos los participantes del CCE comparten a su vez la propiedad de la inversión y el riesgo, propiedad que debe entenderse, no en los términos estrictos de nuestra legislación como atributos de la propiedad²⁵, la cual cada uno tendrá pero solo respecto de su propio aporte²⁶.

²⁵ “Hay un conjunto de tareas y de aportes al objeto del negocio que son compartidos. Es necesario recordar que el sistema jurídico dentro del cual surge esta figura (common law) reconoce dos formas de propiedad; los llamados legal property o derechos legales y los equity property o propiedad por equidad; y aunque esta delimitación reduce los tipos de propiedad, es una división institucional mucho más elástica que el rígido esquema nuestro sistema latinoamericano, ya que permite que una persona pueda actuar como propietario o compartir una propiedad, sin tener los atributos del propietario, por lo menos en la acepción romano-germánica”. SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 56.

²⁶ Asociándose a los resultados de la operación, se tiene la certeza que las partes desenvolverán su capacidad y cuidados para la realización de la obra. Las joint ventures así creadas revisten, entonces, la forma de una relación en la que los riesgos se comparten o se enfrentan de manera conjunta”. SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 55.

4.1. “XXXXX por su especial conocimiento y experiencia en el mercado y en sector realizará las siguientes Actividades:

- a) Realizar las labores de gerencia del Proyecto, para lo cual deberá designar un gerente de proyecto con dedicación exclusiva al Proyecto, quien debe ser el contacto para la totalidad de los temas del Proyecto, quien además deberá contar con la experiencia e idoneidad para el desempeño de dichas labores. Avenida tendrá derecho de solicitar que se reemplace la persona, si a su entera discreción, la misma no cumple con la experiencia requerida y/o no desempeña a su entera satisfacción sus labores.
- b) Realizar las labores de comercialización del Proyecto.
- c) Realizar por sí misma las labores de construcción del proyecto.
- d) Participar en el Comité Directivo del Proyecto.
- e) Manejar el personal a su cargo y cumplir con las obligaciones que se deriven de la relación jurídica que exista con dicho personal.
- f) Presentar un reporte mensual al Comité Directivo, en el cual realice una relación de las Actividades que ha desarrollado durante el respectivo mes y los costos de las mismas”.

Pero la heterogeneidad de sus participantes se observa además de esta consecuencia natural y casi obvia, en que las partes del CCE pueden provenir de sectores en principio muy diferentes entre sí, y que por la necesidad de sumar esas capacidades resultan coligados en el CCE, lo que a su vez le otorga la característica de ser un contrato *intuitio personae*²⁷.

Esta condición hace además resaltar otra característica de este contrato, y es la confianza que debe existir entre los socios y que como veremos más adelante se relaciona igualmente con la gestión y dirección del negocio, y que hacen suponer que las obligaciones de las

²⁷ “El negocio nace por la voluntad de las partes y la relación entre ellos es tal que se busca que nadie más intervenga en él, debido a que el propósito de una acción conjunta significa mutua confianza entre los sujetos en función de la especialización del negocio o la tecnología que aportan los contratantes. SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 77.

partes en este contrato especialmente las que tienen a su cargo la dirección del negocio sean calificadas con un estándar superior al de la simple buena fe:

“Las partes se deben la más alta lealtad y muchos actos o formas de conducta posibles en otra relación contractual están prohibidos para los sujetos vinculados con esta operación. Esta es una característica propia del common law y de una rigidez que no ha sido quebrada por la jurisprudencia norteamericana. Al igual que los otros elementos que se describen, la mutua lealtad es la que posibilita la confianza entre los sujetos y la que permite que puedan actuar con los márgenes de liberalidad que posibilita la característica mutual agency”²⁸.

En este tipo de acuerdos la buena fe es un elemento esencial que irradia todo el negocio, por tal razón los estándares bajo los cuales se mide la gestión de las partes especialmente de aquellas que tienen la gestión del negocio es mayor y resulta ser muy común que se pacten modelos de salida bajo condiciones más estrictas que las de la regulación comercial, a modo de ejemplo:

“En estos eventos, esto es, de presentarse la causal objetiva o el incumplimiento que da lugar a la remoción, y si es decisión de XXXXX y/o del Patrimonio Autónomo, ejercer dicha facultad, XXXXX podrá, a su entera discreción, devolver la totalidad de las sumas aportadas por Entorna al Proyecto por concepto de Aportes, el cien por ciento (100%) los honorarios causados hasta la fecha y la parte proporcional de las utilidades generadas según el grado de avance del proyecto, según las mismas se encuentren reflejadas en la contabilidad del Proyecto, sumas sobre las cuales XXXXX reconocerá una indexación al Índice de Precios al Consumidor de los últimos doce (12) meses contados a partir del momento de ejercer la facultad de remoción. En este caso, el presente Acuerdo se dará por terminado de manera anticipada con XXXXX que incurrió en el incumplimiento o no alcanzó la meta dentro del rango previsto, sin que XXXXX y/o el Proyecto estén obligados al pago de indemnización, compensación o retribución alguna, diferente a los honorarios o ingresos causados por la Actividad hasta el momento de la remoción, a favor de XXXXX”.

²⁸ SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 78.

1.1.4. La conmutabilidad en el lucro y las pérdidas o el riesgo.

Para el caso del presente trabajo, este elemento resulta fundamental, toda vez que la discusión se va a centrar precisamente en la determinación de si una remuneración específica para alguna de las partes del CCE deja de ser un alea y pasa a ser un pago fijo hecho generador de un tributo.

En los CCE si bien en principio las partes participan de los beneficios y los riesgos o pérdidas del negocio en función a su participación, también es posible dada la amplitud de estipulación de la figura²⁹, es posible que las partes pacten en favor de una de ellas un mayor o menor beneficio o una menor o no participación de las pérdidas o de ciertos riesgos, *“Respecto a las pérdidas no es esencial o no está en la naturaleza del contrato, que las partes acuerden dividirse las pérdidas, ya que ellas pueden, incluso, acordar que todos participen en las utilidades, pero que solo algunos soporten las pérdidas. Así se deduce de la jurisprudencia uniforme de los tribunales norteamericanos. Como se ve, este asunto, por el cual una de las partes no participa de las pérdidas, es un rezago del partnership³⁰”*.

Lo anterior resulta fundamental y además ha sido de igual opinión en la jurisprudencia Colombiana, toda vez que *“la Jurisprudencia ha tratado de definir las características propias de estas asociaciones, indicando que debido a que no implica ningún tipo de contrato, los socios tienen una responsabilidad compartida, igualitaria, ya sea que se presenten consecuencias positivas o negativas en la ejecución del contrato.(Corte Suprema de Justicia, 1936)³¹”*; de esta manera todo contrato de Colaboración Empresarial sin importar

²⁹ “Renunciabilidad e irrenunciabilidad de derechos. Arts. 15 y 16 C.C. **ARTICULO 15. RENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS.** Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia. **ARTICULO 16. DEROGATORIA NORMATIVA POR CONVENIO.** No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.” Código Civil de Colombia. Tomado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

³⁰ “Basándonos en la definición concebida en la Partnership Act (1890) y de la Uniform Partnership Act (1914), podemos entender la partnership como la relación entre dos o más personas destinada a realizar un negocio del cual las partes gozarán de las utilidades y responderán por las pérdidas, reconociéndoles un patrimonio propio. No significa el nacimiento de un ente jurídico diferente, sino que se entiende así como una ficción para fines prácticos solamente. SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 43 y 77.

³¹ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-039514 Del 06 de junio de 2012. ASUNTO: La Superintendencia de Sociedades no tiene competencia para determinar la validez de los contratos de Joint venture. - 2012-01-113968. Tomado de:

la figura que adopte, necesariamente va a incluir la regulación o identificación de los porcentajes de participación de las partes en los riesgos.

“QUINTA

INGRESOS DE LAS PARTES Y PRELACIÓN DE PAGOS

Por sus Aportes y Actividades en el Proyecto, las Partes recibirán, con cargo a los recursos del Patrimonio Autónomo, las sumas que se indican a continuación, atendiendo la siguiente prelación en los pagos:

5.1. *A favor de XXXXX:*

Por las labores de Interventoría, sean éstas realizadas por XXXXX directamente o por un tercero por ella designado, recibirá una remuneración igual a la suma que resulte de calcular el uno por ciento (1%) sobre las Ventas Reales del Proyecto.

5.2. *A favor de XXXXX :*

(i) *Gerencia del Proyecto: XXXXX realizará las gestiones de gerencia del Proyecto, por lo cual recibirá una remuneración igual a la suma que resulte de calcular el dos punto cinco por ciento (2.5%) sobre las Ventas Reales del Proyecto.*

(ii) *Construcción del Proyecto: XXXXX realizará las gestiones de gerencia del Proyecto, por lo cual recibirá una remuneración igual a la suma que resulte de calcular el cuatro punto cinco por ciento (4.5%) sobre las Ventas Reales del Proyecto.*

(iii) *Comercialización del Proyecto: XXXXX realizará las gestiones de gerencia del Proyecto, por lo cual recibirá una remuneración*

igual a la suma que resulte de calcular el tres por ciento (3%) sobre las Ventas Reales del Proyecto”.

Y esta regulación de los ingresos y de los riesgos que van a compartir y asumir las Partes no es sólo opinión de la Jurisprudencia, al respecto la NIIF 11 (Acuerdos Conjuntos) también prevé que en los contratos o acuerdos contractuales uno de los elementos que normalmente debe hacer parte de esto es: *“La forma en que las partes comparten los activos, pasivos, ingresos de actividades ordinarias, gastos o resultado del periodo, relativos al acuerdo conjunto³²”.*

1.1.5. La equivalencia relativa de las participaciones.

A diferencia del contrato de Sociedad, los aportes de cada una de las partes en el CCE pueden tener un criterio de valoración muy diferente al de la valuación en función a su valor monetario, teniendo en cuenta la gran variedad de contribuciones que pueden darse al interior del CCE, desde el capital hasta la transferencia de conocimiento, o la asistencia técnica o la entrega de tierras, estos insumos necesarios todos ellos para el desarrollo y ejecución del negocio, pueden ser valorados no en función a su valor intrínseco, sino también incluir pautas que midan otros elementos como la oportunidad o la escasez; el profesor Aníbal Sierralta, así lo expresa al decir: *“Este es un contrato que tiende a satisfacer los intereses y necesidades de las partes, pero esta muchas veces, en el ámbito comercial, pueden tener diferentes matices como, por ejemplo empresas que buscan ingresar a un nuevo mercado u otras que simplemente quieren demostrar y ostentar un primer puesto en tecnología en determinado sector, que posteriormente dará paso a que dicha empresa logre su más anhelado objetivo mientras que las utilidades obtenidas no le resultan particularmente sustantivas, en un primer momento³³”.*

En el caso de los AMI la equivalencia relativa de las participaciones se observa claramente en los instrumentos de valoración de las aportaciones de la i) tierra y del ii) conocimiento para equipararlos al aporte monetario del capital, es decir, especialmente tratándose del

³² NIIF 11. Apéndice B4. Tomado de: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/niif-2019/NIIF%2011%20-%20Acuerdos%20conjuntos.pdf>

³³ SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 76.

aporte que hace el desarrollador inmobiliario quien aporta su conocimiento y experiencia en el sector, este valora ese *know how* a través de un mecanismo que le permita equiparar su aporte al del capital o al de la tierra.

1.1.6. La dirección y control único

Siendo los CCE un esquema de operación bastante amplio y ágil para enfrentar la diversidad de asuntos y actividades mercantiles del día de hoy, la posibilidad de que cada Parte intervenga en la gestión de la operación hace parte de sus características, sin embargo para asegurar un claro éxito del mismo suelen distribuirse las actividades con un líder, gerente, gestor o desarrollador principal que adelanta las tareas y las demás partes como controladores de esa ejecución³⁴.

“En los joint ventures entre particulares parece haber mayor estabilidad-; siendo bien ejecutada la operación no ocurren comúnmente disputas por el poder. Éstas surgirán por otros motivos, a veces ajenos a la voluntad de los participantes, y que harán que la relación inicial cambie por otra más adecuada a las nuevas circunstancias, o incluso que ocasionen la desaparición del joint venture o la salida de uno de los co-venturers desinteresados en continuar³⁵”.

Este es un criterio evidente en todos los CCE, la coexistencia de dos o más empresas no es contraria a la idea de un control único o incluso a que el control del negocio se deslinde en cabeza de varios de sus partícipes:

En realidad, el criterio de la "empresa común" a dos o más empresas podrá cumplirse independientemente de las formas jurídicas revestidas por la organización empresarial. La Comisión no hace de la forma jurídica un criterio de definición de la noción de joint venture. Desde esta perspectiva, para que

³⁴ “Esta nota distintiva nace juntamente con el joint venture cuando las partes se obligan ilimitada y solidariamente frente a terceros; haciendo que de igual manera mantengan el control de la operación toda vez que el error de una de las partes no solo acarrearía un desequilibrio en el negocio sino también responsabilidad frente a terceros”. SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 75.

³⁵ SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 274.

una determinada alianza sea calificada de "empresa en participación" no será necesario constituir una entidad societaria con personalidad jurídica separada de las empresas fundadoras, siendo suficiente la existencia de una entidad económicamente separada.

Concretamente, dicha entidad supone que exista, de hecho, una unidad de organización y de dirección entre las empresas fundadoras. En este sentido, lo fundamental es la existencia de un patrimonio común. De manera significativa, no es la personalidad jurídica que conduce a la existencia del patrimonio, sino el patrimonio común que, en ocasiones, necesitará la personalidad jurídica para organizarse³⁶.

Y esto resulta mucho más claro en los AMI para el desarrollo de negocios inmobiliarios, toda vez que allí confluyen varias Sociedades en torno a un solo negocio o patrimonio y muchas veces el control se cede en función a una de ellas que es la que aporta su conocimiento y experiencia, esto es, el desarrollador inmobiliario, quedándose las demás partes otras funciones como pueden ser las de auditoria o interventoría de los giros o gastos que se realizan:

"CUARTA

ROLES DE LAS PARTES Y DESCRIPCIÓN DE LAS ACTIVIDADES

De forma adicional a los Aportes que realizará cada una de las Partes bajo el alcance previsto en la Cláusula Tercera anterior, cada una adelantará las siguientes actividades (en adelante las "Actividades"), las cuales no serán consideradas como Aportes para los efectos de las participaciones en el Proyecto y, por ende, en los derechos fiduciarios del Patrimonio Autónomo, así:

4.2. "XXXXX realizará las siguientes Actividades:

³⁶ Pauleau, Christine. INCIDENCIA DEL DERECHO EN LA CREACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LAS JOINT VENTURES. Análisis de la organización jurídica de las joint ventures en la Unión Europea con especial referencia a España. Barcelona. 2000. Tomado de: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7278/tcp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- a) *Designar a uno o varios representante(s) de XXXXX (en adelante “Owners Representative”) para que realice ciertas actividades de vigilancia y control sobre el desarrollo del Proyecto, de conformidad con lo indicado en el Anexo 9 del presente Acuerdo;*
- b) *Participar en el Comité Directivo del Proyecto;*
- c) *Realizar las actividades de interventoría, supervisión técnica y estructural del Proyecto, para lo cual podrá subcontratar esta actividad con un tercero, con la experiencia idónea para el desarrollo de esta actividad;*
- d) *Manejar el personal a su cargo y cumplir con las obligaciones que se deriven de la relación jurídica que exista con dicho personal; y*
- e) *Las demás que le designe el Comité Directivo del Proyecto.*

4.3. *XXXXX realizará las siguientes Actividades:*

- g) *Realizar las labores de gerencia del Proyecto, para lo cual deberá designar un gerente de proyecto con dedicación exclusiva al Proyecto, quien debe ser el contacto para la totalidad de los temas del Proyecto, quien además deberá contar con la experiencia e idoneidad para el desempeño de dichas labores. XXXXX tendrá derecho de solicitar que se reemplace la persona, si a su entera discreción, la misma no cumple con la experiencia requerida y/o no desempeña a su entera satisfacción sus labores.*
- h) *Realizar las labores de comercialización del Proyecto.*
- i) *Realizar por sí misma las labores de construcción del proyecto.*
- j) *Participar en el Comité Directivo del Proyecto.*
- k) *Manejar el personal a su cargo y cumplir con las obligaciones que se deriven de la relación jurídica que exista con dicho personal.*
- l) *Presentar un reporte mensual al Comité Directivo, en el cual realice una relación de las Actividades que ha desarrollado durante el respectivo mes y los costos de las mismas;*
- m) *Realizar la gestión para la terminación de todos los contratos de arrendamiento que aún existen sobre algunos locales comerciales, tal y como se indica en el Anexo 4 del presente Acuerdo y obtener*

la tenencia material de los mismos en cabeza del Patrimonio Autónomo, para lo cual pondrá todo su empeño y diligencia; y
n) *Las demás que le designe el Comité Directivo del Proyecto”.*

1.2. El Grupo Empresarial

La ley 222 de 1995 en su artículo 26 y ss define el grupo empresarial como la existencia de un vínculo de subordinación y una unidad de propósito y dirección entre varias entidades, y establece en estos artículos unas presunciones de subordinación, propósito y dirección.

De la lectura de esta norma, además de la doctrina al respecto encontramos que es perfectamente viable la conformación de CCE entre compañías vinculadas a un mismo Grupo Empresarial, de hecho el Grupo Empresarial comparte muchas de las características que hemos revisado anteriormente para los CCE, por lo cual es congruente que dos o más Compañías que jurídicamente han declarado este vínculo de conformidad a la ley, puedan a demás suscribir un contrato específico para la realización de un negocio en concreto; al respecto la Superintendencia de Sociedades ha señalado: *“Cada sociedad colabora con los propósitos del grupo en la medida de sus posibilidades, lo que no desnaturaliza el régimen de grupos empresariales, puesto que el mismo se fundamenta en la conservación de la personalidad jurídica de los vinculados y se da sin perjuicio del objeto social de cada empresa, expresión que no significa ampliación del objeto, sino la posibilidad de que en un mismo grupo se encuentren vinculadas sociedades con objetos sociales diferentes, los cuales, en virtud de la ley, siguen determinando la capacidad de cada una de ellas³⁷”.*

En este mismo concepto se dan incluso las pautas que deben cumplir las Sociedades que hacen parte de los Grupos Empresariales cuando van a suscribir un CCE:

“En la legislación colombiana aparece contemplada la posibilidad de realizar contratos en beneficio de terceros, de manera especial en el artículo 1506 del Código Civil, bajo cuyo amparo pueden las sociedades perfeccionar este tipo de actos jurídicos. No obstante, dada la

³⁷ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 125-2831 del 22 de enero de 1999. Tomado de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/24436.pdf

naturaleza particular de estas personas jurídicas, para cada contrato, además de los requisitos propios, es preciso que las sociedades estipulantes tengan en cuenta los siguientes criterios:

- • *El acto jurídico debe estar comprendido dentro de su objeto social, en los términos del artículo 99 del Código de Comercio.*
- • *El contrato no debe generar perjuicios para las sociedades vinculadas, en el sentido de que se deteriore o se ponga en peligro la prenda común de los acreedores, pues de lo contrario los administradores, socios y controlantes pueden asumir responsabilidades de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24, 25, 148 (parágrafo) y 207, de la Ley 222 de 1995.*
- • *No debe existir conflicto de intereses entre las sociedades estipulantes y los beneficiarios, y deben respetarse las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas³⁸.*

En un mismo sentido se pronuncia nuevamente la Superintendencia de Sociedades, al decir: *“El consorcio es un ente conformado por un grupo económico utilizado como instrumento de colaboración entre las empresas, que les permite de algún modo distribuir riesgos financieros y tecnológicos, fortalecer sus equipos, y aunque su **responsabilidad es solidaria** respecto de todas y cada una de sus obligaciones, cada una conserva su propia independencia jurídica³⁹”.*

De igual manera la doctrina internacional se ha pronunciado favorablemente a este tipo de contratos para Sociedades que hacen parte de los Grupos Empresariales:

Junto al tipo de función desarrollada por las joint ventures, los economistas europeos, seguidos por los juristas especializados en derecho de la competencia, utilizan otro criterio para clasificar las joint ventures, a saber, el tipo de relación existente entre las actividades económicas que las empresas

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. OFICIO 220-100418 DEL 25 DE JUNIO DE 2014. Tomado de: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-100418_DE_2014.pdf

fundadoras desarrollan fuera de la joint venture, así como entre estas y la actividad de la joint venture. Desde esta perspectiva, se distinguen las joint ventures horizontales, las joint ventures verticales y las joint ventures conglomerales. Por último, las joint ventures tendrán un carácter conglomeral cuando agrupen empresas cuyas actividades no tengan ningún tipo de relaciones entre ellas, o cuando las joint ventures se sitúen en mercados totalmente ajenos a los de las empresas fundadoras. Las joint ventures conglomerales se presumen sin riesgo para la libre competencia, en la medida en que no existe ninguna relación de sustituibilidad entre sus productos y los de cada empresa fundadora.⁴⁰.

En materia de AMI para la materia de negocios inmobiliarios resulta también interesante que se pueden generar CCE entre miembros de un mismo Grupo Empresarial para atender las actividades o las obligaciones establecidas en un AMI principal.

Piénsese por ejemplo en un AMI en el que coexisten 3 partes:

- Parte A: Aportante de la Tierra.
- Parte B: Desarrollador Inmobiliario
- Parte C: Aportante de Capital, puede ser un fondo de inversión.

Estas tres partes suscriben un AMI que en esencia es un CCE cuyo objeto puede ser como el que se describió líneas arriba: *“En razón del presente Acuerdo, las Partes convienen en unir sus esfuerzos basados en su capacidad profesional debidamente verificada entre las Partes, para la estructuración, construcción, comercialización, ejecución y desarrollo del Proyecto, a través de un Patrimonio Autónomo, el cual tendrá las finalidades previstas en el presente documento (...)”.*

Ahora, producto de ese AMI que es el CCE principal, la Parte B, el Desarrollador Inmobiliario, que a su vez es un Grupo Empresarial que tiene conformadas varias empresas para el desarrollo de su objeto social que puede ser:

⁴⁰ Pauleau, Christine. INCIDENCIA DEL DERECHO EN LA CREACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LAS JOINT VENTURES. Análisis de la organización jurídica de las joint ventures en la Unión Europea con especial referencia a España. Barcelona. 2000. Tomado de: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7278/tcp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Empresa 1: Cuyo objeto es el estudio, elaboración y desarrollo de proyectos inmobiliarios y urbanísticos.

Empresa 2: Dedicada a la construcción de todo tipo de edificaciones, unidades de vivienda, comerciales, industriales y de tipo mixto, etc.; y a la prestación de servicios de naturaleza arquitectónica y de ingeniería.

Empresa 3: Dedicada a promocionar y vender edificaciones y proyectos de cualesquiera naturaleza.

Empresa 4: Prestar servicios administrativos a otras sociedades o personas naturaleza, ya sea mediante la celebración de contratos de prestación de servicios, o mediante la suscripción de contratos de riesgo compartido o de colaboración empresarial.

Estas 4 Sociedades que a su vez hacen parte de un mismo Grupo Empresarial y que como vemos una de ellas ha suscrito un AMI con otras Partes, pueden a su vez suscribir entre ellas 4 un CCE para cumplir las obligaciones que en el AMI se le han asignado al Desarrollador Inmobiliario, entre las cuales típicamente pueden estar:

4.4. *“El Desarrollador Inmobiliario realizará las siguientes Actividades:*

- i. **Realizar las labores de gerencia del Proyecto**, para lo cual deberá designar un gerente de proyecto con dedicación exclusiva al Proyecto, quien debe ser el contacto para la totalidad de los temas del Proyecto, quien además deberá contar con la experiencia e idoneidad para el desempeño de dichas labores. XXXXX tendrá derecho de solicitar que se reemplace la persona, si a su entera discreción, la misma no cumple con la experiencia requerida y/o no desempeña a su entera satisfacción sus labores.
- ii. **Realizar las labores de comercialización del Proyecto.**

- iii. **Realizar por sí misma o designar quien las realice, las labores de construcción del proyecto.**
- iv. *Participar en el Comité Directivo del Proyecto.*
- v. **Manejar el personal a su cargo y cumplir con las obligaciones que se deriven de la relación jurídica que exista con dicho personal.**
- vi. *Presentar un reporte mensual al Comité Directivo, en el cual realice una relación de las Actividades que ha desarrollado durante el respectivo mes y los costos de las mismas;*
- vii. *Las demás que le designe el Comité Directivo del Proyecto”.*

Señalamos aquí 4 funciones para esa parte, para ese Desarrollador Inmobiliario que bien pueden ser desarrolladas a través de las varias compañías que conforman su grupo empresarial, en clara aplicación del principio de especialidad, del artículo 99 del Código de Comercio: “Artículo 99. La capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad.”

Un Grupo Empresarial del sector inmobiliario puede estar perfectamente conformado por diferentes compañías que se complementan entre sí en la prestación de los diferentes servicios y actividades que comprenden este sector de la economía, y ello se hace así en busca de la especialización de cada uno de estos renglones de sub actividades que resultan vitales en el éxito de un proyecto urbanístico integral, el cual comprende acciones de promoción y venta (mercadeo), construcción (arquitectura e ingeniería especializada) y gerencia (administración de personal y servicios de apoyo como jurídicos entre otros).

En el mundo actual es posible encontrar grandes compañías que dividen estas actividades en sus departamentos, pero cada vez el mercado se orienta más a la especialidad de las Compañías y una manera de seguir concentrando esa oferta es a través de la conformación de varias Compañías especializadas en cada una de las materias y que terminan conformando a la larga un Grupo Empresarial.

Como vemos en el ejemplo propuesto, nos encontramos ante dos tipos de CCE, uno principal y uno que se deriva de este, con la particularidad que el segundo lo suscriben únicamente las empresas que forman parte del Grupo Empresarial del Desarrollador Inmobiliario con el objeto de ejecutar las actividades listadas a ese desarrollador inmobiliario en el AMI principal suscrito, por ejemplo:

“PRIMERA. OBJETO: *La presente asociación tiene por objeto establecer las funciones, obligaciones, responsabilidades, beneficios y derechos que cada una de las partes antes señaladas va a desarrollar en la presente colaboración, así como desarrollar e implementar las actividades mercantiles, necesarias para la construcción, enajenación del proyecto inmobiliario y la veeduría del mismo⁴¹”.*

Como vemos en este caso, las Compañías que conforman este Grupo se han especializado y cada una se encarga de una de las actividades asignadas al desarrollador sin que ello signifique que este descarga su responsabilidad frente a sus partes en el AMI principal, así puede ejecutar de una mejor manera sus tareas y los recursos tanto humanos como financieros los puede distribuir en varios proyectos y de esta manera apalancar los riesgos de una mejor manera, en este caso, las actividades que el AMI les asigno se pueden dividir en tres funciones principales, i) gerenciar el proyecto; ii) comercializar el proyecto; y iii) construir el proyecto.

Esas tres actividades las ejecuta por medio de sus 4 compañías de la siguiente manera:

- i) La gerencia del proyecto la realiza con la Empresa 1 que podemos decir es la Controlante o Compañía principal del Grupo, esta es la que va a adelantar de manera general todo el proyecto, lo va a coordinar y será la encargada de llevarlo a buen puerto; a su vez la Empresa 4 prestará los servicios de administración del personal y de apoyo logístico por ejemplo será que contratará el arriendo de oficinas, locales etc.

⁴¹ **N. del Autor.** El presente texto es tomado directamente de un modelo de Contrato de Colaboración Empresarial elaborado por el autor en su trabajo como asesor jurídico de un Grupo Empresarial. Se omiten detalles específicos del acuerdo, así como nombres de las partes debido a los acuerdos de confidencialidad existentes. A lo largo del presente trabajo se traerá apartes similares de diferentes CCE para reforzar alguna consideración o tesis.

- ii) La construcción del proyecto la adelantará la Empresa 2, así como cualquier servicio de arquitectura o ingeniería que requiera la obra, tales como estudios de suelos, diseños arquitectónicos o estructurales o urbanísticos, etc.
- iii) Y la comercialización del proyecto la hará la Empresa 3, cuyo objeto y especialización es precisamente la venta de este tipo de proyectos.

De esta manera se observa una perfecta y armoniosa distribución de tareas y funciones entre las Compañías a través de un CCE derivado de otro más amplio.

Resultan de gran importancia en el tráfico económico y comercial los acuerdos que se suscriban entre las Compañías que forman parte de un Grupo Empresarial, especialmente su formalización a través de instrumentos como los CCE de cara a la legislación tributaria y para dar una mayor transparencia en el uso adecuado de estas figura.

2. Del Rendimiento Garantizado en los Contratos de Colaboración Empresarial

2.1. Las distintas relaciones internas entre las partes del Contrato de Colaboración Empresarial

En el CCE, se presentan distintas relaciones, unas a nivel externo y otras a nivel interno, son estas últimas las que nos interesan a efectos de este trabajo, y especialmente sus efectos frente a los impuestos de IVA y del Consumo, teniendo en cuenta la reciente inclusión del inciso tercero del artículo 18 del E.T.

Como vimos páginas más arriba, esas relaciones internas pueden también darse a cuando estamos en presencia de un CCE suscrito entre Compañías de un mismo Grupo Empresarial.

Sin lugar a dudas, son las relaciones internas y externas del Contrato de Colaboración Empresarial, especialmente las primeras, uno de los elementos base para asignar las consecuencias tributarias a la figura, puesto que sobre las segundas existe un claro consenso que el comportamiento de las partes del CCE con terceros compromete exclusivamente a esa o esas Parte (s) toda vez que el CCE no genera ni tiene por objeto hacer nacer una tercera persona jurídica, al respecto la Jurisprudencia es bastante clara y pueden citarse varias sentencias:

“2.5. Ahora bien, en cuanto a la pertinencia de ese tipo de responsabilidad, en tratándose de los contratos de “cuentas en participación” y, por ende, del innominado que es fuente de la presente controversia, la Sala señaló:

(...) Siguiendo el hilo de la cuestión como se trae, propio es colegir, entonces, que por la remisión contenida en el ya invocado artículo 514 del Código de Comercio, es aplicable al contrato de cuentas en participación el comentado régimen especial de responsabilidad previsto en el artículo 200 ibídem, empero, como a continuación se puntualiza, adecuándolo a la naturaleza y características propias de este específico negocio jurídico.

En torno de las cuentas en participación, la doctrina jurisprudencial de la Sala tiene definido que se trata de un contrato ‘de colaboración’, ‘de carácter consensual’ y en virtud del cual ‘se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas, llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida’, razón por la cual ‘su existencia, en principio, no se revela (...), pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta’, de donde ‘es claro que unas son las relaciones

externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes’, las cuales ‘se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad’, sin que tenga lugar el ‘surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial, precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese patrimonio. (Cas. Civ., sentencia del 4 de diciembre de 2008, expediente No. C-1100131030271992-09354-01).’

No obstante esa singular textura del contrato de cuentas en participación, que, sin lugar a dudas, lo diferencia del de sociedad, principalmente porque, como ya se precisó, su celebración no da lugar al surgimiento de una persona jurídica, con todo lo que ello supone, es del caso señalar que en frente de dicho negocio jurídico se mantiene también un sistema dual de responsabilidad: por un lado, la propiamente contractual, derivada del negocio jurídico mismo, de la que son titulares la totalidad de los partícipes, incluso, el activo o gestor, y se dirige en contra del contratante que haya incumplido sus deberes de prestación y con ello causado daños; y, por otro, la especial consagrada en él ya varias veces citado artículo 200 del Código de Comercio, que en el supuesto del contrato ahora examinado sólo opera en contra del partícipe activo o gestor, como administrador del negocio común, ya se trate de persona jurídica o natural, y del representante legal de aquélla, por razón de los actos dolosos o culposos de su administración, y en beneficio de los partícipes inactivos y/o de los terceros a quienes, con ese actuar, aquél les hubiere irrogado algún perjuicio⁴²”.

Otra sentencia similar:

“Los Consorcios Públicos y Privados. Bogotá. T. 1985. P. 88), particularidades que por ende le confieren una naturaleza jurídica propia, una estructura singular

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria No. 05001-31-03-016-2002-00007-01 de 15 de diciembre De 2016.

que impide confundirlos configuras como las cuentas en participación o la sociedad de hecho, pese a las aproximaciones que a primera vista pudieran avizorarse entre ellas.

Así, aunque el contrato de cuentas en participación es, como el consorcio, un pacto de colaboración económica, que no origina una persona jurídica distinta de los contratantes, no existen en el consorcio, como sí los hay en aquél, participantes ocultos, ni se agota su objeto con la gestión del partícipe gestor, puesto que los consorciados buscan conjugar esfuerzos con una finalidad común a la que todos deben prestar su concurso, responsabilizándose solidariamente por los compromisos que de allí surjan, mientras que en el primero el partícipe activo es el único que se obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal⁴³.

Ese análisis de las relaciones internas toma importancia más aún a partir de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 18 del Estatuto Tributario:

“Artículo 18. Contratos de colaboración empresarial. Los contratos de colaboración empresarial tales como consorcios, uniones temporales, joint ventures y cuentas en participación, no son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios. Las partes en el contrato de colaboración empresarial, deberán declarar de manera independiente los activos, pasivos, ingresos, costos y deducciones que les correspondan, de acuerdo con su participación en los activos, pasivos, ingresos, costos y gastos incurridos en desarrollo del contrato de colaboración empresarial. Para efectos tributarios, las partes deberán llevar un registro sobre las actividades desarrolladas en virtud del contrato de colaboración empresarial que permita verificar los ingresos, costos y gastos incurridos en desarrollo del mismo.

Las partes en el contrato de colaboración empresarial deberán suministrar toda

⁴³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Expediente No. 8800131030022002-00271-01 Fecha Septiembre 13, 2006.

la información que sea solicitada por la DIAN, en relación con los contratos de colaboración empresarial.

Las relaciones comerciales que tengan las partes del contrato de colaboración empresarial con el contrato de colaboración empresarial que tengan un rendimiento garantizado, se tratarán para todos los efectos fiscales como relaciones entre partes independientes. *En consecuencia, se entenderá, que no hay un aporte al contrato de colaboración empresarial sino una enajenación o una prestación de servicios, según sea el caso, entre el contrato de colaboración empresarial y la parte del mismo que tiene derecho al rendimiento garantizado.” (negritas y sub rayado fuera de texto)*

Este nuevo agregado a partir de la ley 1819 de 2016, sin lugar dudas confirma el camino que de tiempo atrás ya había considerado tanto la doctrina como la jurisprudencia como el elemento determinante para asignar una u otra consecuencia tributaria a la figura de los CCE; al respecto la DIAN, se ha pronunciado mediante concepto sobre lo que debe entenderse como concepto garantizado:

De conformidad al concepto No. 007397 del 27 de marzo de 2017 emitido por la Subdirección de gestión Normativa y Doctrina de la DIAN, se entiende por concepto garantizado como “*todo pago fijo que recibe cualquiera de las partes en el desarrollo del contrato de colaboración empresarial- para el caso de cuentas en participación⁴⁴, el gestor o el partícipe oculto-, con independencia de las utilidades y/o pérdidas resultantes*”

⁴⁴ El contrato de cuentas en participación, regulado en los artículos 507 a 514 del Código de Comercio, bien se sabe, es un negocio de colaboración de carácter consensual, en virtud del cual se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas, llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida. Como otra característica de ese contrato es que su existencia, en principio, no se revela ante terceros, pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta, es claro que unas son las relaciones externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes. Estas últimas, que son las que interesan en el caso, se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad. No se trata, desde luego, del surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial, precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese

Partiendo de la base de la libertad contractual que gobierna nuestro derecho comercial, tenemos que aquí se introducen aspectos que restringen esa autonomía, el elemento de rendimiento garantizado es una fórmula bastante ambigua toda vez que da lugar a variadas interpretaciones. El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la palabra *rendimiento* como: “**1. m.** Producto o utilidad que rinde o da alguien o algo. **2. m.** Proporción entre el producto o el resultado obtenido y los medios utilizados.” Y a la palabra *garantizado* como “**1. M.** Dar garantía” lo que a su vez se conceptualiza como “**1. f.** Efecto de afianzar lo estipulado. **2. f.** Fianza, prenda. **3. f.** Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. **4. f.** Seguridad o certeza que se tiene sobre algo.”⁴⁵

Estas definiciones individuales de la expresión *rendimiento garantizado* nos permiten marcar un camino que finalice con un concepto más estructurado de cara a la norma tributaria de la finalidad buscada, toda vez que la manifestación normativa no alcanza total claridad para facilitar su aplicación; lo anterior porque si bien en todo contrato de colaboración empresarial él *alea* o incertidumbre del éxito es un elemento de su propia esencia, también lo es que dicha inseguridad en torno a la esperada remuneración no es absoluta o de lo contrario entraríamos casi en el campo de los juegos de azar, y por lo tanto no solo se prevén mecanismos para reducir ese margen de incertidumbre, sino que en el mismo se regulan los modos de distribuir cualquier remuneración, además no podemos dejar de lado la existencia de aquellas actividades entre las partes que suponen unos mínimos necesarios para que tal participación se pueda dar, o de lo contrario podríamos frente a contratos que exigieran en determinado momento, casi siempre al inicio un esfuerzo desmedido o desproporcionado de una de las partes frente al de las otras, esfuerzo que

patrimonio. El partícipe gestor, por lo tanto, como lo tiene explicado la Corte, es el único que se “*obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal*”[1], salvo que los partícipes ocultos revelen o autoricen que se conozca su calidad de tales, en cuyo caso responderán con aquél ante terceros en forma solidaria.

Las ventajas del contrato de que se trata son innumerables, porque como no requiere ninguna formalidad para su existencia, su formación es simple y rápida, inclusive frente a otro tipo de contratos. Así, por ejemplo, propietarios de lotes urbanizables que no tienen el conocimiento suficiente o el capital requerido para adecuarlos y construirlos, aunque sí empresas constructoras con la experiencia y habilidad para gestionar los créditos y adelantar el desarrollo que precisa la propiedad, las cuentas en participación se erigirían en una respuesta inmediata para la colaboración mutua requerida. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, D. C., 4 de diciembre de 2008. Referencia: C-1100131030271992-09354-01

⁴⁵ Tomado de <https://dle.rae.es/?id=IsE8t8h>.

casi siempre tiende a reponerse con un efecto neutro solamente para evitar un desequilibrio que resulte imposible de cubrir.

¿En estos casos, en los que los CCE y especialmente los más complejos, regulan todos estos aspectos, serán objeto del castigo señalado en inciso tercero del artículo 18 del Estatuto Tributario?

No está claro cuál es el límite para determinar cuando estamos ante un rendimiento garantizado, incluso el concepto emitido por la DIAN no es preciso en aclarar esta definición ni en señalar los márgenes de aplicación, así:

“Mediante el radicado de la referencia formula las siguientes preguntas relacionadas con el artículo 18 del estatuto tributario, modificado por el artículo 20 de la Ley 1819 del 2016, las cuales se resolverán cada una a su turno:

1. ¿Qué debe entenderse por “rendimiento garantizado” de acuerdo con lo señalado en el inciso 3º del artículo 18 del estatuto tributario?

*En el inciso 3º del artículo 18 del estatuto tributario se dispone que “las relaciones comerciales que tengan las partes del contrato de colaboración empresarial que tengan un **rendimiento garantizado**, se tratarán para todos los efectos fiscales como relaciones entre partes independientes. En consecuencia, **se entenderá, que no hay un aporte al contrato de colaboración empresarial sino una enajenación o una prestación de servicios**, según sea el caso, entre el contrato de colaboración empresarial y la parte del mismo que tiene derecho al rendimiento garantizado” (negrilla fuera de texto).*

Así las cosas, de acuerdo con lo expresado en la consulta, por rendimiento garantizado puede entenderse un pago fijo que recibe cualquiera de las partes del contrato de colaboración empresarial —para el caso de cuentas en participación, el gestor o el partícipe oculto— independientemente de las utilidades o pérdidas que se generen en desarrollo del mismo.

2. *¿Aplica el tratamiento fiscal de partes independientes entre las partes del contrato de colaboración empresarial con el contrato mismo, únicamente cuando media un rendimiento garantizado?*

De acuerdo con lo señalado en el inciso 3º del artículo 18 ibídem, previamente transcrito, para efectos fiscales las relaciones comerciales que tengan las partes del contrato de colaboración empresarial con el contrato mismo se tratarán como relaciones entre partes independientes únicamente cuando media un rendimiento garantizado⁴⁶.

¿En este caso, el rendimiento garantizado que señala la norma hace referencia a todas las relaciones que se pueden suscitar al interior de un CCE? ¿O solo a algunas?

Surge aquí la importancia del análisis de la norma del Estatuto Tributario, desde la ciencia jurídica, el elemento *rendimiento garantizado*, es lo que podría denominarse en palabras del Profesor Gustav Radbruch, como **conceptos de importancia jurídica**, definidos como:

“(...) aquellos de que se parte para construir las circunstancias de hecho acogidas en la ley. (...) Estos conceptos no los crea la ciencia jurídica, sino que los toma de otros campos del saber o de la vida misma, aunque nunca dejándolos intactos, sino concibiéndolos con mayor rigor, de un modo más estricto o más amplio, según los casos y a veces, incluso transformándolos con arreglo a puntos de vista jurídicos, como ocurre, por ejemplo con el concepto de la “posesión”, que tanto difiere en su acepción usual y en su acepción jurídica⁴⁷”.

Previo a la incorporación del inciso tercero del artículo 18 del Estatuto Tributario, la posición de la Autoridad de Impuestos, estaba más orientada a reconocer la efectiva voluntad de las partes en el CCE, así lo señalo en reiterados conceptos, al decir: *“Es entonces obligación de las partes determinar su obligación fiscal aplicando las normas legales pertinentes según cada caso particular⁴⁸”*; más adelante sobre esta misma modalidad contractual citando el anterior oficio, manifestó: *“En concordancia con lo anterior, es pertinente traer a colación*

⁴⁶ Concepto 7397 de marzo 31 de 2017. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

⁴⁷ RADBRUCH GUSTAV. Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica. México D.F. Primera Edición. 1951. Pág. 10

⁴⁸ Oficio 097935 de diciembre 29 de 2005. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

apartes de la Sentencia C-316 de 1995 de la Honorable Corte Constitucional, en la cual se califica a los convenios de cooperación como una modalidad de los contratos de asociación: "Los referidos convenios de cooperación constituyen modalidades especiales de asociación, según calificación que hace tanto la ley de facultades (ley 29 de 1992, art. 11) como el decreto del cual hacen parte las normas acusadas, y sometidos al régimen del derecho privado, conforme a las siguientes reglas: - Dichos convenios no dan lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica. - No generan solidaridad entre las personas que lo celebran. - En el documento contentivo de los mismos, deben definirse claramente las obligaciones contractuales y particularmente las de orden laboral. Además, es necesario que se estipule: su objeto, término de duración, mecanismos de administración, sistemas de contabilización, causales de terminación y cesión. - El manejo de los recursos aportados puede efectuarse mediante encargo fiduciario o cualquier otro sistema de administración. - No requieren para su celebración y validez otros requisitos que los propios de la contratación entre particulares, pero deben publicarse en el diario oficial⁴⁹".

En igual sentido acerca de las características de los CCE, la doctrina Nacional ha señalado como elementos propios de los mismos, los siguientes, en palabras del Profesor Jaime Arrubla:

"Los contratos de colaboración en Colombia, presentan las siguientes características:

Son contratos atípicos desde el punto de vista de la tipicidad legal, aunque gozan de la social.

Son consensuales, se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes. Se aplica en este punto la norma general para la formación de los contratos, por no haber regulación al respecto.

Son contratos plurilaterales y de colaboración, como tales les corresponde un régimen propio en lo que respecta a la nulidad individual (art. 903 C. de Co.) y a las consecuencias del incumplimiento (art. 865 C. de Co.). El hecho de que

⁴⁹ Concepto 012420 de febrero 10 de 2006. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

uno de los miembros no cumpla con sus responsabilidades, no libera del cumplimiento a los demás participantes.

Son onerosos, todas las partes intervinientes obtienen beneficio.

Son de tracto sucesivo, por tanto se terminan, no se resuelven; se les aplica la teoría de la imprevisión y en principio se puede ceder la posición contractual en el contrato que se celebren con entes privados, sin precisar de la autorización del cedido.

Los consorcios y las uniones temporales, son contratos, no son personas jurídicas, por tanto no son sujetos de derecho y carecen de capacidad para ser partes en los contratos y en los litigios.

El contrato atípico, como negocio jurídico que es, debe tener también una causa determinada. Como en todo negocio jurídico, hay que desentrañar cuál es el resultado esperado por las partes, el fin perseguido por ellos, el interés particular que desean regular. Este planteamiento de la causa-motivo, encuentra pleno respaldo en la legislación colombiana, la cual se refiere a la causa, cuando alude al motivo del acto o contrato y al tema de la licitud”.⁵⁰

El CCE, puede verse como un nexo de contratos según lo expresa el Profesor Hansmann, “Como se utiliza comúnmente, esta descripción es ambigua. A menudo, se invoca simplemente para enfatizar que la mayoría de las relaciones importantes dentro de una empresa (incluyendo, en particular, la que hay entre los propietarios, administradores y empleados de la empresa) son esencialmente de carácter contractual y, por tanto, basadas en el consentimiento, en vez de involucrar alguna forma autoridad de mando y control fuera del contrato. Esta es una idea importante, pero no distingue a las empresas de otras redes de relaciones contractuales. Quizás sea más exacto describir a una empresa como un nexo para contratos, en el sentido de que una empresa sirve, fundamentalmente, como contraparte común en numerosos contratos con proveedores, empleados y clientes, coordinando las acciones de estas múltiples personas a través de ejercicio de sus derechos

⁵⁰ ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos. Editorial Legis. Séptima Edición 2012. Primera Reimpresión. 2013. Bogotá D.C. Pág. 208

contractuales⁵¹”, concepción esta que también se encuentra en la doctrina Nacional al asimilar a las diferentes formas asociativas carentes de personalidad jurídica como empresa, así el Profesor Pablo Andrés Córdoba, señala: *“Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la empresa no supone en nuestro ordenamiento, la sociedad aunque esta sí supone necesariamente la primera. En otras palabras puede haber empresa sin sociedad, pero no sociedad sin empresa, pues las sociedades comerciales reguladas por el Derecho de sociedades, influido por el principio de tipicidad societaria, constituyen únicamente una de las tantas alternativas que entrega el Derecho para la organización jurídica de quien ejerce la actividad económica organizada, es decir, la empresa”*⁵².

En ese sentido como un flujo de contratos, realmente lo dispuesto en estos posee una gran relevancia, pues en casi todas las ocasiones por su falta de regulación normativa, no existen reglas que puedan llenar algún vacío o suplir alguna voluntad, así las cosas la posición previa de la Administración de Impuestos, es decir antes de la inclusión del inciso 3 del artículo 18 del E.T., consultaba esta característica, y la consecuencia tributaria dependía de la posición que asumiera cada una de las partes en el contrato⁵³.

⁵¹ ARMOUR Jhon, Hausmann Henry y Kraakman Reinier. Los elementos esenciales del derecho Corporativo. Que es el Derecho Corporativo?. Traducido por Augusto Tomás Hostia Cardeña. Revista IUS ET VERITAS. No. 53. Diciembre de 2016. Tomado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16543/16889>

⁵² CORDOBA Acosta Pablo Andrés. El Derecho de Sociedades y el Gobierno de la Sociedad Anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2014. Pág. 112.

⁵³ *“La idea de justicia es una idea formal. (...) Supone trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales, con arreglo a la misma pauta, pero sin que pueda decirnos 1) a quien debe considerarse igual y a quien desigual, ni 2) como han de ser tratados los iguales y los desiguales. (...) Pero la gran mayoría de las normas jurídicas solo recibe de la idea de justicia su forma, la igualdad de trato para todos y la generalidad de la reglamentación legal. Su contenido debe determinarse, en cambio, por otro principio que, por eso mismo, forma parte también de la idea de Derecho: el principio de la adecuación a fin. La justicia, para poder derivar de ella las normas jurídicas, tiene que complementarse con otro factor: finalidad o adecuación a un fin. La médula de la justicia es la idea de igualdad. Desde Aristóteles, se distinguen dos clases de justicia, en cada una de las cuales se plasma bajo una forma distinta el postulado de igualdad: La justicia conmutativa representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación, por ejemplo entre la mercancía y el precio, entre el daño y la reparación, entre la culpa y la pena. La justicia distributiva preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas, por ejemplo el reparto entre ellas de los tributos fiscales con arreglo a su capacidad de tributación. (...) La justicia conmutativa presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí; la justicia distributiva, por el contrario, presupone tres personas, cuando menos: una persona colocada en un plano superior y que impone cargas o confiere beneficios a dos o más subordinadas a ella”.* RADBRUCH Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica. México D.F. Primera Edición. 1951. Pág. 31-32.

Un claro ejemplo de lo anterior se refleja en el Oficio 012420 del 10 de febrero de 2006: *“En lo referente al impuesto sobre las ventas, la celebración de un contrato de colaboración no implica la causación de este impuesto. En este tipo de contratos el objeto es la colaboración de las partes mediante el aporte de recursos en dinero o en especie con el fin de alcanzar los cometidos propuestos, objeto que no corresponde al hecho generador del IVA a que se refieren los artículos 420 y siguientes del Estatuto Tributario”*⁵⁴.

Como hemos visto en los ejemplos que hemos traído a colación, las Partes en el desarrollo de un CCE, especialmente en el campo del sector inmobiliario, los que para este trabajo hemos denominado AMI, son especialmente cuidadosas en definir las reglas de los futuros ingresos que tendrán en el desarrollo del negocio, no puede de otra manera concebirse ningún tipo de asociación, es decir, no podemos pretender que en un CCE no se regule un aspecto de tan esencial importancia como son los rendimientos que tendrán las partes y cuando se establecen esas retribuciones empezamos a transitar un camino muy difuso entre los distintos tratamientos que la ley le asigna a una u otra interpretación, veamos un esquema típico de remuneración en un AMI:

“QUINTA

INGRESOS DE LAS PARTES Y PRELACIÓN DE PAGOS

5.1. *Las Partes recibirán por sus Actividades los siguientes ingresos:*

- (i) *A favor de YYYYYY por la labor indicada en los literales (a) y (c) del numeral 4.1. de la Cláusula Cuarta del presente Contrato, una suma aproximada de setecientos quince millones de pesos (\$COP715.000.000), que resulta de calcular un 2% sobre el valor Base de los Costos Directos.*

- (ii) *A favor de XXXXX por las labores de gerencia del Proyecto, la suma aproximada de dos mil doscientos treinta y dos millones de pesos (\$COP2.232.000.000), que resulta de calcular el 2.5% sobre el Valor Base de Ventas.*

⁵⁴ Citado en el Concepto 003342 de enero 16 de 2007. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

(iii) *Las Partes acuerdan que las siguientes serán las remuneraciones que el Patrimonio Autónomo pagará por las siguientes Actividades a XXXXX o a los terceros designados por el Proyecto para tal fin:*

(a) *Construcción: 4,5% sobre el Valor de las Ventas del proyecto.*

(b) *Comercialización: 3% sobre el Valor Base de Ventas.*

Las Partes manifiestan que el valor final que corresponda al Valor Base de Ventas, será establecido con base en un estudio de factibilidad que se realice y que sea aprobado y conciliado en el Comité Directivo con anterioridad al inicio de la construcción del Proyecto”.

¿Claramente aquí se establecen unos montos a remunerar por unas actividades que van a realizar las partes entre sí necesarias para que el objeto del negocio se lleve a cabo, es decir, si estas actividades no se realizan, con total seguridad el objeto del mismo no tendrá el resultado esperado, es esta la razón de unir esfuerzos y esas actividades van a ser retribuidas económicamente, se establece desde el contrato un esquema de distribución o de pagos, que podría entenderse como un rendimiento garantizado?

¿El establecimiento de esos porcentajes por esas actividades generales entran dentro de lo que la DIAN considera como un rendimiento garantizado, es decir como un pago fijo?

Recordemos lo señalado por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN en el Concepto No. 7397 de 2017:

“El término “rendimiento garantizado” debe entenderse como un pago fijo que recibe cualquiera de las partes en el desarrollo del contrato de colaboración empresarial, con independencia de las utilidades y/o pérdidas resultantes”.

Cierto es que cada Parte va a recibir y además tiene derecho a hacerlo una retribución por su participación y sus aportes en el CCE, pero el solo hecho que en el contrato se regule el monto y la forma en que lo recibiría no lo vuelve automáticamente un rendimiento

garantizado, porque cierto es que es necesario que en el CCE por sus características de atipicidad legal, la distribución de los ingresos que reporte la asociación debe necesariamente constar en el CCE, pues no existe norma legal a la cual recurrir para su posterior distribución, teniendo en cuenta que es usual que en el CCE encontremos que los aportes de las Partes no guarden una equivalencia entre ellas.

Ahora bien, es claro que resulta necesario identificar y separar el tipo de relaciones que se suceden al interior del CCE, para poder reconocer cuando estamos frente a una actividad propia del CCE y cuando son actividades de la empresa a desarrollarse a través del CCE, ordenación esta que al parecer pudiera solucionarse con el agregado del inciso 3 del artículo 18 del E.T., pero que en últimas no lo logra, pues simplemente reitera tal vez con mayor lucidez la consecuencia a aplicar cuando se acota la intención de las partes en el CCE y permite en otros casos una aplicación más consecuente de las normas anti abuso del mismo Estatuto Tributario, en el evento en que se trate de camuflar y desnaturalizar el objeto del CCE para obtener un beneficio indebido.

Pero los distintos CCE, pueden regular muy diversas situaciones al interior de los mismos Acuerdos, posiciones estas que en ocasiones pueden dar a entender que estamos ante un escenario como el señalado en el inciso 3 del artículo 18 del E.T., esto es, ante el establecimiento de un rendimiento garantizado, pero que en realidad no tienen tal fuerza, será en estos eventos en que se presente una contradicción entre la libertad contractual del que gozan los miembros del CCE y el entendimiento de la administración de un rendimiento garantizado que solo busca evitar la generación de un determinado tributo.

Para comprender un poco mejor esta afirmación, es conveniente recordar una definición general de los CCE, *“Con este término se designan los joint venture, las agrupaciones de colaboración, las uniones transitorias de empresas, los grupos de interés económico, los consorcios. Debido a esta gama de modalidades de negocio que ofrece el mundo jurídico, algunos doctrinantes sugieren diferentes formas de clasificar la colaboración empresarial. Unas alteran la estructura de las sociedades, como cuando es necesario acudir a las figuras de la fusión o escisión, e incluso a la transformación de sociedades, produciéndose una sustancial modificación en la organización interna. Otras que no producen mutación en la estructura jurídica, como cuando se establece una relación de subordinación, donde las empresas controladas o subordinadas mantienen su individualidad jurídica. También se*

presentan relaciones contractuales entre empresas que sin afectar la identidad jurídica ni económica de la sociedad, establecen relaciones en diferentes niveles de colaboración, cooperación o coordinación⁵⁵.

Así en los CCE, a diferencia del contrato de Sociedad, por lo general salvo algunas contadas excepciones en los cuales según la especie del CCE adoptado por las partes, este posea regulación legal, como por ejemplo en el Contrato de Cuentas en Participación, las partes del CCE deberán prever en el contrato o contratos de constitución la mayoría de los eventos o vicisitudes que puedan ocurrir a lo largo de la relación o afectar la empresa emprendida y por ende las disposiciones que encaucen o regularicen dichas situaciones, mientras que en el contrato de Sociedad será la ley la que dote de determinada consecuencia o sanción alguna omisión en el contrato inicial.

Por tal razón, en los CCE no solo es previsible, sino que resulta de una mínima diligencia para las Partes una regulación lo más exhaustiva posible, especialmente de las relaciones o actividades que se deben entre las partes, ya que las actividades con terceros se someterán a las regulaciones propias de las formas contractuales que se adopten en su momento; sin embargo será el vínculo entre las partes el que precise la mayor ordenación posible, y en el que muy seguramente uno de los asuntos de mayor reglamentación será el de la futura distribución de ingresos, utilidades y costos.

Se hace forzoso comprender que toda actividad que desarrollen las Partes al interior del CCE o con el objetivo de implementar y desarrollar la empresa que se han propuesto, va a estar no solo delimitada sino también valorada, lo que a su vez determina su participación en el CCE, en la empresa a desarrollar, en la asunción de los riesgos, costos, gastos y por supuesto en la distribución de los ingresos y las utilidades; situaciones estas que en la medida en que se encuentren más reguladas podrían chocar con la limitante legal de considerarlas como un rendimiento garantizado; y sin embargo no corresponder al modelo de los CCE, en otras palabras: *“Los co-venturers no son terceros frente al joint venture, por lo tanto la ejecución para sí mismos de las actividades asignadas en el contrato – base, no se encuentran gravadas⁵⁶”.*

⁵⁵ ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos. Editorial Legis. Séptima Edición 2012. Primera Reimpresión. 2013. Bogotá D.C.

⁵⁶ SVARCIC DE KOCH, Katica. Régimen contable y tributario aplicable a los joint ventures. Cuadernos Tributarios No. 15. Ed. Asociación Fiscal Internacional. Lima. 1993. Pág. 166.

Así, en un modelo asociativo una de las Partes podrá en determinado momento asumir unas cargas mayores que las otras Partes, ello porque esa división de la empresa emprendida es el rasgo esencial del CCE, en donde cada una de las Partes se vincula con las otras por las habilidades y capacidades propias para así transformar esa capacidad individual en otra potenciada común⁵⁷; lo que significa que las competencias de cada Parte pueden ser diferentes en cuyo caso los aportes de cada una se darán en momentos diferentes, piénsese por ejemplo en aquellos CCE en los que una de las Partes debe asumir por su competencia la gestión administrativa de la empresa, mientras que otra aporta solo el capital y una tercera entrega a la asociación su conocimiento operativo, son estas tres variables las que necesariamente van a estar presentes en toda empresa, capital, capacidad operativa y capacidad administrativa; en este caso quien aporta la competencia administrativa seguramente tendrá que soportar mayores erogaciones al comienzo que las otras partes, evento en el cual es válido preguntarse, si la estipulación contractual que establezca el reembolso de los gastos para esa Parte, se considera un rendimiento garantizado, solo por el hecho de reintegrar los gastos asumidos, sin que ello genere utilidad alguna a esa Parte? ¿Y qué sucedería en el evento en que el contrato mismo disponga que ese reembolso estará sujeto a la disponibilidad de ingresos? ¿Entonces, esa última variable tiene la capacidad de generar la suficiente incertidumbre para derrumbar la consideración de rendimiento garantizado?.

Estas interrogantes resultan fundamentales a efectos de determinar las consecuencias tributarias de todos los elementos involucrados en el CCE, y especialmente para este trabajo en lo concerniente al Impuesto al Valor Agregado⁵⁸.

⁵⁷ “Al respecto esta Superintendencia ha considerado que el consorcio empresarial y la unión temporal, son figuras en virtud de las cuales, varias personas naturales o jurídicas, unen sus esfuerzos, conocimientos, capacidad técnica y científica para la gestión de intereses comunes recíprocos, y aunque parte de una base asociativa no hay socios propiamente dichos, sino un modelo de colaboración para la ejecución de uno o varios proyectos, pero cada uno de los asociados conservando su independencia y asumiendo un grado de responsabilidad solidaria en cumplimiento de las obligaciones contractuales”. Superintendencia de Sociedades Circular Externa 115-006 23-12-2009

⁵⁸ “La jurisprudencia es una ciencia práctica, llamada a dar una respuesta inmediata a toda pregunta jurídica, sin que pueda negarse a contestar por razón de las lagunas, las contradicciones o las ambigüedades de que la ley pueda adolecer. Ello la obliga a conocer y entender las leyes mejor que las mismas personas que intervinieron en su redacción, a sacar de la ley más de lo que estas personas pusieron conscientemente en ella, al redactarlas o aprobarlas”. RADBRUCH Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica. México D.F. Primera Edición. 1951. Pág. 10

Porque aunque la fórmula usada por el legislador puede parecer sencilla para solucionar los inconvenientes que en un principio podían generarse con la norma anterior, muy abierta, esa solución deja igualmente bastantes inquietudes especialmente a la hora de calificar lo que pueda entenderse como un rendimiento garantizado, simplemente porque en el contrato se establezca como necesariamente tenga que ser, un esquema de retribución, quedará a instancia de la autoridad de impuestos la determinación de si esa inclusión se considera un rendimiento garantizado o si por el contrario sigue aún conservando un alea, o en donde está el límite de valoración de esa incertidumbre.

2.2. Algunas Características del Impuesto de IVA aplicables y su relación con los Contratos de Colaboración Empresarial

El IVA es un impuesto obligatorio nacional, pagado por un contribuyente que realiza uno o varios de los presupuestos señalados en la ley, que demuestran de derecho una capacidad de consumo, pagado a favor de un ente público para financiar el gasto público.

Entre las principales características de este impuesto tenemos:

- a. Es indirecto.
- b. Es de tipo real, es decir afecta un elemento económico sin consideración a la situación personal.
- c. Tiene una sola tarifa fija independientemente de la base gravable.
- d. Es instantáneo, se causa con la realización de una acción que se agota en sí misma, el consumo o la ejecución del servicio.
- e. Es nacional.
- f. El sujeto jurídico responsable de la obligación y el sujeto económico que soporta el tributo son diferentes.

Así mismo debemos tener en cuenta algunas definiciones:

Bienes No Gravados: Son aquellos que no cumplen con la definición del hecho generador.

Bienes Excluidos: Aquellos que por expresa disposición legal, no generan responsabilidad del impuesto y los IVA's generados en la cadena de producción del bien o servicio constituyen un mayor valor del costo por ejemplo en la construcción de viviendas, cuyos materiales están gravados con IVA pero la venta de los inmuebles no lo está.

Bienes Exentos: Aquellos bienes que por expresa disposición legal, son generadores del impuesto, pero cuya tarifa es 0, se presenta declaración de IVA y los IVA`s generados en la cadena de producción se pueden solicitar en devolución.

Bienes Gravados: Son la regla general, es responsable del IVA a la tarifa señalada en la ley, se presenta declaración de IVA y los IVA`s generados en la cadena de producción se descuentan del IVA generado.

El hecho generador o aspecto material en el impuesto de IVA lo constituyen:

- a. La venta de bienes no excluidos o no gravados.
- b. La prestación de servicios en el territorio nacional o desde el exterior con excepción de los expresamente excluidos.
- c. La importación de bien corporal no excluido.
- d. La venta, operación y circulación de juegos de suerte y azar con excepción de las loterías y los operados por internet.

De acuerdo, al estatuto tributario⁵⁹ se considera venta para efectos de IVA, todo acto que implique transferencia de dominio a título gratuito o a título oneroso, de bienes tanto muebles o inmuebles como de activos intangibles únicamente asociados a propiedad industrial. También se considera venta:

- a) Actos que implican transferencia.
- b) Retiro de bienes corporales muebles o inmuebles hecho por el responsable para su uso o para hacer parte de los activos fijos de la empresa⁶⁰.

⁵⁹ Artículo 421 del Estatuto Tributario.

⁶⁰ “el Art. 421 del E.T. incluye en la estructura del hecho generador del IVA aquello que la doctrina ha identificado como “autoconsumo” o “autoproducción”. Existe autoconsumo cuando el responsable del impuesto destina a su proceso productivo bienes que previamente ha adquirido o producido; o cuando los destina para su uso personal, consumo privado o los transfiere de manera gratuita a un tercero. Así, en función del destino que el responsable del impuesto le dé a los bienes retirados del inventario, puede suceder que los emplee para satisfacer necesidades ajenas a su actividad empresarial (i.e. cuando los transfiere a su patrimonio personal, para su consumo particular, o gratuitamente a un tercero); o, por oposición, que los utilice en el marco de su actividad empresarial. En la regulación que lleva a gravar ese supuesto de autoconsumo subyace un elemento que no se puede obviar en el análisis de la disposición: preservar la neutralidad del tributo, mediante la causación del IVA, cuando el empresario destine los bienes retirados a una actividad económica que no dé derecho al descontable del IVA pagado. En ese sentido, no constituye un “retiro de inventarios” gravado que el responsable de IVA disponga del inventario para emplearlo como insumo para la obtención final de un bien exento; y, por la misma razón, en la presente ocasión, observa la Sala cuando los bienes retirados del inventario son incorporados como materia prima en un proceso productivo gravado, no da lugar a la causación de IVA, toda vez que generaría un nuevo impuesto descontable sobre los mismos bienes. Tales razonamientos residen en el Art. 9 de la Decisión 599

- c) La incorporación o transformación de bienes corporales muebles a inmuebles o a servicios no gravados, así como la transformación de bienes gravados en bienes no gravados cuando tales bienes hayan sido creados, construidos, fabricados, elaborados, procesados por quien efectúa la incorporación o transformación.

A su vez, el artículo 1.3.1.2.1. del Decreto Único Reglamentario en materia Tributaria define el servicio como, *“Artículo 1.3.1.2.1. Definición de servicio para efectos del IVA. Para los efectos del impuesto sobre las ventas se considera servicio toda actividad, labor o trabajo prestado por una persona natural o jurídica, o por una sociedad de hecho, sin relación laboral con quien contrata la ejecución, que se concreta en una obligación de hacer, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, y que genera una contraprestación en dinero o en especie, independientemente de su denominación o forma de remuneración”*.

A su vez para que un servicio sea considerado como un hecho generador del impuesto debe reunir los siguientes elementos:

- a) Que se despliegue una actividad, labor o trabajo que se concreta en una obligación de hacer por parte del prestador del servicio, se excluyen los contratos de trabajo.
- b) Que sea prestado por una persona natural o jurídica o por una sociedad de hecho.
- c) No debe mediar relación laboral o reglamentaria con quien contrata la ejecución.
- d) No interesa si predomina el factor material o intelectual para que sea servicio.
- e) Debe generar una contraprestación en dinero o en especie independientemente de su denominación o forma de remuneración.

No son servicios:

- a) El prestado para sí mismo.
- b) La prestación de un servicio gratuito.
- c) El servicio en desarrollo de una relación, laboral, legal o reglamentaria.

de 2004 de la CAN que señala que “con motivo del retiro de bienes por parte del sujeto pasivo del IVA, para un fin distinto a la actividad gravada, se genera el impuesto sobre una base gravable constituida por el valor comercial del bien”. CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez. Expediente 24262. Año 2019. Tomado de: https://www.pwcimpuestosonlinea.co/co/index.php?id_cms=54&controller=cms&id_lang=4&p=SentenciaConsejo&id=Sentencia%2024262%20de%202019.xml

2.3. El Rendimiento Garantizado en los Contratos de Colaboración Empresarial

Establece la norma del inciso 3 del artículo 18 del Estatuto Tributario: “(...) *Las relaciones comerciales que tengan las partes del contrato de colaboración empresarial con el contrato de colaboración empresarial que tengan un rendimiento garantizado, se tratarán para todos los efectos fiscales como relaciones entre partes independientes. En consecuencia, se entenderá, que no hay un aporte al contrato de colaboración empresarial sino una enajenación o una prestación de servicios, según sea el caso, entre el contrato de colaboración empresarial y la parte del mismo que tiene derecho al rendimiento garantizado*”.

Consideramos que, se debe tener una especial atención al aplicar definiciones y conceptos de otras áreas del Derecho al entendimiento de una norma tributaria⁶¹, así el rendimiento que desde el punto de vista comercial o civil puede entenderse como “*la utilidad de una cosa en relación con lo que cuesta, con lo que gasta, con lo que en ello se ha invertido*”, no necesariamente sería trasladable al régimen tributario, como lo insinuó la DIAN en el Concepto 7397 de marzo 31 de 2017, en el que se entiende el rendimiento como el pago fijo que recibe una de las Partes independiente de la utilidad o pérdida; como puede verse para la autoridad administrativa, el rendimiento se asimila más a una remuneración, toda vez que no está atado a que el ingreso recibido comporte un incremento patrimonial para la Parte que lo recibe (utilidad) sino que bastaría con que sé de el ingreso sin importar si constituye un incremento o decremento a su patrimonio.

Ahora bien, bajo esa concepción toda regulación de pagos hacia una de las partes podría tener necesariamente la calidad de rendimiento garantizado y por ende las consecuencias que el inciso 3 del artículo 18 del E.T. le impone, esto es que esas relaciones se considerarán una enajenación o una prestación de servicios, según sea el caso, entre el contrato de colaboración empresarial y la parte del mismo que tiene derecho al rendimiento garantizado, lo que por ejemplo para efectos del IVA acarrea que esa actividad estará gravada con dicho impuesto; posición esta que difiere de la de algunos autores por ejemplo

⁶¹ “La actividad de los juristas puede así mismo ser de argumentación, y esta es sin duda, en lo que concierne a quienes el sentido común designa como juristas, una actividad de argumentación, que consiste en dar razones para una enunciación o una decisión o proponer justificaciones”. MILLARD Eric. Teoría General del Derecho. Trad. Bernardo Carvajal Sánchez. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2016. Pág. 54 - 55

el profesor SIERRALTA al decir: *“aun cuando la consecuencia de esta operación pueda ser la obtención del lucro, no se debe olvidar la perspectiva inicial de esta figura, que es la de aunar esfuerzos y bienes tangibles e intangibles en un propósito común que pueda ser la realización de una tarea⁶²”*; más adelante reitera este mismo principio al referirse a los impuestos indirectos sobre los joint ventures, al señalar: *“Los que actúan son las partes, quienes buscan realizar el objeto contractual de manera conjunta. Luego, podrían ser obligados tributariamente en razón de partícipes de la operación, pero no el contrato en sí mismo, que es la unión para enfrentar una aventura conjunta en un periodo determinado⁶³”*.

Es innegable que una de las variables en el mundo de los negocios a tener en cuenta al momento de decidir es el del tratamiento tributario de la figura jurídica escogida y por ende los costos que esta acarrea, por lo que reviste una gran importancia poder delimitar claramente el campo de acción del concepto de rendimiento garantizado; y no será lo mismo para los CCE que las relaciones entre las Partes puedan estar o no gravadas con IVA solo por el hecho de fijar en el contrato una remuneración determinada.

Como lo ha señalado la doctrina, *“Sin perjuicio de las reglas comentadas, habría que reconocer que en la dinámica contractual se dan relaciones negócias que tornan exigente el análisis tributario. Uno de los casos más representativos es el de las relaciones que se dan en el marco de las distintas especies de contratos de colaboración empresarial⁶⁴”*.

¿Puede existir un CCE sin que allí se establezca o se regule un rendimiento específico para cada una de las Partes?, a mi parecer ello no es posible, hace parte de la naturaleza del CCE el establecimiento de esas reglas claras en todos los niveles de participación⁶⁵, incluidos los ingresos por rendimientos de sus aportes y también cualquier reintegro de gastos.

⁶² SIERRALTA, Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996. Pág. 354.

⁶³ Ibídem. Pág. 358.

⁶⁴ MUÑOZ Martínez Gabriel. La prestación de servicios como elemento objetivo del hecho imponible del IVA en Colombia. Análisis del hecho generador del IVA en el ordenamiento jurídico Colombiano. Editor Julio Roberto Pizza. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2017. Pág. 114 – 115.

⁶⁵ Un acuerdo conjunto es un acuerdo mediante el cual dos o más partes mantienen control conjunto. NIIF. 11, P4. Tomado de: https://www.pwcimpuestosonline.co/co/index.php?id_cms=23&controller=cms&id_lang=4

Por lo que resulta de gran importancia determinar una correcta aplicación de la norma, a fin de que una simple lectura de la misma termine por vía indirecta afectando un mecanismo contractual de la importancia del CCE: *“La interpretación jurídica busca el sentido objetivo del Derecho positivo, es decir, el sentido incorporado a la norma jurídica misma, y no el sentido subjetivo, o sea el pensamiento de las personas que intervinieron en su creación. (..) La interpretación filológica es siempre un repensar de algo anteriormente pensado⁶⁶”*.

Según la Norma Internacional de Contabilidad No. 31, a su vez Norma Internacional de Información Financiera No. 11⁶⁷, aplicable a las participaciones en negocios conjuntos, *“El tratamiento contable de los activos controlados de forma conjunta, reflejará el fondo y realidad económica, y generalmente la forma legal del negocio conjunto. Los registros contables del negocio conjunto pueden quedar limitados a los gastos incurridos en común por los partícipes, que serán finalmente distribuidos entre ellos de acuerdo con las proporciones convenidas.*

Al reconocer su participación en una entidad controlada de forma conjunta, es esencial que el partícipe refleje el fondo y la realidad económicos del acuerdo contractual, más que la simple estructura o forma particular del negocio conjunto. En el caso de una entidad controlada conjuntamente, el partícipe tiene control, sobre su porción de los beneficios económicos futuros, a través de su participación en los activos y pasivos del negocio conjunto. El fondo y realidad económicos quedarán reflejados, en los estados financieros consolidados del partícipe, cuando éste reconozca su participación en los activos, pasivos, gastos e ingresos, de la entidad controlada conjuntamente, utilizando uno de los dos formatos de presentación de información del método de consolidación proporcional, que se describen en el párrafo 34.⁶⁸”

⁶⁶ RADBRUCH GUSTAV. Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica. México D.F. Primera Edición. 1951. Pág. 9-10

⁶⁷ Un acuerdo conjunto tiene las siguientes características:

- (a) Las partes están obligadas por un acuerdo contractual
- (b) El acuerdo contractual otorga a dos o más de esas partes control conjunto sobre el acuerdo.

Un acuerdo conjunto es una operación conjunta o un negocio conjunto.

NIIF. 11, P5. Tomado de:

https://www.pwcimpuestosonlinea.co/co/index.php?id_cms=23&controller=cms&id_lang=4

⁶⁸ Tomada de <http://www.normasinternacionalesdecontabilidad.es/nic/pdf/NIC31.pdf>. Párrafos 23 y 32.

“Cuando el partícipe aporte o venda activos al negocio conjunto, el reconocimiento de cualquier porción de las pérdidas o ganancias derivadas de la transacción, reflejará el fondo económico de la misma. Mientras el negocio conjunto conserve los activos cedidos y el partícipe haya transferido los riesgos y ventajas significativos de la propiedad, éste reconocerá solo la porción de las pérdidas o ganancias que sea atribuible a las inversiones de los demás partícipes. El partícipe reconocerá el importe total de cualquier pérdida, cuando la aportación o la venta haya puesto de manifiesto una reducción del valor neto realizable de los activos corrientes o una pérdida por deterioro del valor de los bienes transferidos⁶⁹”. (sub rayado fuera de texto)

A partir de las anteriores consideraciones en torno al impuesto de IVA y las arriba citadas acerca de los CCE, tenemos entonces que para la norma fiscal Colombiana el enfoque natural inicial es que los servicios que se prestan las Partes de un CCE no este sujeto al impuesto de IVA, toda vez que se trata de un servicio prestado para sí mismo, sin embargo la regla especial adoptada en el inciso 3 del artículo 18, crea una nueva incertidumbre, puesto que la retribución o el rendimiento de las partes es un elemento natural y necesario en este tipo de contratos, por lo que se hace necesario acudir a otros elementos para determinar cuándo a pesar de que en los textos se establezca un rendimiento en favor de las Partes del CCE, este no entra en la hipótesis del inciso 3 del artículo 18 y la actividad entonces deberá seguir siendo no gravada.

Dado que, en este caso el elemento sustancia será la palabra *garantizado*, en páginas anteriores señalamos que el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la palabra *garantizado* como *“1. M. Dar garantía”* lo que a su vez se conceptualiza como *“1. f. Efecto de afianzar lo estipulado. 2. f. Fianza, prenda. 3. f. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad. 4. f. Seguridad o certeza que se tiene sobre algo.”⁷⁰*

Teniendo en cuenta estas definiciones, resulta claro que no es cualquier rendimiento al que hace pretende hacer alusión la norma, sino aquel que sobre el que recae una exigibilidad equivalente a la que se exige de un título ejecutivo, es decir que se trate de un rendimiento

⁶⁹ Tomada de <http://www.normasinternacionalesdecontabilidad.es/nic/pdf/NIC31.pdf>. Párrafo 48

⁷⁰ Tomado de <https://dle.rae.es/?id=IsE8t8h>.

que reúna las características tales de aquellos, claro, expreso y exigible, que permita una determinación suficiente de la prestación⁷¹.

“Código General del Proceso. Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.”

Sobre estas características, la doctrina ha señalado, *“la obligación no es clara cuando haya de hacerse explicaciones, deducciones o cualquier otro tipo de rodeos mentales para explicar que es lo que virtualmente contiene⁷²”*.

A su vez, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha reiterado;

“Ahora bien, los títulos en que se fundamenta la ejecución deben reunir ciertos requisitos de forma y de fondo. La forma se refiere a la autenticidad del documento que se presenta y a su emisor, el cual debe corresponder al ejecutado o a una autoridad judicial o administrativa. El fondo implica que la obligación cuya ejecución se pretende, tenga las características de ser clara, expresa y actualmente exigible.

⁷¹ Y en lo que hace al grado de determinación indispensable para el surgimiento de la obligación, ha de decirse que aquella ha de ser “suficiente”, adjetivo que denota la relatividad natural del concepto, referido a las circunstancias, y conduce a afirmar que la imposibilidad de determinación, o sea la indeterminación o la indeterminabilidad, tiene que ser absoluta. HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura, Vicisitudes. Volumen I. Ed. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición. Primera Reimpresión. 2008. Pág. 286.

⁷² PARRA, Quijano Jairo. Derecho Procesal Civil, Parte especial, Tomo II, Bogotá: Ediciones Librería El Profesional, 1995, p. 26.

Esta Sección del Consejo de Estado⁷³ ha definido los presupuestos mencionados, de la siguiente forma:

(...) con la verificación de las condiciones de fondo, se propende por determinar si el cumplimiento de la obligación que contiene el título puede ser conminado sin óbice alguno o, en otras palabras, si presta mérito ejecutivo, para lo cual, aquél vínculo jurídico debe ser (i) exigible, en el sentido de que sea factible ejecutarlo por no encontrarse sujeto a plazo o condición, esto es, que se trate de una obligación pura y simple; (ii) expreso, es decir, que el crédito debe aparecer de forma manifiesta en el documento sin necesidad de acudir a suposiciones que hagan necesario aplicar razonamientos lógicos complejos, y (iii) claro, en el entendido de que la obligación sea fácilmente apreciable a partir del contenido literal del documento o documentos que la contienen o la demuestran^{74,75}

Es decir, que en los ejemplos que hemos traído a colación de los tipos de CCE para los negocios de tipo inmobiliario denominados AMI, en los que se pacta una remuneración para las Partes del contrato fijada en unos porcentajes atados a un elemento variable como son las ventas, estaríamos ante una situación que desvirtúa por completo el concepto del *rendimiento garantizado*, toda vez que se destruye de entrada uno de los elementos del que constituyen esa certeza o seguridad de ese rendimiento. Cuando las Partes en el AMI disponen:

“Las Partes manifiestan que el valor final que corresponda al Valor Base de Ventas, será establecido con base en un estudio de factibilidad que se realice y que sea aprobado y conciliado en el Comité Directivo con anterioridad al inicio de la construcción del Proyecto”.

⁷³ Sentencia de 7 de diciembre de 2017, exp. 52702, M.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2004, exp. 23989, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez”.

⁷⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: MARÍA ADRIANA MARÍN. Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019). Expediente No.: 25000-23-26-000-2011-00995-02(61805)

Sin lugar a dudas están transfiriendo el posible rendimiento a percibir a un elemento desconocido, futuro e incierto, que incluso puede derivar en un resultado negativo de pérdida para todas ellas, lo que permite concluir que, a pesar de establecer un rendimiento a favor de todas las Partes, este no cumple la condición de garantizado.

Consideramos que debe ser éste el criterio que debe regir el análisis de los casos tanto por parte de la Administración de Impuestos como de los jueces; no se trata solo de limitar la autonomía negocial que las Partes puedan tener, es decir la capacidad de determinar la forma y cantidades en que van a distribuirse los resultados de la empresa que han emprendido, sino de tener muy claro en que condiciones es que esa determinación que han realizado las Partes en el Contrato, es que será considerada un rendimiento garantizado, es decir que efectivamente una de ellas o entre ambas mutuamente eliminan el alea inherente al negocio jurídico que están realizando⁷⁶.

3. Conclusiones

Los CCE son una forma muy importante y activa en el cauce negocial, brindan unas grandes ventajas a todas las Partes para llevar a cabo grandes empresas con una efectiva distribución de cargas y riesgos y constituyen una excelente expresión del principio de libertad negocial⁷⁷ y contractual que el mundo jurídico comercial brinda a las personas naturales y jurídicas.

⁷⁶ Mal pudiera imaginarse, por tanto, la posibilidad de juzgar a una figura negocial legalmente disciplinada, desprovista de función social relevante o sin correspondencia con el “*principio social*” o con la utilidad pública, por lo mismo que, en tal supuesto, la presencia de una función económico-social o práctico-social merecedora de tutela por parte del ordenamiento se encuentra de por sí garantizada por el solo hecho de su consideración anterior por el ordenamiento. HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen I. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015. Pág. 126.

⁷⁷ La propia regulación que hacen los contratantes en la elaboración del contrato es la esencia de su institucionalización, por cuanto existirá un interés permanente de tratar de obtener réditos y ganancias. SILVA-SANTISTEBAN Díaz Alfredo. Reflexiones sobre el contrato de franquicia: contrato de colaboración empresarial y diferencias con figuras jurídicas similares. Revista de Economía y Derecho. Vol. 11. No. 41 (verano de 2014). Sociedad de Economía y Derecho UPC.

El rendimiento garantizado en los CCE a la luz del Estatuto Tributario Colombiano es un elemento que está atado al elemento del resultado del proyecto que se emprende en el contrato que a cualquier otro aspecto, visto que en el CCE las Partes no tienen un ánimo Societario, es decir no tienen un interés en formar una nueva persona jurídica, el garantizar un rendimiento en el CCE tampoco es su naturaleza porque precisamente el objetivo de la asociación es emprender una empresa de riesgo, es el origen de la figura lo que desvirtúa de entrada que tenga por finalidad garantizar un rendimiento, y este es un aspecto que ambas figuras comparten, el riesgo es innato al ánimo de asociarse bien sea por la vía de constituir una nueva persona jurídica o a través de la suscripción de un CCE.

Por tratarse de contratos considerados atípicos⁷⁸ es decir que en su mayoría no encuentran una reglamentación en la ley, salvo excepciones, como el contrato de cuentas en participación, y teniendo en cuenta que el CCE⁷⁹ entendido en su acepción más amplia tiene un innegable origen anglosajón que poco luego ha venido adaptando a nuestro sistema jurídico social y adquiriendo formas específicas de conformidad a la evolución también de los mercados y las necesidades empresariales⁸⁰.

Ahora bien, la regulación que las Partes hacen en el CCE como expresión de su autonomía privada y más aún de su autonomía negocial tiene que ser entendida en gran medida por

⁷⁸ Si la tipicidad está elevando a la categoría jurídica una serie de fenómenos que se dan en la realidad social, es decir, convierte los tipos sociales en tipos jurídicos, está partiendo, en primera medida, del contrato, considerado en forma genérica como una fuente propia de obligaciones o como ejercicio de potestad normativa, según la escuela que se profese. Luego de la conducta base o tipo jurídico ya definido se continuará con la ordenación de las diferentes conductas consideradas de manera individual, a las cuales llamará tipos contractuales. ARRUBLA Paucar Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos. Ed. Legis. Séptima Edición. 2012. Primera Reimpresión. 2013. Bogotá D.C.

⁷⁹ Los contratos de colaboración tienen por principales protagonistas a las empresas que -según este amplio concepto- celebran acuerdos de diversa índole, a los que la doctrina y los fallos judiciales les asignan distintas denominaciones como veremos más adelante. Con respecto a estos contratos de colaboración entre empresas, hay una tendencia a englobarlos a todos en la denominación de joint venture, en razón a que no existe una clara delimitación de este concepto. FARINA Juan Manuel. Contratos Comerciales Modernos 2. Editorial Astrea. 2005. Tercera Edición. Pág. 415.

⁸⁰ En el caso colombiano, los CCE son conocidos también como acuerdos de participación empresarial, acuerdos de participación conjunta, contratos de emprendimiento conjunto, convenios de asociación empresarial, contrato de asociación, acuerdo de alianza estratégica, acuerdo de marco estratégico o también pueden ser ampliamente conocidos no por el género sino por su especie, como los *joint venture* o contratos a riesgo compartido, los consorcios y las uniones temporales. JARAMILLO Díaz Alexandra. Los acuerdos de colaboración empresarial en Colombia. Revista E-Mercatoria. Vol. 18. No. 1, enero – junio de 2019. Págs. 135-161.

aquella circunstancia tanto del origen de la figura⁸¹, bajo cuyo sistema legal el contrato se constituye en el único mecanismo para regular todos los aspectos del negocio que se buscan adelantar, de la misma manera se entiende en nuestro sistema legal, en el cual si bien en algunos contratos la misma ley suple los vacíos que pudieran haber quedado en la regulación de las Partes⁸², por tratarse de contratos que en su mayoría carecen de una tipificación⁸³ en la Ley es que las Partes buscan reglamentar todos los aspectos del negocio que van a desarrollar con especial énfasis en los aportes, las responsabilidades, los riesgos que cada una asume y la distribución de las utilidades o beneficios que el contrato o el negocio les reporte en sus distintas etapas o fases.

Y no es que se trate de señalar que el principio de *pacta sun servanda* signifique que el CCE se eleva a una categoría similar a la Ley ni mucho menos, pero como lo señalo la H. Corte Suprema en la jurisprudencia anteriormente citada, dada la especial naturaleza de este tipo de contratos, la regulación que hacen las Partes de los intereses y todos los

⁸¹ “Hacia fines del siglo pasado dos comerciantes estadounidenses, Mr. Ross y Mr. Willet, decidieron comprar un cargamento de azúcar para revenderlo y repartirse el sobreprecio que esperaban obtener. En ese entendimiento Ross compró ese azúcar a nombre propio. Para decepción de ambos la oportunidad no era buena. Sólo después de nueve años el azúcar pudo ser revendida, y con importantes pérdidas. Ross pidió a Willet que contribuyera su parte en éstas, y como Willet no lo hizo lo demandó ante los tribunales de New York. Al resolver el caso, en 1894, éstos dijeron: “Insiste el demandado en que ninguna partnership existió entre él y Mr. Ross. Pero una joint adventure es una partnership limitada, no limitada en cuanto a la responsabilidad, según el sentido legal de esta expresión, sino limitada en cuanto a su alcance y duración, y bajo nuestro derecho partnership y joint adventures están gobernadas por las mismas reglas”. Citado en LE PERA Sergio. Joint Venture y Sociedad. Acuerdos de Coparticipación Empresarial. Editorial Astrea Buenos Aires. Primera Edición 1984. Quinta Reimpresión 2008. Pág. 64-65

⁸² Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son **imperativas** para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas **supletorio** de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las **opcionales**, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela. T-597/95. Sala Quinta de Revisión. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸³ Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y subsecuentemente, no esta especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina atípico. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico-social se encuentra conforme con los principios ético-jurídicos rectores del ordenamiento; y de otro, la de establecer las reglas jurídicas que lo disciplinan. En relación con este último aspecto, es decir, la disciplina normativa del contrato atípico cabe destacar que deben atenderse preferentemente, dada su singular naturaleza las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando claro esta, ellas no sean contrarias a las disposiciones de orden público. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de octubre 22 de 2001. Exp. 5817. M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles.

aspectos del negocio se constituye en el fundamento, es la puerta de entrada, como bien lo señala el profesor Hinestrosa, es el reglamento de sus intereses:

“El o los particulares disponen de sus intereses y al hacerlo no crean derecho; el contenido de su disposición (accidentalía negotii) no es ley o ‘norma’, tampoco ‘precepto’, es el reglamento de sus intereses, inclusive en los casos de los contratos ‘estándar’, en los de adhesión, prevenidos por agremiaciones, y en los contratos normativos⁸⁴”.

Un complemento de lo anterior, lo podemos encontrar, también, en el apéndice B4 de la NIIF 11 (Norma Internacional de Información Financiera), establece los elementos que generalmente comprenden los acuerdos contractuales bajo los que se regula la figura del acuerdo conjunto⁸⁵:

- “(a) El propósito, actividad y duración del acuerdo conjunto.*
- (b) La forma en que se nombran los miembros del consejo de administración, u órgano de gobierno equivalente, del acuerdo conjunto.*
- (c) El proceso de toma de decisiones: los temas que requieren decisiones de las partes, los derechos de voto de las partes y el nivel requerido de apoyo a esos temas. El proceso de toma de decisiones reflejado en el acuerdo contractual establece el control conjunto del acuerdo (véanse los párrafos B5 a B11).*
- (d) El capital u otras aportaciones requeridas a las partes.*
- (e) La forma en que las partes comparten los activos, pasivos, ingresos de actividades ordinarias, gastos o resultado del periodo, relativos al acuerdo conjunto.⁸⁶ “*

⁸⁴ HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen I. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015. Pág. 122.

⁸⁵ Un acuerdo por el cual dos o más partes tienen control conjunto. NIIF 11. Tomado de: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/niif-2019/NIIF%2011%20-%20Acuerdos%20conjuntos.pdf>

⁸⁶ NIIF 11. Tomado de: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/niif-2019/NIIF%2011%20-%20Acuerdos%20conjuntos.pdf>

Evidentemente encontramos que desde este conjunto de normas, se reconoce la necesidad en este tipo de acuerdos de regular la forma en que las Partes van a compartir sus ingresos y sus resultados, como parte esencial de la modalidad escogida para desarrollar la actividad negocial.

Es un desarrollo de los postulados constitucionales y legales⁸⁷ a esa autonomía de las Partes para la correcta definición del contrato conforme a sus intereses, o en palabras del profesor Baena “(...) *autonomía de libertad en relación a libertad para contratar, libertad para determinar la forma contractual*(...)”⁸⁸, pensemos que muchas veces quienes recurren a este tipo de CCE son empresas de capitales nacionales y extranjeros, que se embarcan en múltiples negocios y en los que el nivel de incertidumbre es bastante alto, por lo que no son proyectos ni contratos simples que involucren solo dos partes y una sola prestación, por el contrario, se trata de grandes empresas que involucran distintos intereses además de las Partes principales del contrato, seguramente encontraremos bancos financiadores del proyecto, aseguradoras, auditores, prestamistas, entre otros; son en realidad contrataciones compuestas de muchos tramos, complejas que requieren un gran nivel de detalle y especificación en el contrato, y que por el tamaño, dificultad o novedad del negocio que se va a realizar, exige ese grado de detalle al máximo como una expresión de la buena fe⁸⁹ contractual que se deben las Partes y que no puede resultar siendo ahora un castigo en contra de sus intereses y una pérdida de competitividad de la figura contractual por su propia naturaleza.

Lo anterior no significa que cuando estemos en presencia de un CCE formado entre Compañías nacionales no extranjeras, no pueda aplicarse la misma tesis, o incluso cuando

⁸⁷ Artículos 14 (reconocimiento de la personalidad jurídica), 38 (libertad de asociación), 58 (derecho a la propiedad privada), 333 y 334 (libertad económica, libre iniciativa privada y libertad de empresa) de la Constitución y artículos 1062 del Código Civil y 864 del Código de Comercio.

⁸⁸ BAENA Cárdenas Luis Gonzalo. Condiciones Generales de la Contratación Fiduciaria. Autonomía Privada y Competencia. Del Derecho Comercial al Derecho de Mercado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2013. Pág. 140.

⁸⁹ De esta suerte, la falta de información o su inexactitud o insuficiencia o falta de claridad debe llevar, necesariamente, a la ineficacia, habida cuenta que la buena fe impone la obligación de que la información que se proporcione responda a los atributos de veracidad, suficiencia y claridad y a que sea oportuna, (...). *Ibidem*.

estemos ante CCE al interior de los Grupos Empresariales⁹⁰ entre las empresas⁹¹ del mismo Grupo⁹², siempre que con este no se generen perjuicios para las Sociedades vinculadas ni se afecten a terceros, y se respeten las normas sobre la promoción de la competencia y las prácticas comerciales restrictivas.

A este apartado tenemos que sumar en materia tributaria lo dispuesto en las normas sobre abuso, al respecto el artículo 869:

“Artículo 869. La Administración Tributaria podrá recharacterizar o reconfigurar toda operación o serie de operaciones que constituya(sic) abuso en materia tributaria y, consecuentemente, desconocer sus efectos. En este sentido, podrá expedir los actos administrativos correspondientes en los cuales proponga y liquide los impuestos, intereses y sanciones respectivos.

Una operación o serie de operaciones constituirá abuso en materia tributaria cuando involucre el uso o la implementación de uno o varios actos o negocios jurídicos artificiosos, sin razón o propósito económico y/o comercial aparente, con el fin de obtener provecho tributario, independientemente de cualquier intención subjetiva adicional.

Parágrafo 1. *Se entiende por recharacterizar o reconfigurar, la potestad con que cuenta la administración tributaria para determinar la verdadera naturaleza, forma o particularidades de una operación o serie de operaciones, distinta a la que el obligado tributario pretende presentar, y que conlleva a diferentes consecuencias tributarias.*

⁹⁰ (...) mientras que en lo regulado por el Código de Comercio puede surgir o depender ese control financiero o administrativo incluso sin predominio de capital o mayoría accionaria, pues lo importante para que nazca el grupo empresarial además de la subordinación es la unidad de propósito y dirección. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. SL 6228-2016. Rad. No. 43680. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

⁹¹ Digamos entonces que el control por vía de negocio jurídico de manera específica es: el poder de dominio que ejerce una persona jurídica aun sin carácter societario, sobre la gestión administrativa de una sociedad a razón de un acto o negocio jurídico, y por consiguiente podrá ser influyente en las decisiones jurídico patrimoniales que se tomen en la organización y ejecución económica de la sociedad. SALGADO Figueroa, Eduardo. El control contractual frente a la subordinación negocial del grupo empresarial. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, VII (13). Pág.. 64-78.

⁹² El concepto de “*unidad de propósito y dirección*” se exterioriza en aquellos grupos en que, por ejemplo, además de tener administradores comunes, se verifican procesos de integración vertical o de integración horizontal, como cuando una sociedad compra cueros, otra los procesa, otra fábrica zapatos, otra fábrica gelatina y otra comercializa dichos productos, o cuando se determinan políticas comunes (administrativas, financieras, laborales, etc.). Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-059116 del 15 de marzo de 2017.

Parágrafo 2. *Se entenderá que un acto o negocio jurídico es artificioso y por tanto carece de propósito económico y/o comercial, cuando se evidencie, entre otras circunstancias, que:*

- 1. El acto o negocio jurídico se ejecuta de una manera que, en términos económicos y/o comerciales, no es razonable.*
- 2. El acto o negocio jurídico da lugar a un elevado beneficio fiscal que no se refleja en los riesgos económicos o empresariales asumidos por el obligado tributario.*
- 3. La celebración de un acto o negocio jurídico estructuralmente correcto es aparente, ya que su contenido oculta la verdadera voluntad de las partes.*

Parágrafo 3. *Se entiende por provecho tributario la alteración, desfiguración o modificación de los efectos tributarios que, de otra manera, se generarían en cabeza de uno o más obligados tributarios o beneficiarios efectivos, tales como la eliminación, reducción o diferimiento del tributo, el incremento del saldo a favor o de las pérdidas fiscales y la extensión de beneficios o exenciones tributarias.”*

Y es que dicha disposición tiene una gran afinidad con los postulados que hemos venido esbozando a lo largo del presente trabajo, no se trata de condenar de antemano a los CCE como pareciera hacerlo el concepto 007397 de 2017 de la Dian, con la sola inclusión de una distribución de pagos o beneficios a una o a ambas Partes desde el Contrato, puesto que recordemos que por su naturaleza es necesario que en ese instrumento se regulen todos los aspectos debido precisamente a su naturaleza atípica⁹³, por lo que no existe otro escenario al cual recurrir⁹⁴, consideramos que con esta figura se logra un correcto balance

⁹³ (...) dada la condición de contrato atípico (no regulados en la ley nacional) que tienen estos contratos, las partes tienen plena libertad de establecer las particularidades del mismo, pero sí deben cumplir con las siguientes características, para ser reconocidos como tales: i) duración en el tiempo, ii) oneroso, y iii) participación y control conjunto. (...). Concepto DIAN No. 10721. Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Mayo 07 de 2019. Tomado de: <https://www.pwcimpuestosonline.co/Repositorio%20PwC/PDF/Doctrina/DIAN/Conceptos/2019/CO-N-010721-19.pdf>

⁹⁴ La legislación tributaria no puede interpretarse literalmente. Los hechos fiscalmente relevantes deben examinarse de acuerdo con su sustancia económica; si su resultado material, así comprenda varios actos conexos, independientemente de su forma jurídica, es equivalente en su resultado económico a las circunstancias y presupuestos que según la ley generan la obligación tributaria, las personas a las cuales se imputan, no pueden evadir o eludir, el pago de los impuestos. El principio de prevalencia del derecho sustancial, no puede ser ajeno al sistema tributario. El sistema tributario en el Estado social de derecho es el efecto agregado de la solidaridad de las personas, valor constitucional fundante, que impone a las autoridades la misión de asegurar el cumplimiento de los

que permite a las Partes una regulación integral de sus intereses sin que ello signifique utilizar instrumentos jurídico negociales para obtener provechos que la ley no ha consagrado⁹⁵.

Todos los CCE cualquiera que sea la forma que adopten necesariamente van a establecer algún mecanismo de fijación de remuneración entre las Partes o de retribución de los aportes, porque precisamente el contrato es el único medio del que disponen las Partes para regular cualquier aspecto esencial en el desenvolvimiento del negocio, toda vez que tratándose de una figura atípica no es posible acudir a reglas supletorias que regulen la manera en que deban distribuirse los ingresos⁹⁶, ello en ninguna medida puede considerarse como una garantía de un rendimiento o de una retribución para una de las Partes o para ambas, a lo sumo podrá ser la expresión de esa expectativa y la fijación de unas reglas a partir de las cuales pueda entrar a determinarse la prestación para su exigibilidad⁹⁷, característica esta que como hemos señalado consideramos son a las que hace referencia el inciso 3 del artículo 18 del E.T.

deberes sociales de los particulares. La efectividad del deber social de toda persona de “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de concepto de justicia y equidad”, abona el criterio de privilegiar en esta materia la sustancia sobre la forma (...). CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-015 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁵ Las operaciones que realicen los contribuyentes en las que se utilicen entidades, actos jurídicos o procedimientos para alterar, desfigurar o modificar artificialmente los efectos tributarios, constituyen abuso en materia tributaria, lo cual no se puede confundir con los beneficios tributarios que fija el legislador que generen al contribuyente un menor impacto en la tributación de los contribuyentes. Concepto DIAN No. 709. Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Mayo 08 de 2018. Tomado de:

<https://www.pwcimpuestosonline.co/Repositorio%20PwC/PDF/Doctrina/DIAN/Conceptos/2018/CO N-000709-18.pdf>

⁹⁶ La doctrina internacional indica que es también elemento esencial de los ACE, el pacto expreso de distribución de las utilidades o pérdidas resultantes de la iniciativa y la responsabilidad que cada una de las partes adquiere frente a las mismas (Nichols 1950); siendo así que, es imprescindible que el ACE especifique el porcentaje de participación de cada una de las partes en el emprendimiento o la metodología de asignación de utilidades y pérdidas, si este no va a estar relacionado con el porcentaje de participación, sino por ejemplo, por el alcance de la actividad que cada una aporta a la asociación. JARAMILLO Díaz Alexandra. Los acuerdos de colaboración empresarial en Colombia. Revista E-Mercatoria. Vol. 18. No. 1, enero – junio de 2019. Págs. 135-161.

⁹⁷ La exigibilidad es la calidad que coloca las obligaciones en situación de pago o solución inmediata, por no estar sometidas a plazo, condición o modo, esto es, por tratarse de obligaciones puras, simples ya declaradas. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Negocios Generales. Sentencia de Agosto 31 de 1942. Citada en HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes. Volumen I. Ed. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición 2007. Primera Reimpresión 2008. Bogotá D.C. Pág. 610.

La existencia de un rendimiento o remuneración o retribución en el CCE no necesaria y automáticamente conlleva a que el CCE incurra en la regla del inciso 3 del artículo 18 del Estatuto Tributario, y por ende que la actividad que presta la Parte o Partes involucradas en el CCE sea considerada gravada, es necesario verificar el contenido sustancial de la operación para verificar si tal inclusión en el contrato obedece a una regulación de uno de los elementos fundamentales del negocio como es la distribución de los riesgos y los beneficios que pueda reportar la operación o si por el contrario estamos ante un esquema que está buscando eliminar las pérdidas de una o de ambas Partes a través de algún sofisticado instrumento y haciendo uso para ello de los CCE⁹⁸.

El rendimiento garantizado no puede confundirse con la garantía como la define la Ley Civil y cuya función es amparar el riesgo implícito en el crédito, no es igual que las Partes regulen la forma en que han de distribuirse los riesgos y los beneficios del contrato a ejecutar, a que de allí se pueda derivar que esa estipulación es equivalente a lo que dispone el artículo 65 del C.C.

“ARTICULO 65. CAUCIONES. Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda”.

Si los servicios que se prestan para sí mismos no están gravados por el impuesto de IVA (artículo 420 del E.T. en concordancia con el artículo 1.3.1.2.1 del Decreto 1625 de 2016 – Decreto Único Reglamentario en materia Tributaria), de esta manera los servicios o actividades que una Parte de un CCE presta para el desarrollo del objeto del CCE dirigido a las otras Partes del CCE no se consideran un servicio, puesto que cumplen con la característica de ser un servicio para sí mismo, aún a pesar de que en el mismo contrato se hubiera regulado una distribución futura de beneficios, entiendo que esta situación obedece no a una búsqueda que garantizar un rendimiento, entendido como la búsqueda de reducir o eliminar el riesgo o la pérdida de una o de ambas partes y que incluso puede dar lugar a que se suscriban contratos auxiliares de garantía reales o personales como

⁹⁸ Todo aquel que es titular de un derecho debe obrar dentro de los límites que da el poder concedido. COMPAGNUCCI de Caso Rubén H. Manual de Obligaciones. Ed. Astrea. Primera Edición. 1997. Buenos Aires. Pág. 63.

pueden ser hipoteca, prenda, depósitos de dinero, pignoración de rentas, fiducia mercantil en garantía, avales, fianzas, entre otros⁹⁹.

Ahora bien, la posición anterior bien podría ser rebatida por la Autoridad Tributaria, en el entendido que al interior de los contratos de colaboración empresarial pueden ocurrir relaciones negócias garantizadas entre las Partes, las cuales deberían valorarse de manera independiente debido a la transparencia fiscal que le es propia a estos contratos, tanto así, que el propio artículo 18 del E.T. prevé de manera expresa que en aquellos casos en que las Partes del contrato establezcan relaciones comerciales (no especifica “servicios”) con el contrato mismo y derivado de ello obtengan un rendimiento garantizado, entonces se tratarán para efectos fiscales como relaciones entre partes independientes.

Y es esa valoración independiente la que debe realizar la Autoridad Tributaria, sin que la sola existencia de una regulación en el contrato, pueda de entrada caracterizar la operación de forma automática como un rendimiento garantizado, como repetimos pareciera darlo a entender el concepto 007397 de 2017 de la Dian, bajo el cual se dejan de lado otras herramientas normativas que posee la Administración, como el artículo 860 del E.T., para de entrada dar a entender que la sola regulación o distribución de un beneficio futuro da lugar a ser considerado como un rendimiento garantizado, ello a su vez implica también un desconocimiento del mandato Constitucional a la buena fe del artículo 83 de la C.P., y así lo ha señalado la Corte Constitucional en varias oportunidades¹⁰⁰, al decir:

“Con base en las disposiciones expuestas y en los demás principios fundantes del Estado Social de Derecho como el respeto a la dignidad humana, la solidaridad y la prevalencia del interés general se ha reconocido que las situaciones de abuso del derecho se configuran cuando: i) alguien que ha adquirido un derecho de forma legítima lo utiliza para fines no reconocidos por la ley; ii) una persona se aprovecha de vacíos legales o de interpretaciones encontradas para obtener beneficios incompatibles con el ordenamiento legal; iii) un ciudadano utiliza un derecho de manera desproporcionada e irrazonable;

⁹⁹ Artículos 1568, 1571, 2361, 2365, 2368, 2369, 2371, 2376, 2383, 2392, 2406 del Código Civil y 632, 633 y 634 del Código de Comercio.

¹⁰⁰ Sentencia C-258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia. T-511 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia. SU-624 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

o iv) una persona invoca de manera excesiva o confusa una norma para desvirtuar el objeto que persigue o protege.”¹⁰¹

Son todos estos los elementos que a lo largo del presente trabajo hemos tratado de señalar como los aspectos a tener en cuenta por parte de la Autoridad Tributaria para determinar si estamos en presencia o no de un rendimiento garantizado y no solamente la simple regulación o distribución de un ingreso a partir de una relación comercial al interior del mismo contrato, puesto que es de la misma naturaleza de este tipo de contratos (CCE) establecer esta clase de relaciones comerciales entre las Partes y por supuesto regular la distribución de los ingresos, pero esas dos situaciones no convierte per se al CCE en un rendimiento garantizado a la luz del inciso 3 del artículo 18 del E.T.

Trayendo nuevamente lo señalado en la NIIF 11, la regulación acerca de la forma en que las partes van a compartir sus ingresos y sus resultados hace parte de la estructura general de los acuerdos contractuales por los que se regulan los acuerdos conjuntos¹⁰², forma genérica para denominar a los CCE, resulta cada vez más evidente que la regulación de los ingresos y de los resultados en los CCE es necesaria, por lo que reiteramos nuestra opinión acerca que lo indicado en el concepto 007397 de 2017 de la Dian parece ir en el camino incorrecto, puesto que es necesaria esa regulación; en su apéndice B27 la NIIF 11, trae un ejemplo de como debería ser esa ordenación en un acuerdo contractual o CCE:

“El acuerdo contractual establece la distribución de los ingresos de actividades ordinarias y gastos sobre la base del rendimiento relativo de cada parte en el acuerdo conjunto. Por ejemplo, el acuerdo contractual puede establecer que los ingresos de actividades ordinarias y gastos se distribuyen sobre la base de la capacidad que cada parte utiliza de la planta operada conjuntamente, que podría diferir de su participación en la propiedad del acuerdo conjunto. En otras ocasiones, las partes pueden tener acordado compartir el resultado del periodo

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia SU-16 de enero 21 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰² Los acuerdos conjuntos se establecen para una variedad de propósitos (por ejemplo, como forma de que las partes compartan costos y riesgos, o para proporcionar a las partes acceso a nueva tecnología o nuevos mercados), y puede establecerse utilizando estructuras y formas legales diferentes. Apéndice B 12. NIIF 11. Tomado de: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/niif-2019/NIIF%2011%20-%20Acuerdos%20conjuntos.pdf>

relacionado con el acuerdo sobre la base de una proporción especificada, tal como la participación en la propiedad de las partes en el acuerdo. Esto no impediría al acuerdo ser una operación conjunta si las partes tienen derechos a los activos, y obligaciones con respecto a los pasivos, relacionados con el acuerdo¹⁰³”.

Ahora bien, no es lo mismo identificar o regular en el contrato que reiteramos es el único mecanismo u oportunidad para este tipo de negocios, los porcentajes de distribución de los riesgos y los beneficios que equiparar esa regulación con un amparo de un crédito, incluso si hablamos de beneficios o relaciones diferentes a las utilidades del negocio. Quiere esto decir, que durante la ejecución del negocio o del contrato podemos encontrar diferentes fases en las cuales se produzcan ciertos réditos económicos para algunas de las Partes, distintas a la distribución clásica de las pérdidas o utilidades que la operación pueda reportar al final; dada la complejidad de la operación y los distintos tipos de aportes que realizan las Partes en el CCE durante todo el proceso, es posible que se generen en favor de una o de algunas o de todas las Partes en proporción a su participación ingresos preliminares, que igualmente van a estar regulados en el Contrato, pero que no por ello pueden tampoco considerarse como garantizados, es importante anotar que estos ingresos no son la utilidad final que pueda generar el proyecto, son remuneraciones parciales o anticipadas que tienen como objeto reintegrar un servicio que una de las Partes no para engrosar su patrimonio o para obtener un incremento patrimonial, sino para cumplir el objeto del CCE, es decir para satisfacer la razón de aquel esfuerzo conjunto que están realizando las Partes, razón por la cual no podemos considerar esos ingresos de alguna manera “adelantados” que en el CCE como una garantía del rendimiento estimado por el aporte realizado.

Lo anterior, puede parecer un poco confuso, pero deben seguirse las mismas reglas que si estamos en presencia de la distribución de los ingresos finales del contrato o proyecto, es decir de las utilidades o beneficios que deja la Asociación conjunta, estos ingresos cualquiera que sean las fases o etapas del proyecto en donde se vean reflejadas, se considerarán como un rendimiento garantizado si de alguna manera reducen o eliminan las

¹⁰³

NIIF

11.

Tomado

de:

<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/niif-2019/NIIF%2011%20-%20Acuerdos%20conjuntos.pdf>

perdidas de las Partes y si además cumplen las demás condiciones de exigibilidad que la jurisprudencia y la doctrina han decantado.

La regla especial del inciso 3 del artículo 18 del Estatuto Tributario del rendimiento garantizado debe entenderse como aquel rendimiento garantizado en los términos de un verdadero título ejecutivo¹⁰⁴, es decir que cumple las condiciones de ser claro, expreso y exigible en concordancia con lo señalado con el artículo 422 del Código General del Proceso y otras normas procedimentales de nuestro ordenamiento¹⁰⁵.

En otras palabras que ese rendimiento para ser garantizado no solo tiene que eliminar o reducir sustancialmente el riesgo de pérdida, sino que debe ser exigible, es decir que no esté sometido a una condición adicional¹⁰⁶; porque si el rendimiento, remuneración o retribución que se establezca en el CCE se encuentra atado a un elemento aleatorio o de incertidumbre se rompe la regla especial contenida en el inciso 3 del artículo 18 del Estatuto Tributario y en consecuencia, pese a que se exprese el mecanismo de remuneración de las Partes del CCE esta actividad tendrá el tratamiento de no gravada.

Es en ese orden de ideas, debe entenderse incorporada la regla especial del inciso 3 del artículo 18 para los CCE, el rendimiento será garantizado siempre y cuando este reduciendo

¹⁰⁴ La última cualidad para que la obligación sea ejecutable es que sea exigible, es decir que pueda demandarse su cumplimiento por no estar pendiente de un plazo o una condición; dicho de otra forma la exigibilidad de la obligación se debe, a la que debía cumplirse dentro de cierto término ya vencido, o cuando ocurriera una condición ya acontecida, o para la cual no se señaló término, pero cuyo cumplimiento sólo podía hacerse dentro de cierto tiempo que ya transcurrió, y la que es pura y simple por no haberse sometido a plazo ni condición, previo requerimiento. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. (29288). Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez.

¹⁰⁵ ART. 297 C.P.A.C.A.—Título ejecutivo. Para los efectos de este código, constituyen título ejecutivo:

(...)

3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación de contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones. (...).

¹⁰⁶ Y así tenemos obligaciones que no han sufrido limitación y se llaman “puras y simples”, y otras en que esa limitación se ha operado y se denominan “modales”. Estas, a su vez, pueden subdividirse en condicionales —cuando las consecuencias se subordinan a un acontecimiento futuro e incierto—, a plazo —cuando la exigibilidad se subordina al cumplimiento de un hecho futuro y cierto—, y con cargo —cuando se agrava la prestación con una accesoria. BOFFI Bogguero Luis M. Tratado de las Obligaciones 3. Ed. Astrea. Primera Impresión 2003. Buenos Aires. Pág. 200.

sustancialmente o eliminando el riesgo de pérdida de una de todas las Partes del CCE y cuando además ese rendimiento no esté sometido a ninguna condición que sustraiga o impida su exigibilidad, en caso contrario, la inclusión de rendimientos o distribuciones de beneficios o ingresos tiene por objeto reglamentar el negocio jurídico que se disponen adelantar.

4. Bibliografía

1. ALDIVAR, Enrique. Rafael M. Manovil. Guillermo E. Ragazzi. Contratos de Colaboración Empresaria. Editorial Abeledo Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires. 1989.
2. ARMOUR, John. Hansmann Henry y Kraakman Reinier. Los Elementos Esenciales del Derecho Corporativo. ¿Qué es el Derecho Corporativo?. Revisat Ius Veritas. No.

53. Diciembre 2016. Traducción Augusto Tomás Hostia Cardeña. Tomado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16543/16889>.
3. ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Atípicos. Editorial Legis. Séptima Edición 2012. Primera Reimpresión. 2013. Bogotá D.C.
 4. BAENA Cárdenas Luis Gonzalo. Condiciones Generales de la Contratación Fiduciaria. Autonomía Privada y Competencia. Del Derecho Comercial al Derecho de Mercado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2013.
 5. BOFFI Bogguero Luis M. Tratado de las Obligaciones 3. Ed. Astrea. Primera Impresión 2003. Buenos Aires.
 6. COMPAGNUCCI de Caso Rubén H. Manual de Obligaciones. Ed. Astrea. Primera Edición. 1997. Buenos Aires.
 7. CÓRDOBA Acosta Pablo Andrés. El Derecho de Sociedades y el Gobierno de la Sociedad Anónima: el interés social, órganos, accionistas y administradores. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2014.
 8. CÓRDOBA Acosta, Pablo Andrés. La Reactivación de Sociedades, en Del Derecho Comercial al Derecho del Mercado. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2013.
 9. DARON Acemoglu y James A. Robinson. Por qué Fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza. Traducido por Martha García Madera. Ediciones Deusto Novena Reimpresión. Bogotá D.C. 2014.
 10. FARINA Juan Manuel. Contratos Comerciales Modernos 2. Editorial Astrea. 2005. Tercera Edición.
 11. FUEYO Laneri, Fernando. Los Contratos de Colaboración Empresaria y su Modalidad Complementaria de Contratos de Dominación. Editorial Jurídica Chile. 1991. Chile.
 12. HANSMANN, Henry y Reinier Kraakman. El rol esencial del derecho de las organizaciones. Traducido por Elva Moran Rodríguez. THĒMIS-Revista de Derecho; No. 46 (2003). Derecho Corporativo; 15-45. Tomado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/978>
 13. HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes. Volumen I. Ed. Universidad Externado de Colombia. Tercera Edición 2007. Primera Reimpresión 2008. Bogotá D.C.

14. HINESTROSA Fernando. Tratado de las Obligaciones II. De las Fuentes de las Obligaciones: El Negocio Jurídico. Volumen I. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2015.
15. JARAMILLO Díaz Alexandra. Los acuerdos de colaboración empresarial en Colombia. Revista E-Mercatoria. Vol. 18. No. 1, enero – junio de 2019.
16. LE PERE, Sergio. Joint venture y sociedad. Acuerdos de coparticipación empresarial. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2008.
17. MARIN Elizalde, Mauricio y Castro Arango José Manuel. La Obligación Tributaria y sus Fundamentos Constitucionales. Editor Julio Roberto Piza Rodríguez. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2015. Bogotá D.C.
18. Meinhard vs Salmon. 248 N.Y. 458. 164 E NE 54. 1928 Citado en: SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996.
19. MILLARD Eric. Teoría General del Derecho. Trad. Bernardo Carvajal Sánchez. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2016.
20. MUÑOZ Martínez Gabriel. La prestación de servicios como elemento objetivo del hecho imponible del IVA en Colombia. Análisis del hecho generador del IVA en el ordenamiento jurídico Colombiano. Editor Julio Roberto Piza. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2017.
21. PARRA, Quijano Jairo. Derecho Procesal Civil, Parte especial, Tomo II, Bogotá: Ediciones Librería El Profesional, 1995
22. Pauleau, Christine. INCIDENCIA DEL DERECHO EN LA CREACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DE LAS JOINT VENTURES. Análisis de la organización jurídica de las joint ventures en la Unión Europea con especial referencia a España. Barcelona. 2000. Tomado de: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7278/tcp1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
23. PÉREZ Escalona, Susana. La Asociación y el Derecho de Sociedades: Una Revisión en Clave Contractual. Universidad La Rioja. Ed. Thomson Civitas. Pamplona, España. 2007.
24. RADBRUCH GUSTAV. Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Fondo de Cultura Económica. México D.F. Primera Edición. 1951. Pág. 10
25. REYES, Villamizar Francisco. Análisis Económico del Derecho Societario. Editorial Legis. Segunda Edición. Bogotá D.C. 2013.

26. REYES Francisco. The Colombia Simplified Corporation: An Empirical Analysis of a Success Story In Corporate Law Reform. Tomado de: <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1118&context=jlia>.
27. SALGADO Figueroa, Eduardo. El control contractual frente a la subordinación negocial del grupo empresarial. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, VII (13).
28. SIERRALTA Ríos Aníbal. Joint Venture Internacional. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1996.
29. SILVA-SANTISTEBAN Díaz Alfredo. Reflexiones sobre el contrato de franquicia: contrato de colaboración empresarial y diferencias con figuras jurídicas similares. Revista de Economía y Derecho. Vol. 11. No. 41 (verano de 2014). Sociedad de Economía y Derecho UPC.
30. SVARCIC DE KOCH, Katica. Régimen contable y tributario aplicable a los joint ventures. Cuadernos Tributarios No. 15. Ed. Asociación Fiscal Internacional. Lima. 1993.
31. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-015 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
32. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de Tutela. T-597/95. Sala Quinta de Revisión. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
33. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia SU-16 de enero 21 de 2021. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado
34. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia Sustitutiva. Sala de Casación Civil y Agraria. Expediente No. 05001-31-03-016-2002-00007-01 de 15 de diciembre de 2016.
35. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. M. P. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2006. Referencia: Expediente No 88001-31-03-002-2002-00271-01
36. (*West Vs People First National Bank and Trust Co. 387 Pa 275, 146 A 2d 427, 1957.*)
37. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria No. 05001-31-03-016-2002-00007-01 de 15 de diciembre De 2016.
38. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Expediente No. 8800131030022002-00271-01 Fecha Septiembre 13 de 2006.
39. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Bogotá, D. C., 4 de diciembre de 2008. Referencia: C-1100131030271992-09354-01.

40. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. SL 6228-2016. Rad. No. 43680. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.
41. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia de Octubre 22 de 2001. Exp. 5817. M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles.
42. CONSEJO DE ESTADO. Sección Cuarta. M.P. Julio Roberto Piza Rodríguez. Expediente 24262. Año 2019. Tomado de: https://www.pwcimpuestosonlinea.co/co/index.php?id_cms=54&controller=cms&id_lang=4&p=SentenciaConsejo&id=Sentencia%2024262%20de%202019.xml
43. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 7 de diciembre de 2017, exp. 52702, M.P. Danilo Rojas Betancourth
44. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Tercera, sentencia del 7 de octubre de 2004, exp. 23989, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
45. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P.: MARÍA ADRIANA MARÍN. Bogotá D.C., catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019). Expediente No.: 25000-23-26-000-2011-00995-02(61805).
46. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Exp. (29288). Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez.
47. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Tomado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>
48. Tomado de <https://dle.rae.es/?id=lsE8t8h>.
49. CONCEPTO DIAN No. 3459 de 2019. Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Tomado de https://www.pwcimpuestosonlinea.co/co/index.php?id_cms=14&controller=cms&id_lang=4.
50. Concepto DIAN No. 10721. Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Mayo 07 de 2019.
51. Concepto 7397 de marzo 31 de 2017. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
52. Oficio 097935 de diciembre 29 de 2005. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
53. Concepto 012420 de febrero 10 de 2006. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

54. Citado en el Concepto 003342 de enero 16 de 2007. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.
55. Concepto DIAN No. 709. Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina. Mayo 08 de 2018.
56. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 125-2831 del 22 de enero de 1999. Tomado de https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/24436.pdf
57. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. OFICIO 220-100418 DEL 25 DE JUNIO DE 2014. Tomado de: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/OFICIO_220-100418_DE_2014.pdf
58. Superintendencia de Sociedades Circular Externa 115-006 23-12-2009. Tomada de <http://www.normasinternacionalesdecontabilidad.es/nic/pdf/NIC31.pdf>.
59. Superintendencia de Sociedades. Oficio No. 220-059116 del 15 de marzo de 2017.
60. Párrafos 23 y 32. Tomada de <http://www.normasinternacionalesdecontabilidad.es/nic/pdf/NIC31.pdf>. Párrafo 48.
61. Norma Internacional de Información Financiera 11. Tomada de <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cr/Documents/audit/documentos/nii-f-2019/NIIF%2011%20-%20Acuerdos%20conjuntos.pdf>.