

EL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION
Alternativa contractual para las empresas de riesgo compartido

JUAN CARLOS LONDOÑO JARAMILLO

Proyecto de Grado presentado como requisito para optar el título de
Abogado.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIOECONOMICAS
SANTAFE DE BOGOTA, 2000

DEDICATORIA

A mi señora Thelma quien con su constante y amoroso apoyo me dieron el ánimo para emprender la labor de realizar este estudio.

A mis padres sin cuyo apoyo no hubiera sido posible.

A Juliana, Andrés Felipe y Santiago mis adorados hijos en quienes encuentro la razón para recomenzar siempre.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCION	1
1. OBJETIVOS	4
1.1. Objetivo General	4
1.2. Objetivos específicos	5
2. UBICACION DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION	6
2.1. Antecedentes y tendencia de la regulación dominante	6
2.2. Definición del contrato de cuentas en participación	8
2.2.1. Definición Legal	8
2.2.2. Definiciones doctrinarias	9
2.2.3. Naturaleza	13
2.2.4. Negocio de sustitución	21
2.2.5. Características del contrato de cuentas en participación	27
2.2.5.1. Bilateral	27
2.2.5.2. Oneroso	55

2.2.5.3. Conmutativo	58
2.2.5.4. Principal	60
2.2.5.5. De forma libre	61
2.2.5.6. Preestipulado	64
2.2.5.7. De ejecución sucesiva o ejecución instantánea	66
2.2.5.8. Intuitu personae	71
2.2.5.9. Típico	74
2.2.6. Conclusiones	76
2.3. Condiciones para la existencia y validez del contrato de cuentas en participación	77
2.3.1. El Código de Comercio y su regulación sobre la existencia, la validez y la oponibilidad de los actos jurídicos	77
2.3.1.1. Existencia	78
2.3.1.2. Nulidad absoluta	79
2.3.1.3. Nulidad relativa	80
2.3.1.4. Nulidad parcial	82
2.3.1.5. Inoponibilidad	83
2.3.2. La calidad de comerciante. ¿Incapacidad particular?	83
2.3.3. Aspectos particulares en la regulación del objeto	88

2.3.3.1. Operaciones mercantiles	89
2.3.3.2. Determinación de las actividades	91
2.3.4. Celebración del contrato entre cónyuges no separados de cuerpos y entre los titulares de la patria potestad y los hijos no emancipados	94
3. MARCO TEORICO PARA UN ESTUDIO DE LA UTILIDAD DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION	97
3.1. El asociado gestor	98
3.2. El partícipe inactivo	102
3.3. Reserva del vínculo	103
3.4. Responsabilidad contractual	111
3.4.1. Responsabilidad del asociado gestor	111
3.4.2. Responsabilidad de los partícipes inactivos	113
3.4.3. Relaciones y responsabilidades entre asociados	118
3.5. Cesión de las calidades	119
3.5.1. La del asociado gestor	120
3.5.2. La del partícipe inactivo	122
3.6. Terminación del contrato de cuentas en participación	123
3.6.1. Acaecimiento del plazo	126

3.6.2. Acaecimiento de la condición resolutoria	127
3.6.3. Denuncia del contrato	127
3.6.4. Por la realización de la operación pactada	128
3.6.5. Por mutuo acuerdo de las partes	128
3.6.6. Imposibilidad sobreviniente para realizar la operación u operaciones pactadas	129
3.6.7. Liquidación obligatoria y toma de posesión que afecta al gestor	129
3.7. Alcance de la integración con las normas comerciales que regulan la sociedad en comandita simple y las disposiciones del contrato de sociedad comercial	131
3.8. Tratamiento fiscal del contrato de cuentas en participación	134
4. ANALISIS COMPARATIVO CON LOS CONTRATOS DE COLABORACION EMPRESARIAL	141
4.1. Concepto	141
4.2. Joint Venture	145
4.3. Agrupaciones de colaboración	155
4.4. Unión transitoria de empresas	157
4.5. Consorcios y uniones temporales	159
4.6. Conclusiones	164

5. HACIA LA ACTUALIDAD Y VIGENCIA DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	167
6. MINUTA DE UN CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN	175
BIBLIOGRAFIA	182

INTRODUCCION

Una institución de derecho comercial que tiene sus raíces en la más antigua forma de cooperación mercantil, conocida como la “Participación”, que concedía la posibilidad a un capitalista (o un grupo de ellos) de intervenir mediante una aportación patrimonial en el negocio mercantil administrado por otro, actualmente es, paradójicamente una figura contractual en desuso y desconocida por abogados y empresarios pero no obstante ello utilizable y meritoria.

El profesor Gabriel Correa Arango al iniciar la presentación de este contrato expresa lo siguiente: “Lamentablemente esta figura contractual no ha tenido ni tiene en la actualidad la difusión intelectual que se merece, lo que se acredita con un simple sondeo de opinión no sólo entre los legos o neófitos en las disciplinas jurídicas y financieras, sino entre

aquellas personas que por razón de su profesión (abogados, expertos contables, etc.) debieran tener un conocimiento al menos primario o meridiano de la naturaleza y efecto de ésta modalidad de negocio jurídico”.¹

Recientemente y fruto de implementaciones de tendencias político-económicas como la globalización y la consecuente apertura económica, se vienen desarrollando modalidades contractuales sometidas a muy distinto régimen jurídico, unas veces originarias del derecho comercial internacional (V.gr. Joint Venture) y otras veces creaciones legislativas nacionales que matizan y en ocasiones desarreglan lo que parecía claro (v.gr. Ley 80 de 1.993 con la regulación de los Consorcios y las Uniones Temporales.) Lo dicho parece plantea cuestionamientos que con esta tesis, pretendemos resolver, o, al menos, identificar para sugerir herramientas que faciliten el desarrollo de las actividades económicas y de las empresas comerciales no sometidas a excesivos formalismos legales que eviten que la normatividad y el desarrollo doctrinario y

¹ CORREA ARANGO, Gabriel. De los principales contratos mercantiles. Primera edición. Biblioteca jurídica Diké. Medellín, 1988. Página 176.

jurisprudencial **milenarias** (así resaltado y subrayado) se conviertan en letra muerta.

Vienen imponiéndose teorías sobre los contratos de colaboración empresarial, los negocios de sustitución y el régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos, que cuestionan la capacidad de respuesta de las sociedades comerciales por el excesivo legalismo ante las necesidades de una mayor eficiencia actuando en el plano de la libre competencia. Además, no siempre las empresas producen por sí y para sí, sino que requieren de bienes y servicios de otras empresas. Por todo lo dicho es necesario y oportuno profundizar en el conocimiento de este, para proponerlo como alternativa, muy valiosa según veremos, para lograr esta moderna transformación.

1. OBJETIVOS

1.1. Objetivo general.

Realizar un análisis crítico de la evolución del contrato en sus aspectos legislativos, jurisprudencial y doctrinarios que permitan ubicar el contrato destacando la utilidad del mismo en las actuales tendencias económicas y legislativas.

1.2. Objetivos específicos.

Partiendo de este objetivo general se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Proponer una definición omnicomprendensiva del contrato destacando sus características.
- Definir las condiciones que resaltan su utilidad actual.
- Realizar un estudio comparativo con figuras de reciente creación y gran difusión actual que permita descollar las ventajas del contrato de cuentas en participación como facilitador de negocios ágiles y con seguridad jurídica.
- Proponer alternativas para el desarrollo del contrato de cuentas en participación.

2. UBICACIÓN DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION

2.1. Antecedentes y tendencia de la regulación dominante.

Para un breve análisis histórico de esta figura se impone como referencia la común percepción doctrinaria en el sentido de asegurar que las cuentas en participación son un contrato de cooperación económica cuyos antecedentes se encuentran en la denominada “Participación” o “Commenda” medievales, la más antigua de las formas de colaboración empresaria conocida y además origen histórico de las sociedades en

comandita. Así “Sociedad Comanditaria y cuentas en participación descansan en el mismo fundamento económico: ambas conceden a un capitalista la posibilidad de participar con un aporte patrimonial en el negocio mercantil dirigido por otro”².

Presentaba el contrato de cuentas en participación la diferencia con la commenda en el carácter oculto de la aportación del participante. Por eso su denominación de “Sociedad Secreta”, “Sociedad Accidental”, “Compagnia Secreta”, “Stille Gesellschaft”, e incluso “Société Anonyme” o “Conta d’Amentare”.

La utilización de esta institución fue extraordinaria, especialmente porque permitía la participación en actividades comerciales para aquellas personas con impedimentos para el ejercicio mercantil (nobleza, eclesiásticos, jueces) y evadía la prohibición canónica que impedía el cobro de intereses, siendo así que sin “la participación” no hubiera sido posible el desarrollo intenso del comercio en la baja edad media europea.

² GARRIGUES, Joaquín. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III. Volumen I. Obligaciones y contratos mercantiles. Revista de derecho mercantil. Madrid, 1963. Página 183

Este contrato llega al derecho moderno y es regulado en diversas legislaciones escritas del mundo. Así en Europa, las legislaciones española y portuguesa regulan el contrato de cuentas en participación o conta em participação; en Francia Associazione en partecipazione. En el derecho anglosajón se permite en las sociedades la presencia del “Sleping Partner” o “Dormant Partner” que no es otra cosa que el partícipe. En nuestro continente, Canadá consagra la Societé Anonyme; en México y Venezuela las asociaciones de participación; en Argentina las Sociedades accidentales o en participación y en nuestro país contrato de cuentas en participación.

2.2. Definición del contrato de cuentas en participación.

2.2.1. Definición Legal: Con las dificultades propias de reducir un contrato a una definición normativa, agravado el esfuerzo por las particulares circunstancias en que se elaboró nuestro Código de Comercio, debemos observar que el artículo 507 dice: “La participación es un contrato por el cual 2 o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles

determinadas que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

A lo largo de este trabajo se irán explicando algunas posturas doctrinarias y nuestro criterio personal frente a esta definición, pero resulta forzoso punto de partida para el desarrollo o redescubrimiento de este contrato. Terminada la relación de conceptos se irán desglosando todos los aspectos que se derivan directamente de esta definición.

2.2.2. Definiciones Doctrinarias: Dice César Vivante: “La asociación es un contrato por el cual una persona concede parte a otra en las ganancias y pérdida de sus operaciones mercantiles. Llamaremos asociante al que dirige la operación y asociado al que sigue su suerte participando en los resultados”.³

Por su parte Emilio Langle y Rubio dice que: “Podría darse su noción doctrinal diciendo que una persona (titular, participante, asociante, gestor

³ VIVANTE, César. Tratado de Derecho Mercantil. Volumen II. Traducido por Ricardo Espejo de Hinojoza. Primera Edición. Editorial Reus S.A. Madrid, 1.932. Página 576

o complementario) se obliga a dar participación a otra (partícipe o asociado) en las utilidades o pérdidas de una o de varias operaciones mercantiles o del comercio entero que realiza aquella bajo su exclusivo nombre y responsabilidad, a cambio de una aportación que ésta se compromete a conferirle”

“...También puede darse el caso de que varias personas se reúnan (sin constituir sociedad) para emprender una actividad comercial no iniciada todavía y apareciendo públicamente sólo una de ellas; lo cual representa una modalidad especial, con notas particulares”⁴

Explica Broseta Pont: “Las cuentas en participación fueron y son un contrato de colaboración económica, frecuentemente estipulado, por el que uno o varios sujetos aportan capital o bienes a otro, para participar en los resultados prósperos o adversos de un acto o actividades que éste desarrolla enteramente en su nombre, y aparentemente, por su única cuenta”.⁵

⁴ LANGLE Y RUBIO, Emilio. Manual de Derecho Mercantil español. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona, 1.950 Página 329.

⁵ BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. 6ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1985. Página 357.

Define Martínez Val: “El contrato de cuentas en participación es aquel en el cual una persona (gestor, titular o participante) por lo general comerciante, se obliga a dar a otra u otras (cuenta-partícipes o partícipes) una participación en los beneficios o en las pérdidas de una o varias operaciones mercantiles o en el giro de su comercio, en general, que aquella realiza en su propio nombre y responsabilidad, a cambio de la aportación que ésta se compromete a transferirle a tal efecto”.⁶

Para Gabino Pinzón “en síntesis, la participación es un contrato por medio del cual dos o más personas hacen aportes destinados a uno o varios negocios adelantados por uno de ellos en su propio nombre y bajo su responsabilidad exclusiva ante terceros, con la obligación de rendir cuentas a los demás copartícipes y de repartir con todos ellos las utilidades obtenidas en la forma pactada o convenida en el contrato.”⁷

Messineo describe, antes que definir, de la siguiente manera: “Diversa, en parte, de la sociedad irregular (la cual, sí bien no constituida de modo legal, sin embargo, de ordinario, opera como sociedad y se manifiesta

⁶ MARTINEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Primera Edición. Bosch, Casa Editorial S.A. Barcelona, 1.979. Página 476.

⁷ PINZON, Gabino. Sociedades comerciales. Vol. II. Tipos o formas de sociedades. Tercera edición refundida y actualizada. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, 1.989

como tal a los ojos de los terceros: es también la sociedad (irregular) denominada interna, también llamada oculta. Esta se tendría en aquellos casos en que exista un vínculo social, con aportación de bienes (o de servicios) para el ejercicio en común de una actividad económica, siempre que de la existencia de tal vínculo los terceros no tengan ningún indicio (por faltar la publicidad del mismo.) Y, sin embargo, uno de los socios obre por cuenta de la sociedad, pero en nombre propio, o sea, en carácter de mandatario sin representación, sin que la sociedad se manifieste a los terceros por medio de un representante orgánico que “utilice” el nombre de esa sociedad”.⁸ En los siguientes apartes se irán fijando posiciones acerca de algunos aspectos de esta descripción.

Teniendo como marco general la definición legal antes transcrita y desglosando estas descripciones de autoridad innegable, a continuación, se procede a fijar su naturaleza, clasificación y alcance, para finalizar con un concepto propio sobre las cuentas en participación.

⁸ MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo V. Primera edición. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979. Página 348.

2.2.3. Naturaleza. Como se ha visto, históricamente este contrato ha recibido nombres que lo vinculan a instituciones jurídicas distintas, especialmente a la sociedad en general, y a la comandita en particular, negando su autonomía y tipicidad como contrato mercantil.

A esto se suma la ubicación de la regulación legal (artículos 507 a 514) en nuestro Código de Comercio. Efectivamente este articulado es el Título X del Libro Segundo, dedicado a las Sociedades Comerciales, y se encuentra a continuación de la normatividad de la sociedad mercantil de hecho, teniendo el mismo Código, un Libro (el Cuarto) dedicado a los Contratos y Obligaciones Mercantiles.

Aún cuando la tendencia doctrinaria mayoritaria (véanse Correa Arango, Arrubla Paucar, Martínez Val, Zolá Cañizarez, Broseta, Chulia,) se inclina a reconocer la autonomía del contrato en contra de aquellos (véanse Vidari, Fagella, Pardessus, Bonnecase, Ripert, Gierke, Ponsá Gil, Ignacio Sanín) que lo consideran una modalidad más de la sociedad comercial, e incluso formas de otros tipos contractuales como veremos al final de este capítulo, al fijar una posición, parece pertinente reconocer que el criterio no puede ser universal pues se ve influido por las

legislaciones locales. Por esto el siguiente análisis obedece a su entorno en el régimen comercial colombiano, alimentado eso sí, por sus ancestros históricos.

Por las razones que se enumeran a continuación, la inclusión de la participación en la regulación de las sociedades mercantiles es un error de técnica legislativa que puede obedecer al carácter difuso que este contrato ha tenido a lo largo de la historia. Este no era el propósito legislativo como lo explica el profesor Correa Arango: “Este criterio desafortunadamente no se tuvo en cuenta en Colombia al expedir el nuevo Código de Comercio, no obstante que en el proyecto del año 1.958 no se previó que “la participación” hiciera parte del título que regulaba las sociedades comerciales tal como estaba en el Código de Comercio Terrestre, sino que la idea era vincularla al libro Cuarto destinado al tratado de las obligaciones y de los contratos, tal como lo han hecho otras legislaciones modernas”⁹

⁹ CORREA ARANGO, Gabriel. Op. Cit.. Página 189.

Los motivos para argüir que la participación no es una sociedad, son las siguientes:

- La falta de personalidad jurídica, elemento esencial de toda sociedad mercantil. Y esta carencia está expresamente dispuesta en el artículo 509 del C. de Co. cuyo tenor dice: “La participación no constituirá una persona jurídica”. Como consecuencia, y así lo sentencia el mismo artículo, no poseen ni domicilio social ni nombre propio. Cabe precisar que de acuerdo con los artículos 499 y 500 del mismo código, las sociedades de hecho y las irregulares tampoco generan personería jurídica, con lo cual podría asegurarse que el contrato de cuentas en participación es una forma de este tipo de sociedades. Sin embargo, los elementos que a continuación expongo terminan diferenciando definitivamente estos 3 tipos contractuales.
- Con el contrato de cuentas en participación no se crea un patrimonio común entre gestor y partícipes, y la creación de éste fondo común sería inútil, por cuanto la garantía general de los acreedores es el patrimonio del gestor, a cuyo seno ingresan los aportes de los partícipes, como se explicará extensamente más adelante. El mismo artículo 509 lo define en forma clara.

- La administración, o mejor, la falta de ésta en la participación, es diferencia que separa esta figura incluso de las sociedades de hecho e irregulares (artículo 503 C. de Co.) Así, las sociedades son administradas de acuerdo a la forma estipulada en los estatutos o prevista en la ley, pero en todo caso respetando la voluntad de los asociados. Al contrario, en este contrato de cuentas en participación sólo hay una gestión exclusiva y excluyente por parte del gestor. Una estipulación en contrario significaría estar cambiando un elemento esencial del contrato (artículo 1501 C.C.), sin el cual o no se produce efecto alguno, o tal acuerdo degenera en otro contrato.
- Quizás la principal diferencia se encuentra en el postulado de la autonomía de la voluntad privada¹⁰, esto es el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de la manifestación de la voluntad de los particulares. Para constituir válidamente una sociedad debe existir la “Affectio societatis”, tanto en la intención de las partes para permanecer en sociedad (sentido subjetivo) como en la

¹⁰ Alessandri lo describe de la siguiente manera: “En materia contractual, la voluntad es soberana; es ella la que dicta el derecho. El contrato nace del acuerdo de voluntades, y es este acuerdo el que, salvo ciertas restricciones impuestas por razones de orden público o de moral o con el propósito de proteger a los incapaces, determina con entera libertad los efectos que el contrato ha de producir y la extensión y duración del mismo. En esto consiste el principio de la autonomía de la voluntad, principio básico de nuestro derecho contractual y admitido, por lo demás, universalmente. La autonomía de la voluntad es, según esto, la libertad de que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración.” (ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De los contratos. Primera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1995. Página 16).

colaboración voluntaria para alcanzar unos fines comunes (sentido objetivo). En otras palabras, querer celebrar un contrato de sociedad, en cualquiera de sus modalidades. Los celebrantes de un contrato de cuentas en participación no quieren celebrar un contrato de sociedad. Repugna a su voluntad. Se podrá predicar del gestor su intención de obtener capital u otros aportes para poder realizar determinada actividad y del partícipe (o partícipes) el deseo de obtener un lucro, por el rendimiento de su inversión en un negocio realizando por otros, pero nunca que su deseo es crear una sociedad, por permanente que sean los negocios de la participación.

- El contrato de sociedad, aún la mercantil, es un contrato solemne (artículos 110 y s.s. C. de Co), requisitos constitutivos que la misma Ley dice respecto de la participación que no se requieren, y que su regulación se regirá por el acuerdo de las partes (artículo 508 C. de Co.).
- Como consecuencia de todo lo aquí expuesto, al no ser la participación una forma social, no pueden los contratistas emitir acciones o cuotas sociales.¹¹

¹¹ Al respecto Ignacio Sanín explica “En este estadio, los elementos de la esencia y de la naturaleza de la sociedad típica (comanditaria, anónima, colectiva o de responsabilidad limitada) coinciden con los

Pero también por asimilación de éste contrato se ha sostenido que es forma particular de otros contratos típicos. Así:

- **Teoría del mandato:** Afirmar que el gestor es un mandatario del partícipe o partícipes es asegurar que el gestor obra por cuenta y riesgo del mandante, y que los efectos se producen directamente en cabeza de éste (*contemplatio domini*). El mandatario debe actuar dentro de los límites del mandante. El gestor actúa en su solo nombre, en un negocio propio y los efectos de su actuación se producen directamente en él. No está sujeto a ningún límite en cuanto a su actividad, y su capacidad de actuación no está sujeta a revocación voluntaria como sucede en el mandato. La comisión, como especie de mandato, sería la figura más parecida a la participación, pero, además de lo ya mencionado respecto del género como el cumplimiento de las

de la convención que se conoce como sociedad Accidental en las legislaciones argentina y uruguaya, o como sociedad Tácita en las legislaciones alemana y austríaca. Que es nuestra Participación, denominada Asociación en Chile y Ecuador; Cuentas en Participación en Colombia, Venezuela, España, Chile, Portugal, Cuba y Ecuador; Asociación en Participación en Italia, Francia, Perú, Méjico y Venezuela; y Sociedad Anónima en Canadá (acogiéndose un nombre afín a la naturaleza de la Participación pero tomado del derecho francés anterior a la codificación). En Brasil el contrato se llama Sociedad de Cuentas en Participación, pudiendo utilizarse también los términos de sociedad Accidental o Momentánea o Anónima.

Sirvan estos comentarios para sustentar entonces la siguiente afirmación: la Participación o Cuentas en Participación regulada por los artículos 507 a 514 del Código de Comercio es una forma de sociedad, cuyas consecuencias en derecho son diferentes a las de las sociedades típicas específicamente denominadas por el Código de Comercio, pues esta sirven de soporte al nacimiento de una persona moral mientras que aquella permanece produciendo efectos exclusivamente entre los socios.” (VARIOS. Las transformaciones del derecho mercantil moderno. Primera edición. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1988. Páginas 65-66)

instrucciones del mandante, informes permanentes y posibilidad de revocación voluntaria, es claro que el reputado como único dueño del negocio (*dominus negotii*) es el mandante, que en este caso sería el partícipe cuando lo que sucede realmente es que el gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación (artículo 510 C. de Co).

- **Teoría del Mutuo:** Por no generar un patrimonio autónomo, algunos pretenden sustentar que la participación es una forma de mutuo. Este es un contrato “en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad” (artículo 2221 C.C.). Este es un contrato real, esto es, para su perfeccionamiento es necesario la tradición de la cosa (artículo 1500 C.C.), por definición legal (artículo 2222 C.C.). Además es un contrato unilateral puesto que “una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna” (artículo 1496 C.C.). Al mutuante, quien no se obliga, no importa el destino que el mutuario (único obligado) dé a las cosas fungibles entregadas, y el mutuario debe devolver íntegramente estas cosas incluso con intereses si son pactados, o si se trata de mutuo comercial, independientemente,

es más, con prescindencia del resultado económico de sus negocios. En el contrato de cuentas en participación la entrega de los aportes se hace “solvendi causa”, o como consecuencia del contrato, que por lo tanto es de forma libre y no real como se explicará en su momento. En el caso del mutuo, esta entrega es “obligandi causa”, esto es, necesaria para perfeccionar el contrato. De la participación surgen obligaciones para todas las partes y él o los partícipes comparten la utilidad o la pérdida del negocio del gestor, razón por la cual sí tienen interés en el destino que éste dé a sus participaciones y por esto tienen derecho de inspección y control y a obtener rendición de cuentas en la forma estipulada o en cualquier tiempo si no se estipuló.

Por todo esto es que se concluye que este es un contrato autónomo y que la ubicación de su reglamentación en el Código de Comercio hubiera sido más acertada y técnica en el libro de obligaciones y contratos.

2.2.4. Negocio de Sustitución: Para conocer la naturaleza de la participación es pertinente la “Teoría de la sustitución voluntaria o negocios de sustitución”, puesto que se ha vinculado este contrato como

figura típica de esta elaboración doctrinaria. El concepto más aceptado sobre el alcance de la sustitución es aquel según el cual “hay sustitución voluntaria cuando una persona afecta, en pro o en contra, el patrimonio de otra con el consentimiento de ésta, mediante un negocio jurídico que la primera celebra generalmente con un tercero, ya sea que lo haga a nombre suyo (sustitución indirecta o mediata) o a nombre del sustituido (sustitución directa o inmediata) pero siempre por cuenta de éste”¹²

Los elementos de esta sustitución voluntaria son:

- De derecho privado: En cuanto al contenido de sus intereses, en contraposición con la sustitución legal, la cual se produce para proteger intereses que se consideran esenciales a la comunidad (protección a enfermos mentales, menores, ahorradores, etc.). Por lo tanto el régimen legal aplicable está en la órbita del derecho privado y en especial el principio de la autonomía de la voluntad privada.
- Capacidad del sustituido: Esta teoría supone la capacidad legal o capacidad de hecho para la celebración del respectivo contrato, al

¹² ESCOBAR SANIN, Gabriel. *Negocios Civiles y Comerciales*. Tomo I. Segunda edición. Revisada y adicionada. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987. Página 51.

contrario de lo que sucede en la sustitución obligatoria en la que lo normal es la incapacidad del sustituido.

- Sujeción del sustituto al sustituido: Esto como consecuencia de la relación jurídica y que impone al sustituto especiales deberes de protección en favor del sustituido, en particular sobre el patrimonio de éste.
- Esencialmente revocable: Corolario del elemento anterior, la sustitución es revocable por el sustituido como mecanismo defensivo, eficaz y rápido, o renunciable por el sustituto. Como en los casos anteriores, este elemento tampoco es predicable en la sustitución legal.
- Consecuentemente, la sustitución no implica en modo alguno que el interesado en ella pierda el derecho de celebrar total o parcialmente el mismo negocio que ha encomendado.

Finalmente me permito exponer los argumentos esgrimidos para justificar la importancia de esta teoría.

Partiendo de los elementos antes descritos, en los negocios de sustitución una persona reemplaza a otra generando un riesgo objetivo en el patrimonio del sustituido lo cual implica el establecimiento de una interpretación “defensiva” en favor de la parte “débil” de la relación. Se debe proteger la especial confianza que se ha dado al sustituido. Esta confianza debe entenderse en sentido objetivo, porque se trata de negocios que tienen influencia importante en la capacidad patrimonial de las personas.

Frente al riesgo que adopta el sustituido al otorgar confianza al sustituto, debe corresponder una conducta especialmente diligente, sincera y leal de éste que lo obliga a procurar hacer exactamente lo mismo que hubiera hecho el sustituido para sí, empleando para ello la buena fe, pero no aquella que exige el principio legal (artículos 1603 C.C y 871 C. de Co.) sino que debe acompañarse de cierta dosis de malicia producida por la conducta negocial, encuadrada en el antiguo concepto romano del “Dolus bonus”.

Esta elaborada teoría, es en mi concepto un innecesario y aún peligroso intento de reunir en un mismo sistema relaciones que van desde la sociedad hasta el contrato de trabajo, pasando por el crédito documentario, y la cuenta corriente bancaria entre otras, atentando inútilmente contra la especialización que permite el desarrollo de las actividades civiles, mercantiles y laborales en el área jurídica y desdibujando las fronteras de instituciones jurídicas autónomas y diferentes, olvidando las características propias de cada una de ellas.

En cuanto al contrato de cuentas en participación, es claro que no le son aplicables los elementos de esta teoría, y por tanto tendría que concluirse que no es un negocio de sustitución. Así:

- Capacidad del sustituido: Evidentemente el gestor como los partícipes deben contar con la capacidad para celebrar contratos, no como el atributo de todas las personas o sujetos de derecho, sino como requisitos para la validez del acto jurídico. Pero no por ello se debe entender que se está haciendo una sustitución. Este elemento siempre estará presente en cualquier contrato que se estudie porque es requisito para la validez del mismo, y considerarlo como elemento

para que se cumpla una determinada teoría equivale a exigir que haya manifestación de voluntad, cuando ésta es requisito para la existencia misma del acto.

- Sujeción del sustituto del sustituido: Se explicó anteriormente que el gestor actúa libremente en un negocio que se le reputa propio, y no gozan los partícipes de la administración de este negocio. No hay ningún tipo de encargo y cualquier forma de subordinación repugna la naturaleza misma del contrato. Mucho menos impone por parte del gestor un especial cuidado del patrimonio de los partícipes, pues el único patrimonio comprometido es el suyo.
- Esencialmente revocable: De igual forma al estudiar la participación como contrato autónomo y no como forma del mandato se explicó que la revocación y por ende la renuncia no es aplicable a esta figura. Por lo tanto, perfeccionada la participación en legal forma “es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (artículo 1602 C.C.)
- Respecto a la posibilidad de los partícipes de celebrar total o parcialmente el mismo negocio, no se ve, salvo estipulación en contrario o razones de ética comercial, que no se puede hacer. Pero

esto no es razón suficiente para indicar que hay una sustitución. Además, debe entenderse que la razón de este contrato normalmente en el partícipe es la obtención de unos rendimientos por su inversión, pues considera que el gestor le garantiza estos rendimientos debido a su conocimiento y experiencia en el ramo, teniendo en cuenta que no es su actividad normal la que se está contratando. Por lo tanto, podría celebrar válidamente el negocio que se va a realizar con la participación, pero en ésta no está encomendando una gestión a un subalterno, sino que está invirtiendo un capital esperando unos resultados económicos.

- Respecto a la exigencia del contenido privado de los intereses protegidos y del régimen legal aplicable, por simple e inocuo, no lo he considerado. Una exigencia de esta naturaleza hace que el contrato de permuta, la construcción de obra, y hasta los innominados sean susceptibles de cualquier elaboración teórica para tratar de reunirlos, pues para todos es predicable el régimen común (civil) siempre que se trate del ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad privada.

2.2.5. Características del contrato de cuentas en participación: Las siguientes son las características de la participación que se desprende de la naturaleza del mismo y nos llevan a completar su concepto.

2.2.5.1. Bilateral: Dice el artículo 1496 del C.C. “El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

Complementa Cubides: “ Suele distinguirse el contrato bilateral perfecto del imperfecto. El primero es el que desde su perfeccionamiento engendra obligaciones a cargo de ambas partes y cada una de éstas debe cumplir la que surgió a su cargo para satisfacer a la otra. Es bilateral o sinalagmático imperfecto el que habiendo nacido como unilateral, es decir, con obligaciones a cargo de una sola de las partes, posterior y accidentalmente se convierte en bilateral porque surgen obligaciones a cargo de la otra parte.”¹³

La participación es bilateral porque nacen obligaciones recíprocas para las partes contratantes; para el partícipe surge la obligación positiva de

¹³ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Segunda edición. Pontificia Universidad Javeriana. Santa fe de Bogotá, 1991. Página 176.

realizar la aportación y la negativa de no inmiscuirse en la gestión del negocio. El gestor está obligado a invertir el aporte en el objeto pactado, explotar el negocio estipulado, rendir cuentas y permitir la revisión de los documentos relativos al negocio por parte de los partícipes. Eventualmente todos los contratantes estarán obligados a soportar las pérdidas en la proporción convenida cuando éstas se produzcan.

A continuación se expone el alcance de estas obligaciones:

A) Obligación del aporte: Siendo el aporte la prestación fundamental de los partícipes, debe entenderse que éstos están representados en dinero u otros bienes de contenido patrimonial o apreciables en él, pero útiles para el desarrollo del negocio contratado. Se presentan entonces las siguientes cuestiones fundamentales respecto al aporte:

- **Tradicón del aporte:** Ya se afirmó que la participación no genera una persona jurídica, ni crea un patrimonio autónomo. ¿Entonces qué sucede con la titularidad del derecho de dominio sobre el aporte? Por las razones que se exponen a continuación, se concluye

que la transmisión del aporte al patrimonio del gestor es una consecuencia necesaria de la obligación que tiene el partícipe inactivo. Por lo tanto se entiende que el contrato es el título y la tradición el modo por el cual el gestor asume la propiedad del aporte.

Los argumentos que soportan esta posición son los siguientes:

1. Protección de los terceros: Aportaciones hechas ad usum, a título de mera tenencia o con reserva de dominio a favor del partícipe genera ante los terceros la apariencia de solvencia basada en una infundada detentación de unos bienes que en realidad no le pertenecen. No se olvide que el gestor ejecuta las operaciones propias de la participación en su solo nombre y sin utilizar más crédito directo que el propio (artículo 507 C. de Co) y por lo tanto su patrimonio es la garantía general de los acreedores en los negocios que realice. Si la aportación se hace con el fin de reforzar la ejecución material del contrato, estos acreedores podrían ser asaltados en su buena fe si los bienes que parecen ser de propiedad del gestor, realmente son ajenos. Por esto el artículo 510 del Código del Comercio establece con

absoluta claridad: “El gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación. Los terceros solamente tendrán acción contra el administrador del mismo modo que los partícipes inactivos carecerán de ella contra los terceros”. Si los terceros sólo tienen acción contra el gestor, ¿cómo podrían ejercerla sin posibilidad de perseguir los bienes aportados por los partícipes?.

2. Seguridad Jurídica: Al no existir patrimonio autónomo que constituya requisito para la ejecución de las operaciones propias del negocio, pero las aportaciones deben responder ante los terceros por el cumplimiento de las obligaciones, se entenderá que debe existir un patrimonio que lo reciba. No concebirlo así significaría que el patrimonio del partícipe, que además es parte oculta a los terceros, se encuentra dividido, manteniendo una parte específica afectada al contrato de cuentas en participación, separado del resto de su patrimonio, situación jurídicamente imposible. Pero repugna todavía más la lógica jurídica mantener en el limbo estos bienes sosteniendo que no son del partícipe pero tampoco se traditan al gestor. Debe existir un patrimonio que se apropie de ellos.

3. Responsabilidad del partícipe: Sentencia el artículo 511 del C.C.: “La responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación”. ¿Cómo explicar esta norma si no hay tradición del derecho de dominio?. La única manera de hacer valer esta responsabilidad, es la exigencia que se le puede hacer para que cumpla con la entrega del aporte. Recuérdese que la importancia de la clasificación de los contratos entre unilaterales y bilaterales, está en que los segundos, esto es los contratos sinalagmáticos entienden envuelta la acción resolutoria tácita, al tenor del artículo 1546 del C.C.: “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”; y la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) del artículo 1609 del mismo código: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Con estas acción y excepción puede el gestor exigir la responsabilidad

plasmada en el artículo 511 del C. de Co. Pero si el aporte no va acompañado de la tradición, sus facultades legales no pasan de ser un mero enunciado, porque en el ámbito jurídico no sucedería nada, la situación sería idéntica antes del ejercicio de la acción, o la interposición de la excepción, que después, aún cuando una u otra prosperaran.

4. Facilita el interés jurídico-económico del contrato: Como consecuencia de los argumentos anteriores, y a manera de conclusión, hay que entender que la tradición de la propiedad de los aportes al gestor, es la que permite cumplir de forma eficaz y rápida con el cometido del negocio, permitiéndole actuar con la autonomía necesaria.

Por estas razones la teoría de la tradición del aporte del partícipe al gestor, teniendo como título el contrato de cuentas en participación, resulta la única manera de hacer viable la obligación del partícipe inactivo. Sin embargo me permito citar la opinión de algunos tratadistas de innegable autoridad que no comparten total o parcialmente esta tesis.

Dice Arrubla: “No se establece en la ley colombiana si el gestor se hace dueño de las aportaciones que recibe. Sin embargo, opino que el partícipe activo se hace dueño de las participaciones, si ello es indispensable para que pueda realizar la operación u operaciones determinadas en las cuales han tomado interés todos los participantes; al fin y al cabo, el gestor se reputa como único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación. Pero, no obstante lo anterior, puede presentarse alguna situación donde la aportación no tenga que pasar al gestor porque el negocio no lo exige, ya se trate de un bien inmueble o de ciertos bienes muebles y ello no se opone a la participación, no se ataca ningún elemento de su esencia, pues la ley no estableció la exigencia de transferir el dominio. La entrega de las aportaciones deberá hacerse de tal manera que permita el cabal cumplimiento de la gestión que asume el gestor”.

“Podemos afirmar como conclusión, que en Colombia no se requiere la transferencia del dominio para el perfeccionamiento del contrato y no hay discusión alguna, pues se trata de un convenio consensual. Tampoco se requiere esa transferencia para el cabal cumplimiento de las

obligaciones de los partícipes ocultos, a no ser que pacte lo contrario o que de la naturaleza del encargo se desprenda que es indispensable esa transferencia”¹⁴.

Me permito hacer los siguientes comentarios:

- En la participación no hay un “encargo”. Hay una inversión en un negocio que ejecuta otro.
- Se señaló anteriormente que la entrega del aporte se hace como efecto del contrato, es decir, la obligación nace del contrato, lo cual no impide que éste siga siendo consensual.
- ¿Cómo se protege al tercero si se acepta este criterio?. Siendo de la naturaleza del vínculo que sea oculto, cómo pueden los terceros conocer si se trata de un "encargo" de cuya naturaleza se desprende que es indispensable la transferencia, o que hay un pacto que autoriza la disposición de estos bienes?. ¿Dónde queda la seguridad jurídica?.

¹⁴ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos mercantiles. Quinta edición. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1979. Página 456.

Aún cuando el eminente tratadista César Vivante expone que los aportes pasan al dominio del asociante (gestor en el régimen colombiano), sostiene que “sin embargo, es lícito que el asociado se pueda reservar la propiedad, y este pacto producirá efectos incluso para terceros cuando resulte de los registros públicos: Así, los libros de la propiedad inmobiliaria impedirán siempre al asociante el enajenar los inmuebles de los que el asociado aportará solo el uso; y, por el contrario, cuando se trate de cosas muebles, podrá el asociado asegurarse el derecho de readquirirlas al fin del contrato; pero este derecho no vale frente a terceros, porque la tutela de la buena fe no consiente que el asociante se valga del mayor crédito que le procuren los bienes aportados por el asociado para después sustraer a los acreedores la garantía de sus bienes en el momento en que se va a accionar contra ellos”.¹⁵

El pacto de reserva de dominio en nuestra legislación, especialmente en la comercial que es más clara y extensa, es un pacto accesorio al contrato de compraventa, dispensando al vendedor para ventas con plazo para el pago del precio, y que nunca **niega** o evita la tradición, sino que la somete a una condición suspensiva, que por definición debe ser posible y

¹⁵ VIVANTE, César. Op. Cit. Páginas 577, 578.

real. Suponiendo que este pacto se pudiera, por analogía, aplicar a la participación ¿cuál podría ser esa condición suspensiva?. Además aceptar esto es afectar el natural interés económico del contrato, en cuanto se trata de una inversión en un negocio en el cual el gestor actúa con autonomía y el partícipe quiere permanecer oculto.

- **Aporte de Industria o Trabajo:** El artículo 507 del C. de Co. citado anteriormente prescribe claramente “la participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles **que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal...**”. En esta definición está claramente expresado el carácter exclusivo y excluyente del socio gestor en la administración del negocio. Esta característica se hace aún más clara si se tiene en cuenta que el gestor se reputa único dueño del negocio ante terceros, ejecutándolo en su propio nombre y bajo su crédito personal, sin adoptar denominación social, o patrimonio autónomo como se explicó anteriormente. En conclusión, no es propio de este contrato crear sociedad, ni siquiera empresa que define el Código del

Comercio en su artículo 25 como “Toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.” Si no se pretende con este contrato establecer una organización comercial, debe concluirse que el aporte de industria o trabajo efectuado por el partícipe inactivo es contrario a la esencia de este contrato. En este sentido se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de julio de 1.981, con ponencia del doctor Juan Hernández Sáenz, desafortunadamente no publicada en la Gaceta Judicial por falta de espacio, por lo cual su original se perdió con la toma del Palacio de Justicia, y en la cual se asevera que en este contrato el gestor no recibe órdenes del partícipe inactivo, por lo cual no se puede establecer la subordinación, elemento esencial de la relación contractual. Además, el gestor participa de las utilidades y de las pérdidas en proporción a su aporte. Esta característica está prohibida en la relación laboral. De esta manera, la Corte, además de definir la naturaleza en los aportes en las cuentas en participación, aclaró el equívoco que se venía presentando

al pretender que eran contratos mercantiles las prácticas de remuneración adicional al trabajador con una participación porcentual en las actividades del negocio. En este sentido la opinión de Broseta Pont: “Parece que no son admisibles las aportaciones de trabajo o de servicios, que constituirían más bien un contrato de trabajo o de servicios con participación en beneficios (pacto parciario)”¹⁶. De otro lado, César Vivante afirma: “El asociado puede aportar su trabajo, participando de las utilidades en remuneración del mismo. En esta hipótesis puede surgir la duda si el contrato tiene los caracteres de un arrendamiento de servicios con el pacto accesorio de participación en los beneficios (artículo 86), o bien los de una asociación de cuentas en participación. La cuestión se resuelve apreciando los hechos; pero es acertado resolverla en el primer sentido; especialmente cuando quien participa en los beneficios se haya en relación de subordinación para con el principal y no está expuesto a las pérdidas del negocio”¹⁷. Nótese que el mismo autor aún cuando admite la posibilidad del aporte de industria o trabajo, admite que al proceder así, la naturaleza deja de ser clara,

¹⁶ BROSETA PONT, Manuel. Op. Cit.. Página 359.

¹⁷ VIVANTE, César. Op. Cit. Página 584.

afectando la seguridad que debe acompañar los actos jurídicos y cuyos efectos llegarían a ser muy distintos según la interpretación que se dé a los hechos, al punto de negar la responsabilidad en las pérdidas al partícipe inactivo, e inclusive la posible responsabilidad prestacional y de seguridad social que surgiría al gestor. El mismo autor concluye aconsejando la interpretación que no conlleva al contrato de cuentas en participación.

- **Entrega del Aporte:** Hay dos aspectos que deben analizarse respecto a la entrega del aporte. El primero consistente en resaltar que esta es una obligación exclusivamente entre gestor y partícipe inactivo, esto es, no afecta a los terceros. Al respecto ilustra el doctor Correa: “Es que en las cuentas en participación la obligación a cargo del partícipe de efectuar el aporte es exclusivamente frente al gestor, y de ahí la afirmación en el sentido de que su aportación tiene un carácter meramente interno, lo que no ocurre en la sociedad en comandita en la que los comanditarios sí adquieren la obligación de efectuar el aporte a los terceros, y, por esta razón, los acreedores tienen inclusive acción directa contra ellos. Así las cosas, debemos afirmar que la responsabilidad del partícipe, que según la ley se

limita a su aporte, está institucionalizada por regla general en favor del socio gestor, quien tiene acción para exigir del partícipe el pago del aporte al cual se obligó en virtud del contrato, siendo ésta su prestación fundamental, pues la no transferencia en propiedad al gestor de dicho aporte, envuelve un claro incumplimiento del acuerdo”¹⁸. El otro aspecto importante tiene que ver con la oportunidad y forma de esta entrega. No hay razón que indique que las partes no puedan libremente estipular la forma como ha de hacerse dicha entrega, estableciendo plazos parciales, lugares y forma de la entrega. Así lo expresan la mayoría de la doctrina nacional y extranjera como se puede apreciar en las siguientes citas. “El partícipe oculto está obligado a realizar la aportación. La aportación debe ser entregada al partícipe activo en la cantidad, **forma y términos** que se hayan acordado”¹⁹. (el resaltado es mío). “No es necesaria la consignación inmediata de la aportación: puede conferirse con posterioridad al contrato, en entregas parciales y, en fin, como se haya convenido. A falta de estipulación expresa, no son aplicables las severas reglas establecidas sobre la aportación a una

¹⁸ CORREA ARANGO, Gabriel. Op. Cit. Página 208.

¹⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Op. Cit. Página 455.

sociedad (Vivante). Se acudirá a la doctrina general sobre el cumplimiento de los contratos mercantiles (artículo 57) y de las obligaciones de este carácter (artículos 61 a 63). En contra, Garrigues: “Se rige-dice-mutatis mutandis con las mismas reglas que la aportación del comanditario”. Pero media la diferencia de que la aportación del partícipe no está llamada a desempeñar una función social, como cuota integradora de un patrimonio social, ni como garantía de los acreedores sociales (“suma de responsabilidad”); lo que justifica una atenuación de rigores”²⁰. Por su extraordinaria claridad, y en plena concordancia con lo expuesto al estudiar la naturaleza de este contrato, solo queda agregar que respecto del cumplimiento de los contratos mercantiles y de las obligaciones de este carácter en nuestro régimen corresponde al capítulo I, del Título I, del Libro Cuarto del Código de Comercio (artículos 822 a 831) y los capítulos IV, V del mismo título (artículos 864 a 886).

B) Obligación de no inmiscuirse en la gestión: Respecto a la segunda obligación del partícipe, esto es, la carga negativa de no inmiscuirse en la gestión del negocio, ésta se desprende del artículo 507 del C. de

²⁰ LANGLE Y RUBIO, Emilio. Op. Cit. Página 340.

Co., del cual ya se explicó que la gestión se realiza en su solo nombre y bajo el crédito personal del gestor. Por esto es bien descriptivo el nombre dado a los partícipes inactivos en el derecho anglosajón, al llamarlos “Sleeping” o “Dormant partner” (socio durmiente), calidad que además permite dar seguridad a las relaciones con los terceros. No es admisible la existencia de dirección o gestión comunes.

Sin embargo, y en vista que en el ejercicio del negocio, el partícipe ve involucrados sus intereses, no considero contrario a la naturaleza del contrato estipular fórmulas de control y vigilancia de la gestión. En el derecho alemán donde el contrato de cuentas en participación se encuentra ampliamente desarrollado, se ofrece al partícipe la posibilidad de obtener en todo tiempo, por motivos graves, una orden judicial para entregar balance, exigir libros y papeles y otros documentos contables (C. de Co. alemán, artículo 338 numeral 3). No es contrario al contrato establecer cláusulas que permitan al partícipe cuidar sus intereses, limitando las omnímodas facultades del gestor, sin que con ello se anule su capacidad explosiva. Lo que es claro y definitivo, es que en ausencia

de esta reglamentación en el contrato, por ser esta obligación de la naturaleza del contrato (aquellas que “no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial”²¹), se producirá *opera legis* la obligación del partícipe de no inmiscuirse en la gestión del negocio.

A pesar de ello y de acuerdo con lo previsto de manera general en el artículo 1603 del C.C. “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”, si el partícipe inactivo prueba la mala fe en la ejecución del contrato podrá proceder a solicitar la resolución por incumplimiento del mismo. Al respecto magistralmente dicen los doctores Ospina: “Luego, la excepción de incumplimiento del contrato, mediante la cual cada una de las partes puede enervar la acción ejecutiva instaurada por la otra parte, mientras esta no cumple o se allane a cumplir en la forma y tiempo debidos, y la acción resolutoria del contrato, que se encamina a restituir al contratante cumplido al estado anterior a la celebración, o sea, a permitirle la repetición de lo ya dado o pagado por

²¹ Artículo 1501 del C.C.

él al otro contratante incumplido son consecuencias indispensables del postulado de la buena fe en la ejecución de los contratos sinalagmáticos, cuya naturaleza, por ley y por equidad, implica la reciprocidad de las obligaciones que generan”²².

Respecto de las obligaciones del gestor:

C) Invertir el aporte en el objeto pactado: Aún cuando ya se explicó que el aporte se produce con la tradición del derecho de propiedad del mismo, ésta debe conciliarse con la obligación que asume el gestor de destinar estos bienes a la realización del negocio pactado, so pena de su responsabilidad ante el partícipe por el desvío del objeto pactado. En este sentido, esta obligación conlleva el derecho del partícipe a controlar que su aportación sea aplicada en la operación u operaciones convenidas y no en otras.

²² OSPINA F., Guillermo y OSPINA A., Eduardo. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Segunda Edición. Editorial Temis. Santafé de Bogotá, 1.983. Página 335.

D) Explotar el negocio estipulado: Aún cuando el gestor es autónomo, exclusivo y excluyente en la administración del negocio pactado, su facultad no llega al punto de extenderle la posibilidad de transformar el objeto. Así lo expresa el profesor Arrubla: “No puede pues el gestor transformar por su sola voluntad el objeto de la empresa; exigencia que encuentra su fundamento en que ningún contratante puede alterar unilateralmente la base económica del contrato porque se considera que dicha base fue la circunstancia que llevó al otro contratante a celebrarlo”²³.

Por su parte Broseta afirma: “...2.- Obligación frecuentemente olvidada por la doctrina es, precisamente, la que soporta el gestor de explotar el negocio, el acto o la actividad pactada (con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante legal), pues de lo contrario defraudaría las esperanzas del partícipe, al que privaría de la rentabilidad o ganancias esperadas”²⁴.

²³ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Op. Cit. Páginas 506, 507.

²⁴ BROSETA PONT, Manuel. Op. Cit. Página 361.

De estas dos primeras obligaciones del gestor, es claro que en la estipulación del contrato debe determinarse con claridad dentro de la descripción del objeto, la operación u operaciones por las cuales se celebra el contrato, y en la determinación de las actividades que permitan concretar la aplicación de las aportaciones, so pena de inexistencia del contrato como lo expondré en el próximo capítulo.

E) Rendición de cuentas y revisión de documentos: El artículo 512 del C. de Co. estipula en forma genérica y sin ningún detalle esta obligación: “En cualquier tiempo el partícipe inactivo tendrá tiempo a revisar todos los documentos de la participación y a que el gestor le rinda cuenta de su gestión”.

A pesar de lo general de esta regulación, surgen con toda claridad las siguientes obligaciones:

- Debe el gestor llevar documentos específicos sobre la actividad de la participación, y como tal debe entenderse que debe llevar libros de comercio y contabilidad permanentemente actualizados. Recuérdese

además que recientemente se citó a Broseta quien afirma que el gestor debe tener la diligencia de un ordenado comerciante.

- Es derecho de los partícipes, y por lo tanto obligación del gestor, rendir cuentas y permitir la revisión de los documentos, en **cualquier tiempo**. Esto no obsta para que en el contrato se estipule la periodicidad, o regulen los mecanismos u oportunidades propios de esta obligación, pero ante el silencio contractual la norma es terminante al ofrecer el derecho en la ocasión que los partícipes lo deseen. La legislación y jurisprudencia italiana asumen con mayor especificación esta obligación, de lo cual se puede valer el intérprete colombiano al momento de celebrar este contrato con el fin de lograr una mayor claridad, y por ende, facilitar el desarrollo del mismo. Por ello me permito citar a Vivante quien describe así esta obligación: “Si el asociante no se presta regularmente la cuenta con los documentos que la justifiquen- y entre éstos, el inventario, que es la base del balance-, el asociado puede pedir al juez que le obligue a presentarlos (arts. 319 y siguientes, C.C). Si en la rendición de cuentas surgen cuestiones complicadas, el Tribunal puede nombrar uno o más árbitros conciliadores para que, oyendo a las partes, intenten

avenirlas, y si no lo consiguen, que den su opinión (art. 402, C.C). Si el asociante, que se ha hecho deudor del capital y de las utilidades, no le paga puntualmente, el asociado, como cualquier otro acreedor, puede pedir su cobranza”²⁵. No menos clara y concluyente es el análisis de Langle y Rubio: “5°. De que se rindan cuentas, **justificadas** (negrillas por mí). La rendición de cuentas, es para el gestor, una obligación legal insoslayable, inderogable (Sent. De 11 jul. 1908). Surgen con tal motivo cuestiones de interés: A) ¿Debe el gestor llevar libros de comercio sobre las operaciones de la asociación?. Algunos autores lo niegan, porque la ley no le impone expresamente esta obligación. (Recuérdese que el autor habla de la legislación mercantil española, que no es el caso colombiano, donde está expresamente contemplada esta obligación como se explicó anteriormente –Esta anotación es del autor de la monografía). Parece más aceptado distinguir. La asociación misma está exenta de ello, por no ser persona comerciante. Con respecto al titular, individualmente considerado, siendo comerciante no cabe ponerlo en duda (artículo 33). Si en algún caso no es comerciante, la solución lógica dependerá de la clase de cuenta en participación convenida: para la meramente

²⁵ VIVANTE, César. Op. Cit. Páginas 585-586.

ocasional (de una sola operación), bastará con los documentos relativos a la misma, pero si es temporal o permanente, se cae de su peso la necesidad de llevar libros para la buena administración, y por tanto, es cosa que merece estimarse como un deber jurídico, inherente a toda gestión de negocios de interés común y de las cuales se ha de rendir cuenta (Faggellia). Como ésta ha de ser “justificada” (art. 243), el modo natural de justificación es la contabilidad mercantil. Tampoco ha de olvidarse que la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros procede en todos los casos de liquidación (art. 46) y que se da la exhibición de libros y documentos si media interés o responsabilidad en un asunto (art. 47)”. Nótese que, si bien nuestro ordenamiento no habla de rendición de cuentas **justificadas**, es de su esencia, y por obvio no lo mencionó nuestro legislador mercantil, que esta debe ser su naturaleza. El autor se explaya en sus explicaciones, ante las cuales, solo me queda respetuosamente seguir transcribiendo: “B) ¿Cuándo se rendirán las cuentas? Según el Co, cuando el gestor haga la liquidación, “terminadas que sean las operaciones” (art. 243). Pero si la participación es por más de un año o de carácter permanente, es

imposible aplicar este precepto de modo literal (Benito); porque el partícipe no ha de esperar durante años o indefinidamente, hasta la conclusión de todas las operaciones, sin disfrutar ganancias, ni saber si el negocio marcha bien o mal. Por consiguiente, en tales casos: Debe reconocerse al partícipe el derecho de que se sean reconocidas cuentas anuales. Ponsá Gil sostiene que el contenido del art. 243 “No impide que se rindan cuentas en plazos más cortos” y que siendo el contrato “de larga duración”, se debe hacer “al menos anualmente”. La jurisprudencia francesa admite, sin que el Co. contenga sobre ello la menor alusión, la obligación anual de comunicación de balances y de repartos de utilidades. En España, la sentencia de 3 de julio de 1891 declaró que a la naturaleza esencial de este contrato no se opone el pacto por el cual el gestor se obliga a la dación de cuentas y entrega de beneficios “Anualmente”; y aún añadió que esto es “muy natural y frecuente cuando de asociaciones de larga e indeterminada duración se trata”²⁶. En el caso colombiano, en el cual tampoco se fijan términos legales para la rendición de cuentas, tienen plena cabida los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios franceses y españoles expuestos anteriormente.

²⁶ LANGLE Y RUBIO, Emilio. Op. Cit. Páginas 344-345.

F) Obligación común de soportar las pérdidas en la proporción convenida cuando estas se produzcan: El art. 511 del C.de Co dispone: “La responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor. Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe”.

De este artículo se desprende en forma clara, en consonancia además con la naturaleza misma del contrato, que el socio gestor, reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación, y sujeto pasivo exclusivo de las acciones de los terceros, responde ilimitadamente, esto es con todo su patrimonio, por estas obligaciones, soportando sin límites las pérdidas del negocio. Contrario-sensu, el partícipe inactivo, en tanto conserve su calidad de oculto, su responsabilidad está limitada al valor de la aportación. Y aquí surge la primera dificultad en la redacción del artículo. Para que surja la obligación es necesario que previamente se haya realizado la entrega de

la aportación o basta el perfeccionamiento del contrato aún cuando esta entrega sea diferida?. Es claro que el contrato celebrado produce efectos desde su perfeccionamiento, y como tal, la creación, modificación o extinción de las obligaciones, se da desde este mismo momento. Esto es, para el partícipe surgen las obligaciones de hacer la aportación en los términos estipulados en el contrato, no inmiscuirse en la gestión y soportar las pérdidas de forma inmediata. En este sentido el Código alemán en su artículo 255 estipula tajantemente: “El socio oculto sólo participa en las pérdidas hasta el importe de su cuota de aportación, entrega o por entregar”.

Debe agregarse que es de la esencia del contrato, esto es, que sin su pacto, no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente, el que se establezca la proporción en que se van a dividir las ganancias o las pérdidas. No se puede entender celebrado el contrato de cuentas en participación sin establecer la parte que corresponderá a cada partícipe en su utilidad o pérdida, pues carece de todo sentido celebrar el contrato sin establecer las bases de la liquidación del interés que mueve a los celebrantes a participar en el negocio. Tanto así que dentro de la definición legal del contrato (Art. 507 C.de Co.) se establece sin asomo

de dudas, que la participación se realiza con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

La otra gran dificultad del artículo está en averiguar el alcance querido por el legislador al crear la solidaridad del partícipe inactivo que revela o autoriza que se conozca su calidad de partícipe. Quiere esto decir que entra a soportar ilimitadamente, respondiendo con todo su patrimonio, las pérdidas del negocio, modificando su naturaleza en la relación contractual. Debe entenderse así, máxime si se estudia la concordancia que este mismo artículo hace al artículo 1568 inciso 2º del Código Civil, al tenor del cual “en virtud de la convención, del testamento **o de la ley** puede exigirse cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum.” (Negrillas por mí).

Es esta la interpretación mayoritaria, y al tenor de la misma, desde la fecha en que desaparezca el carácter oculto del partícipe, este responde con todo su patrimonio por la totalidad de las obligaciones del negocio explotado por el gestor.

Esta es una desafortunada creación legislativa (que por estar estipulada así en el Código, a ella debemos atenernos), pero que desconoce la realidad del contrato y de la posición del partícipe inactivo, por las siguientes razones:

- Al revelar su carácter, o permitir que esto suceda, lo que se revela es su calidad de partícipe, no como otro gestor.
- Por esta revelación, no surge el derecho a coadministrar, cesando su obligación de no inmiscuirse en la gestión del negocio. Por tanto no se entendería que ahora deba exponer todo su patrimonio por operaciones respecto de las cuales no tiene ninguna injerencia real, dado que la gestión y la administración son exclusivamente del cargo del gestor.

Siendo este un artículo que, al interpretarse en su sentido literal pues su tenor es claro, tal como lo expresé al comienzo de este epígrafe, desdibuja las características y la utilidad práctica del contrato, debió el legislador omitirlo, prescindiendo de la solidaridad, porque no corresponde ni a la naturaleza del contrato, ni a la posición de los celebrantes en el mismo, ni a la causa que los motivo a celebrarlo, el que el partícipe inactivo se comprometa más allá de su intención primigenia,

so pretexto de garantizar la seguridad de los acreedores, cuando ya esta se encontraba asegurada desde el comienzo de sus relaciones negociales, con el patrimonio del gestor, o con cualquier otra razón con la cual pretenda justificarse esta solidaridad, máxime cuando altera la equidad de las relaciones al exigir que el partícipe responda por las consecuencias de un negocio sobre el cual no tiene la administración.

2.2.5.2. Oneroso: Según el artículo 1497 del Código Civil, “el contrato es gratuito o de beneficencia cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”.

Al analizar el punto de la utilidad mutua de los contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro surgen dos aspectos dignos de ser analizados:

1. El estudio de la utilidad en los contratos no es una cuestión objetiva en sí misma, sino que se desprende del ánimo de los

contratantes. Así se debe entender que el contrato es oneroso cuando las partes buscan deliberadamente la obtención de un provecho. Así lo expresan los doctores Ospina: “Como se observa, pues, esta clasificación se funda en la utilidad que el acto les reporta a los agentes que participan en él. Si alguno de tales agentes obra desinteresadamente y no recibe provecho o beneficio del acto, este será gratuito. Así, pertenecen a esta categoría el testamento y la donación, porque en el primero el testador solamente busca el beneficio de sus asignatarios y, en el segundo, el donante se desprende de un bien suyo en provecho del beneficiario sin recibir nada en cambio. Por el contrario, si el agente o agentes obran con ánimo de lucro, o sea, que intervienen en el acto para recibir un beneficio, tal acto será oneroso, como sucede en la compraventa y en la sociedad, contratos estos que, respectivamente, son útiles para el vendedor y el comprador, o para todos los socios”²⁷.

2. La importancia del punto anterior se ve reflejada en la concreción de la responsabilidad del gestor, esto es, la que responde a la pregunta ¿si su obligación es de medio o de fin? Explicado el punto anterior, es claro que los contratantes asisten a la celebración acompañados de un ánimo de

²⁷ OSPINA F., Guillermo y OSPINA A., Eduardo. Op. Cit Página 55

lucro. Así, el gestor obtiene los recursos necesarios para explotar la actividad pactada, y los partícipes invierten en tal negocio buscando participar en la utilidad que se produzca de acuerdo a su aportación.

¿Pero quiere esto decir que es obligación del gestor producir esas utilidades? Evidentemente los partícipes buscan redituarse de las utilidades. Pero en ellos existe la conciencia que es posible se produzcan pérdidas. Así, además, se desprende del desarrollo normativo de este contrato en el Código de Comercio, donde se va estableciendo la responsabilidad en las relaciones externas del gestor y de los partícipes. Anteriormente se citó a Broseta afirmando cómo el comportamiento del gestor debe adecuarse al de un ordenado comerciante y de un representante legal. En el mismo sentido, en forma prístina define Arrubla Paucar: “2°. El gestor debe emplear la diligencia y cuidado ordinarios en el buen desempeño de la gestión. Debe obrar con la diligencia que emplea un buen comerciante en sus propios negocios. La naturaleza de la obligación del gestor es de medio, es decir, se obliga a poner toda la diligencia y cuidado en la buena marcha de la gestión, a colocar toda su experiencia al servicio de la empresa en la que se han

interesado los partícipes, pero no se obliga a resultados concretos. Tanto ello es así, que todos los contratantes participan en su utilidad o en las pérdidas si las hay. Pero si las pérdidas sobrevienen con ocasión de la negligencia del partícipe activo en el desarrollo y la ejecución de la operación, estará obligado a indemnizarles perjuicios que cause a los demás partícipes, los cuales podrán consistir en el valor de su aportación, y en los beneficios dejados de percibir, que de no haber mediado diligencia se hubiesen obtenido”.²⁸

La obligación a cargo del gestor, con el correspondiente derecho que asiste a los partícipes, debido al comportamiento negligente del primero, y que cita el eminente tratadista se deriva del postulado de la buena fe en el cumplimiento de los contratos²⁹ según lo descrito al explicar la obligación negativa del partícipe de no inmiscuirse en la gestión del negocio.

2.2.5.3. Conmutativo: En forma impropia define el artículo 1498 del Código Civil: “El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una

²⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Op. Cit. Página 457.

²⁹ Artículo 1603 C.C.

de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”

Por no ser del objeto de este estudio, basta con precisar que un contrato para ser conmutativo debe ser: a) Oneroso: Y ya explicamos en el apartado anterior la onerosidad del contrato de cuentas en participación; b) Que la utilidad de las partes sea apreciada desde el momento mismo de la celebración del acto; esta utilidad debe ser entendida dentro del contexto de intencionalidad de las partes, o ánimo de lucro, como se expuso anteriormente. Desde esta perspectiva, la utilidad de los contratantes está presente desde la celebración misma del acuerdo y que su equivalencia no consiste en una contingencia incierta de ganancias o pérdidas; c) que las prestaciones se entiendan como equivalentes: al respecto, es claro que cada una de las partes entiende como adecuada su utilidad en comparación con las prestaciones ajenas.

Sirva como colofón a este apartado lo sentenciado por Cubides: “Por su parte la clasificación entre conmutativos y aleatorios es importante para

el funcionamiento de la rescisión del contrato por lesión, así como para el de la teoría de la imprevisión, las cuales solamente caben en tratándose de contratos conmutativos.”³⁰

2.2.5.4. Principal: Aún cuando todo contrato subsiste por sí mismo, y lo que sucede es que hay contratos que producen obligaciones principales, y otros que producen obligaciones accesorias, el artículo 1.499 del Código Civil define: “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella”.

Debido a esta clasificación legal, se cita aquí la definición del contrato de cuentas en participación como contrato principal, pues subsiste por sí solo, sin necesidad de otra convención. El hecho que al contrato, en el alcance que se estudiará más adelante, se le apliquen las normas comerciales previstas para la sociedad en comandita simple, y, en cuanto estas resulten insuficientes, las reglas generales del contrato de sociedad, no altera su característica de principal.

³⁰ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. Cit. Página 178.

2.2.5.5. De forma libre: El art. 1500 del C.C. define: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

Debe tenerse en cuenta la afirmación de Cubides para el cual “Algunos contratos consensuales pueden perder esta característica cuando por voluntad de las partes su perfeccionamiento se condiciona al cumplimiento de una solemnidad específica que los propios contratantes establecen.”³¹

La moderna doctrina, debido a que el principio rector de la formación de los contratos es el de la consensualidad, esto es, el amplísimo campo de acción de la voluntad privada,³² por razones de técnica jurídica, ha venido imponiendo el nombre de contratos de forma libre a las convenciones contractuales que no requieren expresarse o manifestarse

³¹ CUBIDES CAMACHO, Jorge. Op. Cit. Página 175.

³² Art. 1602 C.C. que a la letra dice “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

por medio de formas predeterminadas, en contraposición con los formales o de forma específica, esto es, aquellos que requieren, en su otorgamiento o celebración la observancia de ciertas formalidades descritas por la ley o por la voluntad de los contratantes, distinguiéndose las subespecies llamadas en el Código real y solemne.

Las cuentas en participación en su misma esencia es un contrato de forma libre, pues busca facilitar el auge de importantes actividades económicas y empresas comerciales no sometidas a excesivos formalismos legales. A tal punto que el artículo 508 del C. de Co. establece: “La participación no estará sujeta en cuanto a su formación a las solemnidades descritas para la constitución de las compañías mercantiles.

El objeto, la forma, el interés y las demás condiciones se regirán por el acuerdo de los partícipes”.

Además de su innegable finalidad económica, aquí citada, la libertad en forma facilita la reserva de identidad de los partícipes inactivos. Así lo expresa Arrubla Paucar “Es un contrato consensual. Se presenta una

libertad de forma absoluta, precisamente para que los partícipes que lo requieran puedan permanecer ocultos y de allí se sigue una libertad de prueba para acreditar su existencia.”³³.

Sin embargo, es importante resaltar que la obligación de los partícipes inactivos de entregar el aporte, que como se explicó, se transfiere al patrimonio del gestor, no convierte este contrato en los llamados “reales” por el Código Civil. Ciertamente es, que la tradición es el modo como se realiza la forma de adquirir el aporte por parte del gestor, (título es el contrato mismo), y esta (la tradición), es obligación que surge del contrato y no como requisito de perfección al tenor de la citada definición del artículo 1500 del Código Civil. Por esto explica Broseta: “Es un contrato consensual que se perfecciona por la síntesis de las voluntades del gestor y del partícipe, sin necesidad de que para ello se respeten formalidades de ninguna clase. Más la prueba de su existencia queda sometida a las limitaciones contenidas en el Código de Comercio (art. 240). Una vez perfeccionado el contrato hace surgir complejos efectos jurídicos que conviene señalar, distinguiendo a tal fin las relaciones internas (entre gestor y partícipe) de las externas (entre gestor

³³ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Op. Cit. Página 454.

y terceros)”³⁴. Una de estos efectos jurídicos internos es la obligación de la entrega del aporte en la forma, cantidad y términos acordados.

A pesar de esto debe tenerse en cuenta la recomendación de Ignacio Sanín según la cual “La definición de los efectos internos de la relación convencional y la seguridad de las partes imponen que los términos del contrato consten por escrito.”³⁵

2.2.5.6. Preestipulado³⁶: Consecuente con el criterio anterior, esto es, atendiendo a su función económica y al marcado interés de las partes y del legislador, de crear un instrumento que facilite el desarrollo de actividades principalmente (no exclusivamente como ya se estudiará) comerciales, por su agilidad y simplicidad, este contrato reviste de mayores oportunidades para discutir los alcances, formas, condiciones

³⁴ BROSETA PONT, Manuel. Op. Cit. Página 360.

³⁵ VARIOS. Las Transformaciones del derecho mercantil moderno. Op. Cit. Pag. 69.

³⁶ Explica Cubides: “La importancia de la distinción doctrinal estriba en la diferente manera de interpretarse uno y otro tipo contractual. No solo la jurisprudencia reiterada de la Corte sino además el texto del artículo 1624 del Código Civil tienen claramente sentado que cuando haya duda sobre la recta interpretación de una cláusula en un contrato por adhesión debe estarse a la interpretación que más favorezca a la parte adherida, es decir, a aquella que no tuvo oportunidad sino de aceptar o rechazar el conjunto. Desde luego se trata solamente de aquellas cláusulas o partes ambiguas, dudosas, que requieren de interpretación, y no de normas claras, aunque hayan sido dictadas en su exclusivo beneficio por el contratante que originó el contrato. Por otra parte es útil la distinción porque pierden importancia en los adhesivos algunos elementos inherentes al consentimiento, como son los vicios de que puede adolecer (error, fuerza, dolo) y las desviaciones (simulación y fraude), así como los casos de lesión, la cual, en principio, en los contratos por adhesión, es de difícil ocurrencia.

del acto como tal. Y en general todos sus aspectos, y parece repugnante a la naturaleza misma de las cuentas en participación que se llegara a su celebración como un contrato de adhesión.

Resalta de tal manera su naturaleza, que siendo esta una clasificación de índole doctrinaria, no consagrada en el Código Civil, se expone su definición para exaltar la importancia de este contrato y sus innegables ventajas.

Explican así su concepto los doctores Ospina: “Si el contrato implica necesariamente el concurso de las voluntades de las partes, parecería lógica la exigencia de que su celebración debiera realizarse siempre previa discusión entre estas de todas y cada una de las cláusulas que lo integran, en forma tal que dichas cláusulas fueran elaboradas conjuntamente por todos los contratantes. Sin embargo, en el comercio moderno es frecuente el caso de que dos o más personas lleguen a encontrarse vinculadas por un contrato sin que con anterioridad se haya desarrollado ese proceso preliminar de discusión sobre sus cláusulas y condiciones”. “Esta nueva forma de contratación, impuesta por la

complejidad comercial y económica, ha dado lugar a la distinción entre los contratos preestipulados y los contratos por adhesión, llamados así estos últimos por cuanto uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro”³⁷.

2.2.5.7. De ejecución sucesiva o de ejecución instantánea: Dice Arrubla: “e) la participación es para una o varias operaciones determinadas. Es necesario precisar las operaciones que comprende la participación, es decir, lo que debe ejecutar el partícipe en forma determinada. No se trata de vincular la participación a negocios en general o actividades productivas sin determinar, pues no encajaría en la finalidad económica pretendida con la figura. La actividad de que se encarga al partícipe activo, no puede ser de una duración indeterminada; ello sería extraño a la participación, que siempre supone como contenido del encargo la operación, es decir, la ejecución concreta de un negocio”³⁸.

Esta explicación del Dr. Arrubla, lleva a fijar los siguientes aspectos:

³⁷ OSPINA F., Guillermo y OSPINA A., Eduardo. Op. Cit. Página 70

³⁸ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Op. Cit. Página 449.

- Ya expliqué anteriormente que en el contrato de cuentas en participación no hay un encargo, sino la participación de unos contratantes en un negocio.
- No comparto, y por eso la inclusión de esta clasificación, que la participación no se pueda pactar para actividades de carácter permanente. Esto no tiene nada que ver la determinación del objeto, con lo cual no hay discusión, y se estudiará más adelante, con la duración del mismo.

El artículo 507 del Código de Comercio, antes citado, define: “La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en **una o varias operaciones mercantiles determinadas....**”. Ya se analizó la desafortunada inclusión para la reglamentación comercial de la regulación de este contrato dentro del libro Segundo de las Sociedades Comerciales. Pero en ello nos acompañan legislaciones avanzadas en este tema como la italiana y la española y con ello, se expresa claramente que esta institución, cuyos orígenes se encuentran en la comenda como se explicaba al ubicar este contrato, nace y se desarrolla naturalmente con el ánimo de ser

permanente, sin que esto desvirtúe la posibilidad que el contrato se celebre para la celebración de una sola operación siendo este de ejecución instantánea. Pero sí parece más acorde con la naturaleza del contrato su característica de permanencia, duración en el tiempo, y sobre todo atendiendo a la naturaleza de las obligaciones y a la intención de las partes, debe convenirse en que es un contrato especialmente de ejecución sucesiva, sin excluir su posible tracto instantáneo. En este sentido se expresa Correa Arango: “De lo anterior se deduce que el ámbito de este contrato no se restringe exclusivamente a la materialización de negocios u operaciones ocasionales o esporádicas, o a un negocio siempre que sea determinado, como lo han sostenido algunos doctrinantes nacionales y extranjeros, sino que es viable jurídicamente el que se extienda a todos los que normalmente desarrolle una empresa también determinada, inclusive a la explotación de la empresa misma considerada como unidad económica, en los términos del artículo 25 del Código de Comercio. Esta cobertura amplia que afirmamos de las cuentas en participación, consulta y satisface de manera más completa las necesidades de la vida comercial moderna, en la que constantemente se acude al capital ajeno a través de bancos, corporaciones u otros comerciantes.

Puede considerarse absolutamente retardataria la idea de que las cuentas en participación solo puedan utilizarse respecto de operaciones únicas, ocasionales o transitorias, pues la única exigencia de la norma es que las operaciones se determinen o individualicen.

Como razón adicional puede afirmarse también que nuestro régimen legal no exige que las operaciones sean accidentales o transitorias, como sí lo demandaba por ejemplo el Código de Comercio argentino que no permitía esta operación respecto de actividades permanentes”³⁹.

Y es que esta clasificación encuentra su importancia a la luz de lo previsto en el artículo 868 del Código de Comercio, cuyo tenor dice: “Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

³⁹ ARANGO CORREA, Gabriel. Op. Cit. Página 198.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”.

Esto no es otra cosa que la consagración positiva de la teoría de la imprevisión. Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia sostiene que en caso de resolución por incumplimiento en los contratos de ejecución sucesiva, esta resolución no tiene efecto retroactivo, sino hacia el futuro, sin que haya lugar a restituciones mutuas entre ellos en razón de las prestaciones ya cumplidas con anterioridad.⁴⁰

Finalmente, y para resaltar aún más la importancia del tipo de contrato que se está celebrando, cabe recordar que en los contratos de

⁴⁰ Casación de Abril 30 de 1.955 C.S.J. Gaceta Judicial, Tomo LXXX, página 55g.

ejecución sucesiva al ser distintos los vencimientos de las obligaciones, sus términos de prescripción comienzan a correr en fechas distintas.⁴¹

2.2.5.8. Intuitu Personae: Se cita esta clasificación de los contratos (de carácter doctrinal y no legal) debido a la importancia que reviste al estudiar en el próximo capítulo, la validez del contrato, en particular lo relativo al error sobre la persona.

Se entiende que un contrato es intuitu personae, cuando es la consideración de la persona, bien sea en su identidad física o respecto de sus cualidades, la que ha llevado a celebrar el acto. Así el artículo 1512 C.C. expresa: “El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”. Por su parte, el art. 107 del Código de Comercio estipula: “El error de hecho acerca de la persona de uno de los asociados viciará el consentimiento cuando el

⁴¹ La importancia de la distinción la explica Cubides: “Se debate por la doctrina acerca no solo de la lógica de esta clasificación sino también de su utilidad práctica. Nosotros alineamos con quienes la consideran lógica y práctica. En efecto; nadie discute hoy seriamente que hay obligaciones que se cumplen instantáneamente y otras que se cumplen diferidamente. Negarlo sería negar también las obligaciones condicionales y las obligaciones a plazo, amén de privar al comercio jurídico moderno de una de las importantes modalidades-la más importante, creemos-para su normal desenvolvimiento, cual es la de poder diferir el cumplimiento de ciertas obligaciones en procura de recibir la contraprestación, de hacer una prueba, de estabilizar suministros, etc.”(CUBIDES CAMACHO., Jorge. Op. Cit. Página 179).

contrato se celebre en consideración a la persona de los mismos, como en la sociedad colectiva respecto de cualquiera de ellos, y en la comanditaria respecto de los socios gestores o colectivos”.

Del análisis hasta ahora realizado del contrato de cuentas en participación, y en particular de las características del gestor, es claro que respecto de él el móvil del acto jurídico son sus cualidades personales en relación con su conocimiento y experiencia para la ejecución del negocio o negocios objeto del mismo. Por lo tanto, el error acerca de estos aspectos, constituyen un error sustancial que vicia el consentimiento. Así lo define el tratadista Alberto Tamayo: “En doctrina se han distinguido tres clases o especies de error sobre la persona: el que recae sobre su identidad física; el que recae sobre sus cualidades, y el que se refiere a su identidad civil o jurídica.

Se estaría en la primera hipótesis si alguien, por ejemplo, contrata con A creyendo hacerlo con B (en caso de homónimo o cualquiera otra circunstancia). Se estaría con la segunda hipótesis al faltar en el contratante las cualidades que equivocadamente le había atribuido el otro

contratante (talento, competencia, solvencia, honestidad, imparcialidad, etc.).

Por tratarse de cualidades esenciales que tuvo en cuenta el contratante, su ausencia bastará para hacer anulable el contrato. La apreciación se hará lo mismo que si se tratara de error sobre la sustancia. “Como las cosas, las personas tienen sus cualidades sustanciales” (J. Flour y J.L. Aubert, *Les Obligations*, Vol I, París, Armand Colin, 1.975, página 141)

Finalmente, el error sobre la identidad civil o jurídica puede darse en casos de equivocación acerca del verdadero estado civil, del verdadero nombre o nacionalidad del otro contratante.

Ejemplos bien característicos de errores sobre la persona se encuentran en la jurisprudencia francesa: la Corte de París anuló un compromiso de arbitramento por error sobre la calidad del árbitro nombrado, teniendo en cuenta que se trataba de un abogado, de quien una de las partes había sido cliente. Se consideró que no estaba asegurada su imparcialidad”.⁴²

⁴² TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de Obligaciones. Teoría del Acto Jurídico y otras fuentes*. Quinta Edición, Editorial Temis S.A. Santafé de Bogotá D.C. 1977, páginas 150-151.

Me he permitido extenderme, pues lo expuesto por el Dr. Tamayo refuerza el carácter que reviste la clasificación de los contratos intuitu personae, por las consecuencias jurídicas en el ámbito de validez del acto, y que permite establecer que el contrato de cuentas en participación en razón del gestor es uno de los más representativos.⁴³

2.2.5.9. Típico: Por la importancia que tiene respecto de la regulación legal aplicable al contrato, y cuyas implicaciones se tratarán más adelante, conviene citar la clasificación especificando que las cuentas en participación son un contrato típico.

Así explica el Dr. Arrubla, la distinción de esta clasificación, (anotando que este autor ha estudiado ampliamente este tema y el régimen jurídico

⁴³ Al respecto Alessandri: “El error es, por último, substancial si recae sobre la persona con quien se tiene intención de contratar siempre que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato (art. 1455). Por regla general, la persona con quien se contrata es indiferente: a quien vende un objeto le da lo mismo venderlo a Pedro o a Juan. Lo que le interesa es obtener el precio obtenido por él. Hay, sin embargo, ciertos contratos en que, por excepción, la persona es determinante, no se celebran sino en consideración a ella, intuitus personae. El error acerca de la persona vicia entonces el consentimiento. Pero, para que así ocurra, es menester que la voluntad de la víctima del error haya sido determinada por la consideración de dicha persona, que ésta sea el principal motivo del contrato, de modo que, a no mediar el error, aquel no se habría celebrado”. (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos. Op. Cit. página 174).

aplicable): “1. Típicos. Serán aquellos contratos que tienen una individualidad y unos efectos propios señalados por la norma jurídica.

Para el efecto, el concepto de norma jurídica es omnicompreensivo de las diferentes fuentes de derecho llamadas por el ordenamiento jurídico a regular los actos negociales en un lugar determinado.

La clasificación tradicional se circunscribe en su concepto de contrato típico, únicamente a aquel que tiene una individualidad acusada en la ley, desconociendo el valor que el ordenamiento jurídico le otorga a otras fuentes de derecho diferentes de la norma positiva.

2. Atípicos, los contratos atípicos, por exclusión, serían aquellos negocios jurídicos, que no están regulados por ninguna norma jurídica”⁴⁴.

De esta clasificación se deriva que al aplicar las normas que gobiernan los contratos típicos, y por ende las cuentas en participación debe tenerse en cuenta primero las normas imperativas, no susceptibles de derogatoria por los particulares por estar involucrado el orden público; luego las cláusulas contractuales libremente acordadas por las partes intervinientes ateniéndose a los límites de la voluntad privada; seguidamente las

⁴⁴ ARRUBLA. PAUCAR, Jaime A.. Contratos Mercantiles. Tomo II. Segunda edición. Biblioteca Jca. Diké. Medellín 1992. Página 24.

normas legales propias del contrato, en su carácter supletivo de la voluntad de las partes; en cuarto lugar, las reglas generales de los actos jurídicos y los contratos; la analogía de la ley y la analogía del derecho. La importancia de esta clasificación hermenéutica se estudiará al analizar las implicaciones del artículo 514 del C. de Co. en el planteamiento del marco teórico, base para el desarrollo del contrato.

2.2.6. Conclusiones: Como se expuso al comienzo, resulta muy difícil e incluso peligroso reducir una elaboración jurídica a un concepto que resulte omnicomprendivo. Sin embargo, y a manera de colofón como se propuso al iniciar la descripción de la naturaleza y clasificación de las cuentas en participación, me atrevo a proponer la siguiente definición que resume la ubicación del tema:

El contrato de cuentas en participación es un contrato típico, en el que una o varias personas se obligan a realizar una aportación en su calidad de partícipes inactivos, para la realización de una operación determinada, particular o general, transitoria o permanente, que será ejecutada en su exclusivo nombre y responsabilidad por el asociado gestor quien deberá

invertir en la operación pactada, explotando el objeto estipulado, con la obligación de rendir cuentas y dividiendo todas las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

2.3. Condiciones para la existencia y validez del contrato de cuentas en participación.

2.3.1. El Código de Comercio y su regulación sobre la existencia, la validez y la oponibilidad de los actos jurídicos:⁴⁵ Tratándose de un contrato típicamente comercial, cuya regulación se encuentra en el Código del Comercio, trataré aquí en forma general las condiciones generales para la existencia, validez y oponibilidad de los actos jurídicos a la luz de este ordenamiento, para continuar con el tratamiento de algunos aspectos particulares del contrato de cuentas en participación derivados de su regulación normativa.

⁴⁵ Valencia Zea introduce la explicación de este tema en la siguiente forma: “Los arts. 897 a 904 del Código de Comercio distinguen las siguientes variedades de negocios irregulares: ineficaces de pleno derecho (art. 897), inexistentes jurídicamente (art. 898), nulos en forma absoluta (art. 899), nulos relativamente (art.900), inoponibles (art. 901). En cuanto a la inexistencia jurídica es correcta la definición dada por el segundo párrafo del art. 89. Igualmente las nociones de nulidad absoluta y relativa de los arts. 899 y 900. Pero respecto de la nueva expresión de ineficacia de pleno derecho que emplea el art. 897 y la definición de inoponibilidad del art. 901 no fueron afortunados los autores del nuevo Código”. (VALENCIA ZEA, Arturo –ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Derecho Civil parte general y personas. Tomo I. Decimocuarta edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, 1997. Página 476.)

Para efectos hermenéuticos debe tenerse en cuenta que el Código de Comercio intenta en principio la unidad de criterio con la legislación civil estableciendo en su artículo 822: “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.”

Sin embargo, el mismo Código, apartándose de lo establecido en el civil exige las siguientes condiciones de eficacia en los contratos comerciales:

2.3.1.1. Existencia: Definida por el Código por vía negativa al expresar el artículo 897. “Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial” complementada con el inciso 2º del artículo 898, “Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.”

Siendo este un contrato eminentemente informal, se entiende que solo se requiere para su existencia que en su formación concurren los elementos esenciales, cuya definición legal ya se citó, y que en el caso de este contrato como se deduce de la descripción realizada son: el aporte, con su tradición en la forma convenida al patrimonio del gestor, y la determinación de la operación u operaciones, particulares o generales en las cuales se ha de invertir tales aportes y que constituyen el objeto del contrato. La ausencia de cualquiera de estos 2 elementos esenciales genera la inexistencia del contrato.

2.3.1.2. Nulidad Absoluta: Establece el artículo 899 del C. de Co:

“Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:

1. Cuando contraria una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;
2. Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y
3. Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz”

Como se ve, no hay nada en esta norma de carácter general para los contratos comerciales que implique alguna particularidad especial en las cuentas en participación. Baste con que el contrato cumpla con los requisitos enumerados en la norma para que se reporte su validez. Aclarándose que respecto de la nulidad absoluta, y ante el silencio del Código del Comercio, debe atenderse a lo estipulado en el Art. 2° ley 50 de 1.936 cuyo tenor es: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratificación de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria.”

2.3.1.3. Nulidad Relativa: El artículo 900 del Código de Comercio promulga “Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil”.

En este punto deseo resaltar que respecto del contrato de cuentas en participación, por ser aquellos llamados *intuitu personae*, pues en relación con el asociado gestor, y en especial por la consideración de cualidades especiales como experiencia, honestidad, capacidad, solvencia y en general aquellos que lo hacen capaz de administrar la operación pactada, llevan a los partícipes inactivos a contratar, y que un error sobre estos aspectos, acarrearían la anulación del contrato según la fórmula establecida en el inciso segundo del citado art. 900: “Esta acción solo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado”.⁴⁶

⁴⁶ Planiol y Ripert reforzando lo expresado al estudiar la clasificación del contrato como *intuitu personae*, sobre el error en la persona del contratante afirman: “Por excepción, algunos contratos se celebran en consideración de la persona (*intuitu personae*). Estos contratos son: 1º Los inspirados en una benevolencia particular que sólo existe para un individuo determinado. Tal es el caso, sobre todo, de la donación, que es provocada por un sentimiento de afecto absolutamente personal. Si el donante se engaña sobre la identidad de la persona a quien gratifica, su consentimiento se halla vencido y el contrato es anulable; 2º Los contratos determinados por el talento o las aptitudes especiales de una persona: la orden de un cuadro a un pintor, el mandato, la sociedad de personas, el arrendamiento. En todos estos contratos, no es indiferente la identidad de la persona; esta persona determinada y no otra es la que inspira confianza. Compárese, tratándose, de un arrendamiento rústico en el cual el inquilino había presentado a su concubina como su mujer legítima, sustitución que se juzgó dolosa, y tratándose del contrato de trabajo”. (PLANIOL, Marcel –RIPERT, Georges. Tratado elemental de Derecho Civil. Primera edición. Biblioteca Jurídica-sociológica. México D.F., 1983. Página 54).

2.3.1.4. Nulidad Parcial: El Código de Comercio permite, a diferencia del Civil, mantener la validez del contrato sin que lo afecten, los defectos de una parte de él, bien sea respecto del contenido del acto (la nulidad de una cláusula o parte no afectará todo el acto a menos que aparezca que las partes no lo habrían celebrado). En cuanto a los agentes (cuando en los negocios jurídicos plurilaterales con un interés común, la nulidad respecto de uno de los agentes, no afectará los otros vínculos) según lo establecido en los artículos 902 y 903 del C. de Co.

Al igual que lo expresado respecto de la nulidad absoluta, no hay nada en esta norma de carácter general para los contratos comerciales que implique alguna particularidad especial en las cuentas en participación. Pero tratándose de un contrato plurilateral, y cuyo contenido puede verse parcialmente afectado por un vicio, es conveniente, en interés del respeto de la autonomía de la voluntad privada y la estabilidad contractual, tener en cuenta la aplicación de estas normas.

2.3.1.5. Inoponibilidad: Conforme al art. 901 del C. de Co., “será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir los requisitos de publicidad que la ley exija.”

Aunque no es el lugar para explicar lo inexacto e incompleto de este artículo, sí debe afirmarse que respecto de este contrato, informal y ágil por su origen y finalidad, no se exige cumplir requisitos de publicidad, y por lo tanto, sí reúne todos los requisitos de existencia y validez atrás explicados será oponible a terceros.

2.3.2. La calidad de Comerciante. ¿Incapacidad Particular?: En la citada definición legal del contrato (Art. 507 C. de Co) se expresa “La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes....” Lo cual significaría que además de la capacidad general para celebrar válidamente cualquier contrato, se requeriría la dedicación profesional y habitual al ejercicio de las actividades que la ley considera mercantiles (arts. 10 y 20 a 25 del C. de Co), acarreando respecto de las personas jurídicas, además de la posibilidad prevista en el objeto social para realizar los actos que

constituyen la operación de las cuentas en participación, su carácter comercial. Esta definición, tomada del artículo 629 del anterior Código de Comercio terrestre, al cual derogó y que a la letra decía: “La participación es un contrato, por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta, y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas, en la proporción convenida”, llevó a la Honorable Corte Suprema de Justicia a definir el tema de la siguiente manera: “En la definición, (art. 629 del C. de Co) se dice que es éste un contrato, por el cual dos o más comerciantes toman interés en una operación mercantil; y con la utilización de la palabra “comerciantes”, se ha dado pie para decidir que solo entre los del gremio puede existir la asociación de modo que la convención no es eficaz sino entre comerciantes, y si en ella participan quienes no merezcan este calificativo, la convención no se rige por las disposiciones en estudio, siendo el pacto nulo; se agrega que, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, la sociedad forma persona jurídica; y como a la asociación no se le atribuye esta calidad, no

puede subsistir jurídicamente y viene a reglarse por las disposiciones de la comunidad, por ser ineficaz la convención.

“El Código no exige, ha dicho el doctor Félix Cortés, para celebrar útilmente cualquiera operación mercantil, la calidad de comerciante; todo el que tenga capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para celebrar operaciones mercantiles, las que se califican de tales, objetivamente consideradas, y no en razón de las personas que en ella intervienen; quien, sin ser del gremio, ejecuta una operación mercantil, es comerciante, respecto del acto o contrato en que interviene (art. 10). Por consiguiente, si la operación que va a desarrollarse por medio de la asociación, es de suyo un acto de comercio, los partícipes toman la calidad de comerciantes para ese negocio, en caso de que por su profesión no merezcan la calificación general de tales”.

“Anular un contrato de asociación sólo porque quienes lo celebran no estén originaria y profesionalmente dedicados al comercio, es exigir para este único convenio una capacidad especial no considerada en la ley; en otros términos: Es crear una incapacidad que modifica

fundamentalmente las normas que rigen tan importante materia, y esto sin base jurídica alguna. Conviene insistir en el particular; naturalmente, el Código de Comercio fue expedido para su propia materia y para las personas dedicadas profesionalmente a ese ramo de actividades, de modo que al referirse a quienes celebran un contrato mercantil usa como término genérico la palabra comerciantes; pero no en sentido restringido, como es obvio. Tanto más correcta es esta interpretación cuanto que, según se ha dicho, la incapacidad no puede surgir sino de un tema expreso, que no se encuentra en el caso en estudio; y se repite: Quien no siendo comerciante ejecuta una operación mercantil para los efectos de esa operación y para las normas que la rigen, es un verdadero comerciante, aún cuando no pesen sobre él las obligaciones generales impuestas a los del gremio. (Comentarios al Código de Comercio, Doctor Cortés, págs. 243 y 244. – Georges Ripert- Derecho Comercial, Segunda edición, 1951, pág. 324).

Debe, pues concluirse que tal contrato puede celebrarse por toda persona capaz, aún cuando con anterioridad al acto, no estuviere matriculada o catalogada como comerciante”⁴⁷.

⁴⁷ Casación de Junio 10 de 1.952 C.S.J. Gaceta Judicial Tomo LXXII, páginas 402-403.

A estas concluyentes afirmaciones, permítaseme solamente agregar que a la luz del nuevo Código de Comercio (nuevo frente al estudiado por la Honorable Corte), a más de los argumentos expuestos que indican que es la naturaleza del acto la que lo califica como comercial y no la de los agentes, y que las incapacidades no pueden surgir sino de un texto expreso de la ley, son otros argumentos que apoyan esta tesis:

- El artículo 11 del nuevo ordenamiento comercial explícitamente consagra. “Las personas que ejecuten ocasionalmente operaciones mercantiles no se considerarán comerciantes, pero estarán sujetas a las normas comerciales en cuanto a dichas operaciones.”
- El artículo 20 numeral 19 explica que son mercantiles para todos los efectos legales “Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil”. Las cuentas en participación son un contrato regulado en el Libro Segundo, Título IX del Código de Comercio. Por tanto no puede entenderse que el citado artículo exija la calidad de comerciante para celebrar el contrato, sino que reconoce que los celebrantes realizan un contrato mercantil regido por el ordenamiento comercial.

Finalmente valga lo expresado por Gabino Pinzón: “lo que constituye la esencia de la participación es que, como se dice en el mismo artículo 507 del Código de Comercio, el contrato no es ejecutado colectivamente por los distintos partícipes, sino que “deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”. Más que el objeto mismo del contrato lo que lo tipifica es la forma misma de llevar a cabo las operaciones que constituyen ese objeto; porque la forma de su ejecución, semejante en el fondo- solo semejante, no igual- a la ejecución del contrato de sociedad en comandita simple, es la que lo especifica como un tipo de contrato distinto de los demás que se regulan en la legislación comercial.”⁴⁸

2.3.3. Aspectos particulares en la regulación del objeto: En la varias veces citada definición del artículo 507 del Código de Comercio, se establece respecto del objeto del contrato de cuentas en participación, que es el interés que toman los asociados en una o varias operaciones mercantiles determinadas.

⁴⁸ PINZÓN, Gabino. Op. Cit. Página 305.

De esta definición se desprenden dos características que calificarán la validez del objeto, sometiéndolo a una regulación especial.

2.3.3.1. Operaciones Mercantiles: Reiterando lo expuesto al explicar el extraño encasillamiento que hace el Código de Comercio al exigir que los asociados sean comerciantes, recuerdo que el numeral 19 del artículo 21 del mismo Código define que son mercantiles para todos los efectos legales los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil. Deja esto claro que cualquiera que sea la naturaleza de los actos objetos del contrato, siempre que se celebre un contrato de cuentas en participación, se estará celebrando un contrato mercantil pues este es un acto regulado por la ley mercantil. Dentro de esta generalidad de la legislación comercial, no tendría coherencia hermenéutica, pretender la invalidez del contrato porque sus operaciones no son comerciales, cuando por definición legal el acto para todos los efectos es mercantil.

Así opina el Dr. César Vivante en forma clara y contundente. “824. La asociación puede tener por objeto un negocio civil, verbigracia, una explotación agrícola”⁴⁹

Esta aseveración de Vivante tiene plena realización en nuestro ordenamiento positivo al considerar el Decreto 437 de 1.961 que la actividad de la aparecería podría ser objeto del contrato de cuentas en participación conforme a las normas contenidas en el Código del Comercio.

Gabino Pinzón lo explica así: “Sin embargo, en la misma ley no se ha previsto expresamente sanción alguna o consecuencia jurídica alguna para el caso en que no tengan la calidad de comerciantes las personas que celebren dicho contrato; ni menos aún se ha prohibido a las personas no comerciantes utilizar un instrumento técnico de creación y regulación de relaciones jurídicas entre dos o más partes, según el concepto general de contrato formulado en el artículo 864 del mismo Código de Comercio. Por otra parte, no puede decirse que la calidad de comerciante en los partícipes tenga la calidad de un elemento esencial del contrato, sin el

⁴⁹ VIVANTE, César. Op. Cit. Pág. 517

cual no haya contrato de participación o degenerare en otro tipo de contrato del cual tenga sus elementos esenciales, como se dice en el artículo 1501 del Código Civil; ni que sea una condición de validez del contrato, sin la cual se produzca un vicio de nulidad, que no sería más que una nulidad relativa, al tenor del artículo 1741 del mismo Código Civil.”⁵⁰

2.3.3.2. Determinación de las actividades: Al exigir que las operaciones objeto del contrato de cuentas en participación sean determinadas, el Código de Comercio estableció la obligación de los asociados de individualizar o determinar las actividades del contrato, permitiendo que éste (el objeto) se extienda a todos los actos que normalmente desarrolle una empresa también determinada, e incluso a la explotación de la empresa misma en los términos del art. 25 del Código de Comercio, y en ningún caso implica restricción a operaciones ocasionales, esporádicas, accidentales o a un sólo negocio.

Jaime Arrubla Paucar sostiene: “e) La participación es para una o varias operaciones determinadas. Es necesario precisar las operaciones que comprende la participación, es decir, lo que debe ejecutar el partícipe en forma determinada. No se trata de vincular la participación a negocios en

⁵⁰ PINZÓN, Gabino. Op. Cit. Página 303.

general o actividades productivas sin determinar, pues no encajaría en la finalidad económica pretendida con la figura. La actividad que se encarga al partícipe activo, no puede ser de una duración indeterminada; ello sería extraño a la participación, que siempre supone como contenido del encargo, la operación, es decir, la ejecución concreta de un negocio.”⁵¹

Respetuosamente me permito discernir de esta opinión, por lo demás muy autorizada, en los siguientes aspectos:

- Es claro que el objeto del contrato, so pena de la nulidad del mismo, debe ser determinado, individualizado o singularizado. Pero ello no implica en ningún caso que la determinación no pueda referirse a negocios o actividades generales, como las que realiza una empresa según la definición del artículo 25 del C. de Co. varias veces citada.
- La determinación del objeto, hace referencia a la naturaleza misma de las operaciones y no cabe, por ningún motivo, la posibilidad de entender que por ello que hay una limitación temporal, y que por lo tanto no pueda referirse a actividades permanentes.
- Precisamente lo que Arrubla llama la finalidad económica pretendida con la figura, valga decir, la posibilidad de acudir en forma ágil e

⁵¹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Op. Cit. Pág. 449.

informal a recursos de capital ajeno, en las necesidades de la vida comercial moderna obedece más a actividades de carácter permanente, que a negocios transitorios o accidentales.

- Por último, recuérdese que de acuerdo con la naturaleza del contrato de cuentas en participación ampliamente explicado, no se puede sostener que hay un encargo como impropriamente lo sostiene el ilustre tratadista.

En ese mismo sentido me permito citar dos opiniones de reconocidos doctrinarios:

“Al mencionar el Co. “Las operaciones”, sin limitarlas con ninguna adición, parece aceptar que la participación pueda de ser de las tres especies deseables: ocasional (momentánea), temporal y permanente. Es decir, que se puede participar en una sola operación o en varias, o, por último, indefinido, en cuantas constituyan la explotación de una empresa. Esta amplitud del concepto es plausible; pero no es lógico, ni posible en

la práctica, que se rija por idénticas normas la participación, sea o no ocasional.”⁵²

“El contrato puede estipularse tanto para la realización de un solo acto, como para la explotación de actividades económicas duraderas por tiempo determinado o indeterminado. A diferencia de lo que ocurre en otros derechos, el nuestro no contiene instituciones diversas según se persiga una u otra finalidad. Ambas caben dentro de nuestro contrato de cuentas en participación, como ha demostrado el profesor Fernández-Novoa (cfr. Art. 241, 242 y 243)”⁵³

2.3.4. Celebración del Contrato entre Cónyuges no separados de cuerpos y entre los titulares de la patria potestad y los hijos no emancipados⁵⁴: Establecía el artículo 3 de la Ley 28 de 1.932 “Son nulos absolutamente entre cónyuges las donaciones irrevocables y los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial”.

⁵² LANGLE Y RUBIO, Emilio. Op. Cita. Pág. 330.

⁵³ BROSETA PONT, Manuel. Op. Cit. Página 359

⁵⁴ Se estudia el tema por su interés en cuanto a la celebración del mismo, porque las citadas normas (art.1852 C.C., art. 3 Ley 28 de 1932 y art. 906, numeral 1° del C.Co.) fueron declarados parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia del 10 de Febrero de 1999.

Más allá de la discusión presentada a raíz de la contradicción de este artículo con el artículo 1.852 del C.C. y que no es objeto del presente estudio, era claro que cuando los asociados detentaban entre sí la calidad de cónyuges, entre ellos sólo era válido el contrato de cuentas en participación cuando el aporte realizado correspondía a bienes muebles, y era absolutamente nulo el celebrado con aportes de bienes inmuebles. Sin embargo, y de acuerdo a los efectos de la declaratoria de inexecutable parcial citados en la nota marginal, esta es una discusión meramente histórica, pues hoy en día no cabe duda de la posibilidad de efectuar siempre el contrato, sea cualquiera el aporte de los contratantes cónyuges entre sí.

Por su parte no hay norma alguna en el C. de Co. que establezca prohibición de celebrar el contrato de cuentas en participación entre titulares de la patria potestad y sus hijos no emancipados, como sí ocurre respecto del contrato de compra-venta (artículo 906 numeral 1° C.de Co. y 1.852 C.C.). Por el contrario, si está autorizado expresamente para el contrato de sociedad (artículo 102 C.de Co). Como las nulidades deben estar contenidas en norma expresa, respecto del contrato de cuentas en

participación entre padres e hijos no emancipados debe concluirse su plena validez.

3. MARCO TEORICO PARA UN ESTUDIO DE LA UTILIDAD DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION

En este capítulo procederé a realizar un análisis de los aspectos distintivos del contrato, una vez ubicado el tema, y estudiados los aspectos generales del contrato, y que además de tipificar el contrato, permiten extraer las características para una propuesta para el desarrollo del mismo.

3.1. El asociado gestor.

Siendo el asociado gestor quien hace posible la realización de las actividades u operaciones del contrato, en su calidad de propietario de los aportes, los cuales además debe hacer productivos, empleando toda su capacidad, experiencia y facultades en la explotación de la actividad o actividades acordadas, quien ante los terceros aparece como el único responsable por las obligaciones contraídas, y el asociado por cuyas calidades personales se celebra el contrato.

Respecto de este asociado conviene resaltar los siguientes aspectos:

- No hay ninguna norma, y por supuesto nada en la esencia o naturaleza del contrato que exija que el gestor sea único, es decir, es posible que se dé la pluralidad de gestiones tal como se presenta habitualmente (que no exclusivamente) en la posición contractual de los partícipes inactivos. En caso de que se pactare un contrato de cuentas en participación con pluralidad de gestiones, respecto de todos los asociados activos deberán predicarse las condiciones de existencia y

validez estudiados anteriormente. Pero lo principal, como responden con la totalidad de su patrimonio por las obligaciones contraídas y se hacen propietarios de los aportes, deberá atenerse a la estipulación contractual que regule la forma de administración de la negociación y responsabilidad de los gestores. Pero en ausencia de una manifestación por parte de los asociados en el contrato, en una clara aplicación de lo previsto en el artículo 514 del Código de Comercio deberá acudir a lo propuesto en el Código de Comercio para las sociedades en comandita simple. A este respecto considera el artículo 341 del ordenamiento citado: “En lo previsto en este Capítulo se aplicarán respecto de los socios gestores, las normas de la sociedad colectiva, y de los comanditarios, las disposiciones de la compañía de responsabilidad limitada”. Por lo tanto, debe acoplarse al Capítulo III del Título III, sobre la Administración y Representación de la Sociedad Colectiva y deberá atenderse especialmente a lo estipulado en el artículo 310 del C.de Co. al decir “La administración de la sociedad colectiva corresponderá a todos y a cada uno de los socios.....”.

Análisis similar cabe respecto de los aportes. Es de la esencia del contrato de cuentas en participación, que no genera un patrimonio autónomo, el traslado de los aportes al dominio del gestor. Pero cuando este es plural, deberá entenderse que en virtud de una convención ha surgido una comunidad. A este respecto se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte, al decir: "Aún cuando un sector de la doctrina y algunas legislaciones foráneas le asignan al vocablo una significación mucho más amplia, en el Código Civil colombiano el término comunidad se emplea para significar el fenómeno resultante del fraccionamiento de la titularidad del derecho de propiedad (o de otro derecho real), que estaba en cabeza de una sola persona, entre dos o más sujetos. Este fraccionamiento del derecho da lugar, en ocasiones, a una comunidad singular, y en otras a una de carácter universal, según que el objeto sobre el que realiza el derecho sea singular, o por el contrario verse sobre una universalidad."

"Como quiera que en esta materia el mencionado ordenamiento, al igual que el de muchos otros países, se inspira en los principios que en

torno al punto se establecieron por el derecho romano, es característica de la comunidad el que el fraccionamiento de la titularidad se traduzca en la formación de cuotas para los distintos sujetos en quienes el derecho se haya venido a radicar.”.

“La cosa de cada uno de los sujetos se representa por medio de un número quebrado que al sumarse con los restantes viene a conformar la unidad aritmética.”⁵⁵

Por lo tanto respecto de los aportes, cuando el gestor es plural, deberá atenderse a lo dispuesto en el Capítulo III del Título 33 del Libro 4° del Código Civil (arts. 2.322 a 2.340) y la Ley 95 de 1.890, arts. 16 a 27, que reglamentan en Colombia la comunidad y fijan su naturaleza, sus orígenes, los derechos y obligaciones mutuos de los partícipes de la cosa común y la manera de terminar la comunidad.

- También se desprende de la naturaleza del contrato, y en especial de su función económica actual, que el gestor sea persona natural o

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de Junio de 1.989.

jurídica. Deberá reiterarse, cuando se trate de persona jurídica, que dentro de su objeto social deberá estarse facultado la operación u operaciones pactadas.

- Las actividades o negocios deberán ser ejecutados en el solo nombre del gestor y bajo su crédito personal. Por lo tanto, la totalidad de sus vínculos originados en razón de las operaciones que constituyen el objeto del contrato, son de responsabilidad exclusiva del gestor, sin comprometer a los partícipes inactivos, por lo cual los terceros sólo tienen acción contra éste. El gestor no actúa ni como representante ni como mandatario de los demás partícipes, actúa en su propio nombre y solamente compromete su propia responsabilidad y patrimonio.

3.2. El partícipe inactivo.

Es la parte del contrato que permite con su aporte la realización de las operaciones pactadas por el gestor, movido a celebrar el acto por el rendimiento económico que espera recibir al dividir las utilidades.

Sobresalen los siguientes aspectos:

- El partícipe puede ser uno solo, o estar representado por una pluralidad de ellos, y en este caso no presenta ninguna dificultad su posición en tanto se encuentre debidamente estipulado el valor de su aporte y por ende el de su participación en las utilidades.
- Tal como sucede respecto del gestor, puede el partícipe ser persona natural o jurídica, reiterando nuevamente en este segundo caso que para celebrar válidamente el contrato deberá estar facultada dentro de su objeto social para realizar la operación u operaciones pactadas.

3.3. Reserva del vínculo.

Especial atención merece esta característica tan propia y particular del contrato de cuentas en participación, pero cuyo alcance debe ser adecuadamente interpretado con el fin de evitar equivocadas concepciones que desvirtúen la utilidad práctica del contrato y su contenido real.

Debe entenderse de la naturaleza de este contrato, ampliamente explicada, que lo importante es que las relaciones entre todos los asociados tienen exclusivamente un carácter interno, y que como tal, no hay ninguna proyección externa respecto de los terceros. Ese es el verdadero alcance de esta reserva vincular que en ningún caso es esencial u obligatoria al contrato.

Así lo entendió el legislador comercial de 1.971 al expedir el nuevo ordenamiento comercial, dejando atrás la concepción que en este aspecto regulaba el Código de Comercio Terrestre. Efectivamente, fruto de interpretaciones retardatarias, especialmente relacionadas con el ejercicio de la profesión de comerciante, el artículo 631 del citado Código de Comercio Terrestre prescribía: “La participación es esencialmente secreta, no constituye una persona jurídica, y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio.”

“Su formación, modificación, disolución y liquidación, pueden ser establecidas con los Libros, correspondencia, testigos y cualquiera otra prueba legal.”.

Con indiscutible acierto, despejando la naturaleza real del contrato, en el Código de Comercio vigente consagró en su artículo 509: “La participación no constituirá una persona jurídica y por tanto carecerá de nombre, patrimonio social y domicilio. Su formación, modificación, disolución y liquidación podrán ser establecidas con los Libros, correspondencia, testigos o cualquiera otra prueba legal.”. Este artículo abandona afortunada y definitivamente la esencialidad del carácter secreto del contrato, reflejándose además esta posición en el resto del ordenamiento comercial de este contrato. (Título X, Libro 4º, Código de Comercio).

De forma muy clara lo describe el maestro Langle: “Importa mucho destacar que esta falta de proyección externa del contrato ha sido pésimamente interpretada. Se ha incurrido de antiguo en un error doctrinal: El de creer que la cuenta en participación es una sociedad oculta y el de emplear los impropios tecnicismos de “socio secreto” y “socio aparente” para designar al partícipe y titular. Ni es sociedad

(como atrás demostramos), ni necesariamente ha de quedar ignorada por el público.”

“La culpa de tan equivocada concepción ha de imputarse al Co. francés, cuyo artículo 49 (modificado el año 1.921) dice que “son sociedades cuya existencia no se revela a los terceros”. Hasta Thawer se torturaba con el inútil problema de qué sucedería si el partícipe fuese “desenmascarado”. Los países de legislación más progresiva desechan tal prejuicio y no se preocupan por esa cuestión. Porque el conocimiento por los terceros o el público en general de que la asociación existe – bien si los interesados lo manifiestan, bien si los terceros averiguan- no modifica en nada la situación legal. Ni se comprende por qué haya de alterarla esta “verdad sabida”. La publicidad de la asociación es innecesaria pero no está prohibida”.

“El Co. positivo español no exige tal secreto. Este no es nota esencial, ni característica principal de la cuenta en participación, si bien la relación jurídica creada sólo tenga eficacia para las partes, es decir, sea irrelevante para terceros, lo cual es cosa muy distinta. Aunque no requiere

publicidad y aunque está privada de efectos en el ámbito de las relaciones externas, esto no significa en modo alguno que sea “de esencia” el secreto. La notoriedad –escribió Vivante- “podrá ser indiferente para los terceros, podrá ser jurídicamente superflua, pero en ningún caso juzgaremos que contradiga a la participación”. Puede convenir al asociante que sus clientes sepan que tiene asociados prestigiosos y “sería extraño que un contrato perfectamente legal debiese concluirse y llevarse a cabo clandestinamente para conservar su propia naturaleza.”

“No hay, pues, obstáculo en que el partícipe sea conocido, con el carácter que realmente ostenta, cosa que al fin sólo puede ofrecer mayor garantía. Las partes pueden obrar a cara descubierta. Lo inadmisibile sería que el simple partícipe pretendiese darse a conocer con una falsa cualidad (la de auténtico socio), cometiendo un engaño, o, al menos, aprovechándose de un error sin deshacerlo: su conducta sería entonces fraudulenta.”⁵⁶

Por su parte Gabino Pinzón afirma: “Sobre este punto de la celebración del contrato de participación conviene hacer una aclaración muy

⁵⁶ LANGLE Y RUBIO, Emilio. Op. Cit. Páginas 346 y 347.

importante, dado el afán con el cual exageran algunos la interpretación de las limitaciones reales o aparentes previstas en la ley. Porque en el Código derogado (art. 631) se decía expresamente que “la participación es esencialmente secreta” y en el nuevo Código, aunque no se repitió con la misma impropiedad dicha previsión, se dijo que “los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipes, responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor. Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe.” Lo cual no puede entenderse en el sentido de que el contrato de participación no se pueda hacer constar en un documento privado o público susceptible de ser conocido por terceros. Porque lo necesario y lo suficiente en esta materia es que quede claramente a salvo ante terceros que no hay una gestión colectiva o un interés colectivo que reste claridad y seguridad a los negocios llevados a cabo por el gestor o partícipe activo”.⁵⁷

⁵⁷ PINZÓN, Gabino. Op. Cit. Página 310.

La contundencia de esta explicación, ubica perfectamente el carácter de las cuentas en participación respecto de su proyección externa.⁵⁸

Por esto no cabe la aseveración de Arrubla quien afirma: “También se señalan como ventajas de la participación, su simplicidad y su carácter

⁵⁸ También Messineo trata el punto de la siguiente manera: “Decir al respecto (como se ha hecho) que, puesto que responden los socios ocultos de una sociedad manifiesta, deberían responder los socios ocultos de una sociedad oculta, no pasa de ser una frase: se puede replicar fácilmente que, cuando la sociedad es oculta, precisamente por eso, la situación de los socios es diversa, en cuanto –de nuevo- el tercero ha ignorado la existencia de la sociedad en el momento del nacimiento de la relación obligatoria; y no puede haber contado con el patrimonio de un sujeto colectivo ni con el patrimonio de otros socios, desconocidos e inexistentes a sus ojos en aquel momento. El posterior descubrimiento de la sociedad y, por consiguiente, de los socios ocultos, no puede reflejarse sobre el pasado, es decir, sobre el momento en que el tercero entraba en relación con un sujeto que ha aparecido como sujeto singular, y que solamente después se ha manifestado como socio de una sociedad oculta. Considérese, finalmente, lo socialmente peligroso que sería y lo que se prestaría a indebidas presiones, consistentes en la amenaza de comprender al socio oculto en la quiebra del socio manifiesto, el prescindir –como lo hacen los defensores de la tesis aquí impugnada- del elemento “manifestación o revelación) al exterior de la existencia de la sociedad. El peligro se había hecho evidente a través de una larga experiencia; y, por reacción a ella, la jurisprudencia y la doctrina habían establecido, como punto firme, aquel elemento o requisito. La ampliación de extensiones de quiebra, a que la nueva (y vieja) tesis se presta, haría advertir pronto (si debiese de nuevo tomar pie) la exigencia de volver a una más cauta valoración del fenómeno. Por tanto, respecto de la sociedad oculta, puede admitirse la relevancia en las solas relaciones internas: entre los socios, y entre los socios y la sociedad”. (MESSINEO, Francesco. Op. Cit. Página 350).

oculto. Como no requiere de ninguna formalidad, se forma el negocio fácil y rápidamente”.

“El carácter de oculto de la participación ofrece ventajas para todos los partícipes. Para el partícipe que no se oculta, puede resultar ventajoso que no se conozca el hecho de que trabaja con capital ajeno o que tiene relaciones con un tercero en su negocio; para el partícipe oculto, también resulta ventajoso, pues puede eludir presentarse como comerciante. Claro que algunas veces se encontrarán motivos no muy lícitos, como eludir incompatibilidades para ciertos negocios que se establezcan en la ley.”⁵⁹

Me permito hacer las siguientes observaciones a este ilustre tratadista, a manera de colofón del presente tema:

- Es claro a la luz del ordenamiento jurídico, vigente, por la naturaleza misma de las cuentas en participación, y así lo acepta la mayoría de la doctrina, que este contrato no tiene un “carácter oculto”, sino una

⁵⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Op. Cit. Páginas 446-447.

carencia de proyección externa, esto es, que su existencia solo interesa a las partes, sin que se evidencie ante terceros.

- El respetable autor parte de concepciones prácticas no aplicables a la realidad actual de este contrato, puesto que, para el gestor puede representar mayor garantía que se conozca que tiene un respaldo económico, y, para el partícipe inactivo no es deshonoroso hoy en día el que se conozca su introducción (permanente o temporal) en la actividad comercial.

3.4. Responsabilidad contractual.

Según sea la posición o calidad de los asociados en el contrato, será diferente el tratamiento de su responsabilidad patrimonial. Por lo tanto, con la celebración del mismo surgen tres tipos de relaciones con diversas consecuencias:

3.4.1. Responsabilidad del asociado gestor: El artículo 510 del Código del Comercio describe: “El gestor será reputado único dueño del negocio

en las relaciones externas de la participación.” “Los terceros solamente tendrán acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecerán de ella contra los terceros.”

No establece la legislación en forma expresa, hasta donde llega la responsabilidad del gestor, pero del artículo citado, y, de la interpretación contrario sensu del art. 511 del C.de Co, se infiere que responde ilimitadamente con su patrimonio, al cual ingresaron en propiedad los aportes realizados, por las obligaciones adquiridas ante terceros.

Debe hacerse un claro reparo a la desafortunada denominación que hace este artículo del gestor al llamarlo administrador. Es preciso recalcar que este asociado no actúa como administrador ni como representante de los otros partícipes, sino como un comerciante que administra sus asuntos propios y por esto él solo contrae vínculos jurídicos con terceros y él sólo es acreedor y deudor de éstos. La administración supone subordinación o encargo por parte del administrador y en repetidas ocasiones hemos hecho la crítica a esta calificación que desvirtúa la naturaleza del contrato y la posición del gestor quien actúa con autonomía, independencia e incluso prescindencia de los partícipes.

Importante resaltar que el sujeto activo y/o pasivo de las acciones que resultasen del desarrollo de la actividad contratada es el gestor (o gestores según el caso) en forma exclusiva y excluyente, esto es, no puede ser subrogadas por terceros o los otros asociados.

3.4.2. Responsabilidad de los partícipes inactivos: El citado artículo del C.de Co, que sirvió como base para complementar el alcance de la responsabilidad del gestor, es el que regula el marco de la responsabilidad (valga la redundancia) de los partícipes inactivos pero cuyos alcances son bien precisos y frecuentemente mal interpretados. Así se expresa en este artículo comentado: “La responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros en forma solidaria con su gestor. Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe.”

Es claro y definitivo en su afirmación, el concepto del legislador mercantil al establecer que la responsabilidad del partícipe termina con su aporte, y a este está limitada. Esta es una obligación que tiene el partícipe con los asociados y que cumple haciendo la tradición del aporte al gestor o gestores. Por lo tanto, los únicos que tienen acción para exigir su cumplimiento son los otros asociados, sean gestores o inactivos, pero en ningún caso los terceros en tanto no se dé el presupuesto fijado por el mismo artículo, esto es, la revelación de su calidad de partícipes. Es muy claro que la obligación del aporte es de carácter interna de la participación y por eso, puede ser exigida por cualquiera de los asociados, pues es necesaria para el cabal desarrollo del negocio, lo cual los favorece a todos, y por lo tanto, no comparto las afirmaciones de Correa al expresar: “Es que en las cuentas en participación, esa obligación a cargo del partícipe de efectuar el aporte es exclusivamente frente al gestor, y de ahí, la afirmación en el sentido de que su aportación tiene un carácter meramente interno, lo que no ocurre en la sociedad en comandita en que los comanditarios sí adquieren la obligación de efectuar el aporte frente a los terceros y por esa razón, los acreedores tienen incluso acción directa contra ellos.

Así las cosas, tenemos que afirmar que la responsabilidad del partícipe que según la ley se limita a su aporte, está institucionalizada por regla general en favor del socio gestor, quien tiene acción para exigir del partícipe el pago del aporte al cual se obligó en virtud del contrato, siendo ésta su prestación fundamental pues, la no transferencia en propiedad al gestor de dicho aporte, comporta un claro incumplimiento del acuerdo”⁶⁰

Es cuando menos contradictorio conceptualmente, afirmar que la obligación surge del contrato, definición cuya certeza es innegable, pero reserva su exigibilidad a solo uno de los contratantes, excluyendo extrañamente a los otros.

La segunda parte de la norma que se está analizando nos obliga a concluir que el partícipe inactivo que revele o autorice que se conozca su calidad, tiene una responsabilidad ilimitada debido a la solidaridad surgida por disposición del citado texto.

⁶⁰ CORREA ARANGO, Gabriel. Op. Cit. Página 208.

Me permito recalcar que esta norma no se articula en forma armónica con la regulación general del contrato como ya se explicó, pues es contradictoria y antitécnica y debió entenderse que la responsabilidad del partícipe se limita a su aporte. La obligación de este sólo existe o tiene vigencia mientras no sea cumplida totalmente, pues si ya lo ha realizado, ni el gestor, ni los contratantes, ni los terceros, así el partícipe haya dado a conocer su calidad, deberán poder exigirle nada distinto a su participación en las pérdidas. Al contrario, si el partícipe debe total o parcialmente su aporte, en rigor existe responsabilidad de esto, eso sí limitada a esa aportación, y debería poder ser exigida por cualquiera de los contratantes o en forma directa por los terceros, si la condición de partícipe es conocida pero aún cuando no sea conocida, podrían los terceros ejercitar acción oblicua o subrogatoria, cuando se presenten los presupuestos legales.

No puede entenderse que la revelación de la calidad del partícipe inactivo cambie la naturaleza del contrato, o su posición en el mismo convirtiéndolo, contra su voluntad, en un gestor, como sí lo entendió el legislador. Recuérdese que la reserva del vínculo no es un elemento

esencial del contrato, y que ni siquiera representa una necesidad para el actual devenir del mismo.

En este sentido vale la pena citar las palabras de Vivante, plenamente aplicables en nuestro medio: “Salvo el caso de fraude, los acreedores del asociante no tienen acción alguna propia, ni aún la *actio in rem verso*, contra el asociado, si bien este se haya enriquecido con los negocios de la asociación, ya que no se le puede considerar enriquecido sin justa causa si sus ganancias tienen fundamento legítimo en el contrato de asociación. Se barrenaría la regla establecida en el artículo 235, que permite a los terceros accionar sólo contra con quien contraten, si se le concediese una acción directa contra el asociado. Por la misma razón, quien suministrara a este último los fondos que después ha aportado éste a la asociación, no puede accionar contra el asociante, que recogió lo que se le debía.

Los acreedores del asociante no poseen una acción propia para obligar al asociado a entregar la cuota prometida, sino que sólo pueden ejercitar las acciones del propio deudor (art. 235 Código de Comercio). Se justifica esta regla contraria a la acostumbrada en la disciplina de las sociedades

considerando que sólo el capital de una sociedad se da en pública garantía de los acreedores sociales. Los acreedores del asociante pueden impugnar los reembolsos, las remisiones y las compensaciones convencionales concedidas por el asociante al asociado sólo cuando reúnan los requisitos para la acción pauliana, que puede ser facilitada por la declaración de quiebra del asociante”⁶¹

3.4.3. Relaciones y responsabilidades entre asociados: En lo atinente a las relaciones internas, deberán los contratantes comportarse conforme lo hayan regulado en las cláusulas contractuales. Es este, el contrato, el que constituye el estatuto que regirá las relaciones entre los asociados, fijando los plazos de cumplimiento de las obligaciones recíprocas como los aportes, las rendiciones de cuentas, los mecanismos que permitirán la inspección de los documentos, la naturaleza, cantidad y contenido de estos mismos documentos, la periodicidad en que se repartirán utilidades, y en general la dinámica propia del contrato.

⁶¹ VIVANTE, César. Op. Cit. Página 587.

El silencio de las partes sobre alguno de estos aspectos será regulado conforme al ordenamiento legal, de cuyo tratamiento se explicó particularmente al describir las obligaciones mutuas.

3.5. Cesión de las calidades.

Este debe ser uno de los asuntos que preferiblemente deben dejar regulados en forma clara los asociados al celebrar el contrato, pues su silencio dificulta enormemente la aplicación de la norma.

Partiendo de la naturaleza del contrato, indispensable para buscar una interpretación adecuada, para proceder a hacer una cesión en forma válida, cuando no ha sido prevista en el mismo, debería atenerse a lo descrito en el artículo 514 del Código de Comercio (cuyo alcance es objeto de un estudio más adelante) respecto de las relaciones internas, que remite su aplicación a las normas que regulan situaciones similares para la sociedad en comandita simple. Si esto se hiciera debería dividirse su estudio así:

3.5.1. La del asociado gestor: Preceptúa el artículo 338 del C.de Co. respecto de las cesiones en las sociedades en comandita simple: “Las partes de interés de los socios colectivos y las cuotas de los comanditarios se cederán por escritura pública, debiéndose inscribir la cesión en el registro mercantil.

La cesión de las partes de interés de un socio colectivo requerirá la aprobación unánime de los socios; la cesión de las cuotas de un comanditario, del voto unánime de los demás comanditarios.”

Es claro que no se compadece esta reglamentación con la naturaleza del contrato de cuentas en participación por las siguientes razones:

- Son de la naturaleza misma del contrato de Cuentas en Participación la informalidad y la agilidad, y si no se exigió para su formación ninguna solemnidad (recuérdese que es un contrato de forma libre por excelencia) sería ilógico exigir escritura pública e inscripción mercantil para realizar una cesión, desvirtuando totalmente la utilidad del contrato.

- No hay motivo alguno que justifique un tratamiento discriminatorio respecto del gestor, quien responde con la totalidad de su patrimonio por los negocios comunes, administra en forma exclusiva las operaciones, y, sin embargo, requiere del voto favorable y unánime de los partícipes para ceder su condición, en tanto que éstos pueden realizar la cesión simplemente con el voto favorable y unánime de los otros partícipes, aún contra la voluntad u oposición del gestor.
- Podría suceder, en forma muy injusta y reprochable, al solo existir un partícipe y un gestor, que el primero puede ceder libremente su calidad, en tanto que el segundo requeriría del voto de este para realizar la cesión.

Por tanto debe entenderse que el camino que hace viable la adquisición y pérdida del carácter de asociado, cualquiera sea su posición, es la cesión de contratos prevista en el ordenamiento mercantil, y que abarca las dos posibilidades de ejecución del contrato (instantánea o sucesiva). Al respecto establece el art. 887 de C.de Co, “En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones

privadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución.

La misma sustitución podrá hacerse en los contratos mercantiles de ejecución que aún no hayan sido cumplidos en todo o en parte, y en los celebrados *intuitu personae*, pero en estos casos será necesaria la aceptación del contratante cedido.”

Siendo las cuentas en participación un contrato *intuitu personae*, deberá entenderse que deberá el contratante cedente atenerse a la aceptación de los contratistas cedidos y regular sus cesiones de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VI del Título I del Libro Cuarto de nuestro ordenamiento comercial.

3.5.2. La del partícipe inactivo: Por lo anterior se entiende que su regulación obedece a las mismas condiciones expuestas respecto del asociado gestor, esto es, podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones privadas del contrato, siendo

necesaria la aceptación del contratante cedido por tratarse de contrato intuitu personae, y con el fin de evitar el tratamiento discriminatorio respecto del gestor, expuesto en el aparte anterior.

3.6. Terminación del contrato de cuentas en participación.

El Código de Comercio Colombiano, salvo contadas excepciones como el Contrato de Hospedaje, la Fiducia, la Cuenta Corriente, el Mandato, la Agencia Comercial y el Contrato de Edición, no regula en forma particular las formas de terminación de cada contrato individualizado, dejando su tratamiento a la regulación general.⁶²

Es por esto que nos parece exagerada las afirmaciones que a continuación transcribimos, pero obedecen a la posición fijada por su autor (Ignacio Sanín) respecto a la naturaleza social de la participación que citamos en su debido momento: “La participación se rige, en primera instancia, por

⁶² Al respecto Gabino Pinzón enumera los siguientes aspectos, que no pueden entenderse taxativos: “Con la idea de que la participación puede tener por objeto no solamente un negocio ocasional y de ejecución instantánea, sino negocios destinados a tener ejecución sucesiva, inclusive en forma de una verdadera empresa, se habla en el Código de Comercio de “disolución y liquidación” de la participación, es decir, de una terminación del contrato, no solamente por finalización del negocio o expiración de cualquier término pactado para su desarrollo, sino también por mutuo acuerdo de las partes, adoptado por ellas en cualquier momento de la ejecución del negocio o negocios. Esa disolución, lo mismo que en el contrato de sociedad, pone fin a la colaboración obligatoria que implica el contrato y confiere derechos a los partícipes para liquidar las situaciones patrimoniales creadas, en forma análogo al proceso de liquidación del patrimonio de una sociedad.” (PINZÓN, Gabino. Op. Cit. Página 314).

lo acordado entre las mismas partes. Por lo tanto, antes que las causales legales de disolución de la Participación, se encuentran las contractuales, dependiendo de las circunstancias que rodean las operaciones a realizarse y del interés de los partícipes en que ciertos hechos preestablecidos pongan fin al vínculo social. No obstante, la remisión que hace el artículo 514 del Código de Comercio a la norma sobre las sociedades comanditarias simples, que indirectamente vincula también las de las sociedades colectivas y las de responsabilidad limitada (artículo 341 del Código de Comercio) deja poco espacio para la imaginación y es suficientemente comprensiva y extensa como para que en la mayoría de los casos no sea necesario adicionar motivos de terminación diferentes a las que se enumeran a continuación.

Si la participación cesa por las mismas causales que imponen la disolución de las sociedades comanditarias simples (artículos 513 y 514 del Código de Comercio), la desaparición de una de las categorías de los partícipes (el Gestor o el Inactivo) y las pérdidas que reduzcan el patrimonio a una cifra igual o inferior a la tercera parte del capital o de las sumas aportadas a la negociación, impondrán la terminación del contrato, según los artículos 333 (3º.) y 342 del Código de Comercio.

También suponen la disolución de las sociedades colectivas cuando éstas se produzcan con relación al socio gestor o Partícipe Activo: su muerte, incapacidad sobreviniente, quiebra, enajenación forzosa del aporte, y renuncia o retiro injustificado.

Y como a las sociedades comanditarias simples se extienden las normas de las compañías de responsabilidad limitada en lo referente a los comanditarios, se disolverá la participación cuando el número de partícipes inactivos exceda de veinticinco.

También son aplicables las causales genéricas de disolución (artículos 514 y 218 del Código de Comercio): la imposibilidad de desarrollar las operaciones propuestas, o la terminación de las mismas; la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye el objeto del contrato, el vencimiento del término de duración, la confusión en una misma persona de la calidad de Partícipe Inactivo y de Gestor, y la decisión de los Partícipes o de autoridad competente (jurisdiccional o arbitral)”.⁶³ La posición acerca de la naturaleza de la participación como contrato autónomo y no como forma social, no permite aceptar la exagerada lista de causales para disolver el vínculo aquí citada, y nos permitimos

⁶³ VARIOS. Las transformaciones del Derecho mercantil moderno. Op. Cit. Páginas 68-69.

adentrarnos en los aspectos que a continuación se examinan y que obedecen a la verdadera naturaleza del mismo.

Por lo tanto, los celebrantes del contrato de cuentas en participación deberán atenerse al principio general consagrado en el Art. 1602 del C.C según el cual “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no debe ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Así, lo primero será examinar las estipulaciones pactadas libremente que regulan las formas de terminación del contrato, y en particular lo referente a los siguientes aspectos:

3.6.1. Acaecimiento del Plazo: Al respecto se entiende que pactado un plazo, vencido éste el gestor no podrá seguir ejecutando las operaciones, sino que deberá rendir cuentas a los partícipes, proceder a la repartición de utilidades y concluir la relación jurídica. Para que el contrato se entienda prorrogado al vencimiento del plazo, no es suficiente que el gestor continúe realizando los negocios para concluir que hay hechos concluyentes, pues es necesario que se produzcan actos de donde se deduzca la mutua voluntad de las partes de continuar el contrato.

3.6.2. Acaecimiento de la condición resolutoria: Deberá entenderse que realizado el hecho futuro e incierto al cual se sometió la eficacia del contrato, este se entenderá terminado, procediéndose a la rendición de cuentas y reparto de utilidades.

3.6.3. Denuncia del contrato: Esta causal de terminación unilateral del contrato, debe ser expresamente pactada. Y para que sea válida deberá fijarse un plazo o término prudencial para dar el aviso de terminación y cuando las operaciones a realizar lo permiten. Esto por cuanto debe darse seguridad a los actos jurídicos y no someterlos a incertidumbres repentinas. Al respecto me permito citar la opinión de dos ilustres tratadistas: “Al desistimiento unilateral pone Gay de Montellá las condiciones de que no haya determinación de objeto ni de fecha, ni sea de mala fe o intempestivo”⁶⁴ “Es posible, a veces conveniente, que se establezca en el contrato la posibilidad de que cada parte pueda darlo por terminado avisando a la otra con un término prudencial. Este tipo de estipulación es frecuente cuando las operaciones a realizar lo permiten”⁶⁵

⁶⁴ LANGLE Y RUBIO, Emilio. Op. Cit. Página 349.

⁶⁵ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Op. Cit. Página 460-461

Además de las causales explicadas, que corresponden a los pactos libremente celebrados por los contratantes, deben tenerse en cuenta las siguientes causales:

3.6.4. Por realización de la operación pactada: La conclusión de la empresa que constituya el objeto del contrato, cuando éste no es indefinido en el tiempo, es la forma natural de agotar el contrato por el cumplimiento de su finalidad.

3.6.5. Por mutuo acuerdo de las partes: Consecuencia del citado art. 1602 del C.C. todo contrato que se contrae conforme a derecho perece por el derecho contrario o por causas legales, y por lo tanto la forma originaria de deshacerlo es de la misma manera como se celebró. Se requiere el concurso de la voluntad de todos los intervinientes en la celebración del contrato.

3.6.6. Imposibilidad sobreviniente para realizar la operación u operaciones pactadas: Se trata de la extinción del contrato una vez sobrevinida la imposibilidad absoluta y permanente de ejecución de las prestaciones, según el principio conforme al cual nadie está obligado a lo imposible. Debe tratarse de un hecho a causa de un caso fortuito o fuerza mayor, esto es, extraño al gestor, imprevisible e irresistible, y que no se dé estando este en mora, o que se haya expuesto imprudentemente al peligro, o que haya asumido la responsabilidad por dicho caso fortuito.

3.6.7. Liquidación obligatoria y toma de posesión que afecta al gestor: Estando el gestor actuando en su solo nombre y bajo su crédito personal, consecuencia de la liquidación obligatoria o la toma de posesión al gestor, será la imposibilidad de continuar con la operación objeto del contrato, por estar cobijada por la misma liquidación obligatoria o por la toma de posesión.

No puede entenderse que las operaciones pueden continuar bajo el control de los interventores judiciales, puesto que el contrato es celebrado intuitu personae respecto del gestor.

Como consecuencia de la terminación, deberá procederse a la rendición final de cuentas, para repartir las utilidades o pérdidas en la proporción convenida. Recuérdese, como ya se explicó al desvirtuar la posibilidad del aporte en Industria, que el gestor también participa según lo previsto en el contrato. La extinción del contrato no genera una liquidación similar a la prevista para las sociedades, e incluso, el gestor, que se reputa único dueño del negocio, puede continuar con el ejercicio de las operaciones, pues resultaría extraño que después de haber figurado como dueño exclusivo ante terceros, quedase privado de tal condición por la extinción del contrato, sólo que ahora no hay proyección interna del contrato.

Deberá entenderse que en caso de existir pluralidad de gestores, el contrato se extinguirá respecto de aquel que fuere declarado en liquidación obligatoria o toma de posesión, continuando con los demás. Si la liquidación obligatoria o toma de posesión se declara respecto de uno de los partícipes, al no perjudicar la gestión, no se ve la razón por la cual se considere causal de terminación del contrato. Deberá entenderse

que de las utilidades o pérdidas que se produzcan con ocasión de la participación, se hará traslado a la masa del patrimonio sometido a liquidación obligatoria o toma de posesión.

3.7. Alcance de la integración con las normas comerciales que regulan la sociedad en comandita simple y de las disposiciones del contrato de sociedad comercial.

Establece el artículo 514 del C.de Co. “En lo no previsto en el contrato de participación para regular las relaciones de los participantes, tanto durante la asociación como a la liquidación del negocio o negocios, se aplicarán las reglas previstas en este código para la sociedad en comandita simple y, en cuanto éstas resulten insuficientes, las generales del Título Primero de este mismo Libro”. El alcance de esta norma puede ocasionar la desnaturalización del contrato de cuentas en Participación. So pena de ser reiterativo, este es un contrato autónomo, que no genera nunca una forma de sociedad, y cuyas características son propias e independientes.

En mi concepto, fundado en la naturaleza misma del acto, como en la claridad del artículo citado, integrándolo además con el resto del ordenamiento para las cuentas en participación (arts. 507 a 514 del C.de Co) esa remisión a normas propias de la sociedad en comandita simple, o de las sociedades mercantiles en general, sólo será aplicable para regular las relaciones de los participantes, esto es, la proyección interna del contrato, y solo en cuanto estas normas no desvirtúen la naturaleza del mismo o vulneren el ámbito de aplicación de la voluntad privada, es decir, la intención de los contratantes.

Pienso que es muy restringido, al contrario de lo expuesto por la mayoría de los doctrinantes, el campo de aplicación de este artículo. No se debe entender de los vacíos legislativos o contractuales de cualquier clase deberán ser solucionados acudiendo a normas de tipo societario, como cuando se trate de su proyección externa, de los aportes, de la formación o liquidación del acto. Esto sólo será posible, repito, en cuanto tenga que ver con la regulación de las relaciones de los participantes.

Me permito concluir mis afirmaciones apoyándome en las consideraciones del profesor Frosini: “La cultura jurídica contemporánea, en sus orientaciones más avanzadas, que siguen los progresos obtenidos de la epistemología científica, ha clarificado que el mensaje legislativo, por sí solo, no es portador de racionalidad y orden, como pretendía la persistente afirmación del Iluminismo. Un mensaje, en la medida en que está destinado a incidir en ese estado de desequilibrio que existe en la relación entre ordenamiento jurídico y realidad social, también puede ser portador de irracionalidad disipativa”, es decir, generadora de simplificación de las fluctuaciones de orden social, que conduce a una nueva situación que se basa en la ruptura entre pasado (el orden existente) y futuro (el cambio realizado por las innovaciones legislativas).”

“Por ello, el mensaje legislativo no puede considerarse en forma estática, cerrado en sí mismo y atemporal, sino en su proyección dinámica, orientada al objetivo de su conversión final en una nueva situación jurídica; situación que está determinada por una estructura que se impone

sobre otras estructuras, eliminándolas o sustituyéndolas en su funcionalidad operativa, o también modificándolas.”⁶⁶

3.8. Tratamiento fiscal del contrato de cuentas en participación

Siendo el contrato de cuentas en participación un acto jurídico autónomo, que no genera una personalidad jurídica autónoma, no deberá tener un tratamiento fiscal diferente, y las consecuencias de ganancias o pérdidas generarán la obligación a cada una de las partes de declarar éstas dentro de su renta individual. Es por esta razón que el estatuto tributario vigente para el régimen de impuesto a la renta y complementarios no considera un aparte especial para un tratamiento fiscal específico. Es más, reconociendo esta dualidad jurídica en su única mención, establece el Decreto 2595 de 1.979 (Reglamentario de la Ley 20 de 1.979). en su artículo 11 Parágrafo 1º: “En el negocio de la ganadería, los contratos de participación no son contribuyentes de impuesto sobre la renta; lo serán individualmente, cada uno de los partícipes”.

⁶⁶ FROSINI, Vittorio. Teoría de la Interpretación Jurídica. Primera edición. Editorial Temis. Santafé de Bogotá. 1.991. Pág. 119.

Sin embargo, establece el mismo artículo 11 del citado Decreto Reglamentario: “Cuando en el negocio de ganadería una de las partes entregue ganados de su propiedad a otra para que ésta se haga cargo de los cuidados inherentes a la cría, el levante o desarrollo, o la caza, con derecho a participar en los resultados, la renta o pérdida de los partícipes se establecerá aplicando las siguientes reglas:

1. La proporción de utilidades o pérdidas de cada partícipe se determinará de acuerdo con lo estipulado en contratos escritos de fecha cierta, los cuales deberán (acompañarse) a las declaraciones de renta y patrimonio en original o copias autenticadas. A falta de tales contratos, la distribución de utilidades o pérdidas se hará por partes iguales.

En el caso de contratos celebrados con Fondos Ganaderos, la proporción de los partícipes se acreditará con certificación de dichas entidades.”

Se describió en su momento, que el contrato de cuentas en participación es un contrato de forma libre, esto es, no sometido a ningún formalismo distinto al acuerdo de los partícipes. Por lo tanto, parece impropio

presumir que la distribución de utilidades o pérdidas se hará por partes iguales cuando no hay contrato escrito. Por esto, acudiendo a la norma de interpretación de la ley contenida en el art. 32 del Código Civil según la cual: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”, debe entenderse que pueden aportarse otros medios de prueba escrito que permitan establecer la proporción en que se deben repartir las utilidades o las pérdidas, que, como ya se vio, debieron expresarse al momento de celebrar el contrato como elemento esencial del mismo.

Respecto al tratamiento fiscal antes descrito, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, en Sentencia del 13 de marzo de 1.974 con ponencia del Doctor Miguel Antonio Cárdenas, que aunque evade la decisión respecto de un contrato de asociación que celebraron dos personas jurídicas para la construcción de la obra de desviación del Río Negro, si establece que tanto para las cuentas en participación, como para las sociedades de hecho “que habiendo contribuido al fisco por separado,

las dos firmas que se asociaron para la ejecución de la obra, según liquidación que hicieron la administración con fundamento en sus respectivas declaraciones de renta, en que se denuncia las utilidades o el estado de pérdidas y ganancias en la obra, no hay una tercera persona que pueda ser objeto de un gravamen, pues este fenómeno equivaldría a una doble imposición de la cual ampara la ley a los contribuyentes.”

En este mismo sentido se expresa Ignacio Sanín: “En lo referente a la materia tributaria, impuestos nacionales de renta y complementarios y ventas, impuestos municipales y departamentales, el sujeto pasivo de la obligación lo es el Partícipe Activo o Gestor, en quien recae el deber de satisfacer la obligación sustancial de pago del tributo, y cumplir con todos los requisitos formales relacionados con cada uno de los impuestos. Idéntica es la posición del Gestor o gerente frente a las contribuciones de valorización, tasas y demás cargas fiscales.

Por lo tanto la Participación debe asumir, como gasto propio, el impacto tributario que la operación produce en el Gestor, afectando las utilidades distribuibles con tal erogación. En los impuestos indirectos y en los directos de tarifa única la cuantificación de la carga fiscal no ofrece dificultades. Pero en los impuestos de tarifa progresiva como el sobre la

renta y como el complementario de patrimonio, la Participación ha de compensar al Gestor el mayor impuesto que recae en su cabeza como consecuencia de los activos o de los ingresos que privadamente están afectados a la Participación pero que aparentemente son del Gestor, mediante la elaboración de una simulación que permita establecer cuáles serían los impuestos nominales –sin la incidencia de la Participación- y cuáles son los finales efectuados por el contrato interno; la diferencia ha de ser reconocida por la Participación a favor del Gestor”.⁶⁷ Explica muy gráfica y claramente el tratamiento fiscal del contrato y su forma práctica de liquidarlo.

Desde el inicio mismo del presente estudio se ha establecido que en mi criterio, fruto del devenir histórico del contrato y de su importancia actual en el desarrollo comercial, la falta de formalismos en la celebración del contrato y su estructura que permite responder con eficacia a la agilidad comercial, lo convierten en un instrumento jurídico de gran utilidad práctica. Si a estos aspectos se suma el importantísimo enfoque tributario, fruto del análisis inicialmente expuesto, soportado en el tratamiento legal que de manera tangencial realiza el Decreto 2595 de

⁶⁷ VARIOS. Las transformaciones del Derecho mercantil moderno. Op. Cit. Páginas 61-62.

1.979,⁶⁸ y en forma clara y contundente han realizado el Tribunal de Cundinamarca y doctrinantes de la talla de Ignacio Sanín, y que a la luz del principio rector de nuestro ordenamiento fiscal (de origen constitucional), de prohibir la doble tributación, representa la participación un excelente mecanismo que facilita el desarrollo de actividades comerciales y el estímulo a la inversión extranjera, pues el contrato no puede ser objeto de carga impositiva, y las consecuencias fiscales se dan en cabeza de los partícipes en relación única y exclusiva con su propia renta. Así:

- La definición misma del impuesto destaca con claridad que la obligación tributaria no tiene origen contractual, y que, en consecuencia, su nacimiento está condicionado a la realización de un supuesto definido por la ley.
- En términos generales, el sujeto pasivo se obliga, aún contra su voluntad, en cuanto se realicen los hechos señalados por la ley como generadores de la obligación. Así lo señala el artículo 2° del Estatuto Tributario: “Son contribuyentes o responsables directos del pago del

⁶⁸ A pesar de la desafortunada exigencia de formalismos en el contrato al cual está interpretando con autoridad el contenido de la obligación tributaria, desconociendo la naturaleza del mismo al tenor del criterio adoptado en este trabajo y que obedece a su contenido, causa y finalidad.

tributo, los sujetos respecto de quienes se realiza el hecho generador de la obligación sustancial.”

- Finalmente toda interpretación debe armonizarse con el principio general establecido en el artículo 863 de la misma Constitución, y según el cual “el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.”

Por esto las consecuencias fiscales por la realización del objeto del contrato de cuentas en participación, nunca recaerán en el contrato mismo, como podría predicarse de otros entes que sin tener personería si son sujetos pasivos del impuesto (v.gr. sucesiones ilíquidas, asignaciones modales, fondos sin personería jurídica o sociedades de hecho), sino en los celebrantes del mismo, lo cual resulta una verdadera ventaja comparativa frente a otras figuras con similar fin.

4. ANALISIS COMPARATIVO CON LOS CONTRATOS DE COLABORACION EMPRESARIAL

4.1. Concepto.

Puede afirmarse que doctrinariamente, se viene desarrollando una teoría de contratos de colaboración empresarial que responde al desarrollo de algunos actos jurídicos fruto de fenómenos económicos como la globalización, internacionalización o apertura económica, que obliga a una rápida respuesta de las “empresas” (entendiendo este concepto en su sentido amplio y por lo demás común, que no exclusivamente en la

definición del artículo 25 del C.de Co.) a modalidades de negocios que les permitan desarrollar mercados de mayores proporciones.

Aún cuando en este aspecto de internacionalización no se descarte el nacimiento de nuevas formas de actos jurídicos, existen tres figuras que ya han alcanzado un notorio desarrollo, y que adicionalmente, podrían tener similitudes con las cuentas en participación (o mejor diríase, ¿para qué éstas, existiendo desde la edad media la comenda?). Son éstas, el joint venture, las agrupaciones de colaboración y las uniones transitorias de empresas.

Por otro lado, y en su afán de permitir el desarrollo de la contratación estatal e impulsar el desarrollo de algunas actividades, la Ley 80 de 1.993 o estatuto general de contratación de la administración pública, reglamentó los consorcios y las uniones temporales, para dar una respuesta a la inquietud planteada al comenzar este capítulo, esto es, la necesidad de facilitar el desarrollo empresarial en esquemas de apertura económica e inversión extranjera. Pero me permito hacer nuevamente la pregunta que formulara respecto de las tres figuras anteriores: ¿Eran

necesarias estas instituciones, existiendo desde siempre en nuestra legislación el contrato de cuentas en participación?

Me permito citar a continuación la descripción de los contratos de colaboración empresarial de Arrubla, que permite entender en forma clara su concepto: “El siglo XX es testigo de las grandes transformaciones en la economía que han determinado el crecimiento acelerado de las empresas. La búsqueda de una mayor eficiencia, actuando además en el plano de la libre competencia, impone a las empresas, en determinadas ocasiones, la necesidad de vincularse entre ellas, dando lugar al fenómeno moderno conocido con la integración o concentración empresarial (Suriqúe Zaldivar, Rafael Manquil y Guillermo Ragazzi. Contratos de Colaboración empresarial. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1986. Pág. 13).

Además, no siempre las empresas producen por sí y para sí, sino que requieren de bienes y servicios de otras empresas, antes que sus productos lleguen al consumidor. Ese tráfico de bienes y servicios entre empresas se apoya en una variada serie de modalidades contractuales con

muy distinto régimen jurídico. En un sentido amplio todas las figuras contractuales sirven a las empresas para disciplinar las interacciones entre ellas: la venta, el suministro, el préstamo, etc. Estaría soportando ese tráfico entre empresas; incluso las sociedades entre sociedades, la fusión, la participación, juegan papel importante en la colaboración empresaria, si se mira en ese marco general. Así entendida la colaboración empresaria en un sentido amplio, todos los contratos son aptos para realizarla y la expresión CONTRATOS DE COLABORACIÓN EMPRESARIA, no agregaría nada a la de contratos de empresa o simplemente contratos. (Cabañuelas, Guillermo Kelly Julio Alberto. Contratos de colaboración empresaria. Ed. Heliasta. Buenos Aires. 1987. Pág. 4).

Debido a esta gama de modalidades negociales que ofrece el mundo jurídico, algunos doctrinantes sugieren diferentes formas de clasificar la colaboración empresaria; unas que alteran la estructura de las sociedades, como cuando es necesario acudir a las figuras de la fusión o escisión e incluso la transformación de sociedades, produciéndose una sustancial modificación en la estructura jurídica interna, 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 determinan vinculaciones que se establecen en diferentes niveles de colaboración, operación o coordinación (Zaldivar-Manovil-Ragazzi, Op. Cit. Pág. 14)⁶⁹. A continuación se describen los principales contratos de colaboración empresarial, procurando hacerse un análisis comparativo con el contrato de cuentas en participación.

4.2. Joint venture.

Aún cuando los orígenes de esta figura se remontan varios siglos atrás, su auge actual se debe al impulso que tuvieron con la terminación de la segunda guerra mundial para lograr el desarrollo de proyectos de gran envergadura necesarios para lograr la reactivación económica, pero que superaban la capacidad técnica, administrativa y/o financiera de una sola empresa. Realmente es una figura de creación jurisprudencial

⁶⁹ VARIOS. Modernos Conceptos de Derecho Comercial. 1° edición. Cámara de Comercio y Colegio de Abogados de Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 1990. Pág. 227-228

norteamericana en donde es considerada una forma especial de “partnership”, pero gobernados por las mismas reglas según definición realizada por el Tribunal de Nueva York en 1894 (Rols vs. Willet, 27 NYS, 785).

Por lo tanto, en su origen, resaltamos que de creación consuetudinaria típica del sistema anglosajón, y por lo tanto, de difícil enmarcación en un derecho reglado, de origen románico como son los latinoamericanos, los joint venture son un “partnership special”, esto es, aquellos cuyo objeto es una única operación concreta. Obviamente, son “partnership” en general, cuando dos o más personas jurídicas o naturales aporten recursos (en sentido general, esto es, técnicos, administrativos, financieros) para realizar una actividad o negocio común, con cargo a la repartición de los resultados (buenos o malos) obtenidos. Tanto los partnership, como los joint venture se diferencian de las “corporation” o sociedades mercantiles, en que en éstas no hay la intención de crear una persona jurídica distinta.

Con las dificultades propias de reducir una figura a una definición, me permito citar algunas descripciones doctrinales:

Afirma Kirk Patrick: “Una empresa asumida en común; que es una asociación de empresarios unidos para la realización de un específico proyecto con el propósito de obtener una utilidad, que, como las pérdidas, será dividida entre ellos aunque la obligación de los partícipes de soportar una parte proporcional de las pérdidas o de los gastos puede modificarse contractualmente. Porque se trata de una joint venture adventure debe haber una contribución de las partes a la empresa común, una comunidad de intereses y algún control sobre lo que es materia de este o sobre los bienes adquiridos de acuerdo con el contrato.”⁷⁰

Menos clara la definición de Williston “una asociación de personas físicas o jurídicas que acuerdan participar en un proyecto común, generalmente específico (Ad-Hoc), para una utilidad común,

⁷⁰ VARIOS. Nuevas Orientaciones del Derecho Comercial. 1° edición. Biblioteca Jurídica. Diké. Medellín. 1994. Pág. 94.

combinando sus respectivos recursos, sin formar o crear una corporación o el estatus de una “partnership” en sentido legal.”⁷¹

Dice Arrubla Paucar: “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.”⁷²

Finalmente Rowley: “una asociación de dos o más personas para realizar una única empresa comercial con el fin de obtener una utilidad”⁷³

De estas descripciones podemos concluir que estamos frente a un contrato atípico, de forma libre, de tracto sucesivo, aún cuando encaminado a un único proyecto, oneroso pues debe pactarse la división de utilidades, pudiendo dejarse las pérdidas a cargo de algunos de los partícipes exclusivamente. Este pacto solo tiene validez interna, es decir,

⁷¹ VARIOS Modernos Conceptos de Derecho Comercial. Op. Cit. Páginas 232-233

⁷² VARIOS Modernos Conceptos de Derecho Comercial. Op. Cit. Páginas 232-233

⁷³ VARIOS Modernos Conceptos de Derecho Comercial. Op. Cit. Páginas 232-233

no es oponible a terceros, pues ante estos todos los contratantes responden indistintamente (jurisprudencia norteamericana).

Con base en estos lineamientos, de carácter jurisprudencial se insiste, se presenta el siguiente análisis comparativo con respecto al contrato de cuentas en participación, destacando sus principales afinidades pero alejándose por diferencias que se consideran sustanciales o esenciales, pero con mi concepto son artificiosas como lo iré explicando en cada una de ellas, demostrando así que el contrato de cuentas en participación es la regulación legal de nuestro sistema, de los joint venture anglosajones. Así: ⁷⁴

- Se aprecia que la principal similitud se deriva de la no creación de una nueva persona jurídica, porque es el deseo de los contratantes, y porque obedece a la utilidad económica del contrato.
- Idénticas razones de utilidad económica y naturaleza de los contratos, estos son de forma libre y onerosos en su esencia.
- Sin embargo se plantea inicialmente como diferencia esencial la reserva del vínculo en el contrato de cuentas en participación, al paso

⁷⁴ Véase ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Op. Cit. Páginas 260-261.

que el joint venture no busca el carácter oculto de algunos de los partícipes, sino que su utilidad se aprecia en la apertura de los contratantes en conjunción para cumplir su operación. Obedece esta interpretación a la falta de comprensión del real alcance de la reserva vincular, que como ya se explicó no es una característica esencial del contrato, pues lo que realmente se busca es mantener separadas las relaciones internas de sus participantes, sin que genere una proyección externa respecto de terceros. Recordemos nuevamente que el conocimiento de la asociación por parte de terceros, por cualquier forma, en nada modifica la situación legal. Por esta razón, ampliamente estudiada en su debido momento, me parece accidental y superflua, con el respeto que merece la opinión contraria, plantear esta diferencia para desconocer la tipicidad del contrato joint venture en nuestra legislación comercial.

- Más artificiosa, y menos clara o útil, resulta expresar como diferencia sustancial entre los dos contratos aquella según la cual, “En el joint venture se trata de realizar una operación única o varias conexas, mientras que en las cuentas en participación, se trata de una o varias operaciones determinadas conexas o no.” Esto significa desconocer la

diferencia entre género y especie siendo lo mejor procurar una interpretación en su sentido natural y obvio, de manera que haya la debida correspondencia y armonía. También, en el acápite correspondiente se explicó que este contrato podía tener un objeto único, o uno plural y que la intención de las partes podían hacer que fuese del tracto sucesivo o de ejecución instantánea. Por esto, ¿a qué lleva reconocer que un contrato de colaboración que pacta una operación única, permanente, transitoria o instantánea, es una especie de contrato de cuentas en participación?

- En las cuentas en participación es de su esencia, (y no de su naturaleza como equivocadamente lo sostiene el profesor Arrubla) el reparto de las ganancias o pérdidas, y por lo tanto, para que exista contrato, debe estipularse la proporción en que se repartirán éstas. En el joint venture, es de su esencia pactar la participación en las utilidades, pudiendo exonerarse a uno o varios de los participantes de la carga de las pérdidas, pero sólo en el orden de las relaciones internas, porque este pacto no es oponible a terceros. Nuevamente se retorna al punto anterior. Esta es una diferenciación artificiosa y que nada aporta al desarrollo doctrinal o legislativo de los dos contratos.

Efectivamente, es de la esencia de las cuentas en participación definir cómo se dividirá la carga de las pérdidas, pero no por ello es ineficaz o inexistente el contrato que pactare expresamente que uno o varios de los contratantes participarán con su aporte estipulándose que su proporción en las pérdidas es nula, esto es, en caso de producirse éstas, no asumirán porción alguna. Porque lo que es claro, es que en ambos contratos, a los participantes los mueve un interés de percibir determinada utilidad, y por tanto, su aporte podría estar condicionado a protegerse de eventuales pérdidas. Es contrario al carácter de forma libre y a la causa que mueve la celebración del contrato de cuentas en participación, limitar la autonomía de la voluntad privada a que se exprese de una determinada manera, pudiendo hacerlo con toda libertad.

- Mayor dificultad presenta destrabar la diferencia según la cual en la participación se cumple el propósito de la misma, mediante la actividad del partícipe gestor, que se reporta como el único dueño, mientras en los joint venture los participantes cumplen abiertamente con la operación. He de aceptar que en los contratos de cuentas en participación, el gestor es titular exclusivo de la administración del

negocio, y el contrato se celebra intuitu personae respecto de él. Esto puede no suceder en los contratos joint venture, donde se podría establecer una coadministración o administración conjunta, pero sí se celebra el contrato motivado en las calidades técnicas, administrativas o financieras de alguno o todos los participantes. Pero aún en el caso de la administración conjunta, esta debe obedecer a un acuerdo de las partes, y cuando esto sucede de esta manera, su responsabilidad se hace solidaria frente a terceros. Esta diferencia en sus efectos jurídicos es tan borrosa, que el propio doctor Arrubla sostiene: “Frente a terceros, la responsabilidad se regularía por las normas generales que señalan la solidaridad de los obligados en una operación mercantil. Pero, como puede ocurrir, que actúen separadamente sin advertir del joint venture, quedaría por resolver el problema si todos los participantes deben responder por los actos personales de uno de ellos y en forma solidaria. Como se trata de un contrato atípico, debe aplicarse lo que se regule en materia semejante, en este caso, sin lugar a dudas, la analogía en el mismo derecho mercantil, nos llevaría a la sociedad de hecho o las cuentas en participación y en ambos, la responsabilidad sería solidaria, en la sociedad de hecho, en virtud del

artículo 501 y la de la participación, como no hay participante oculto, tendría el mismo tratamiento”.⁷⁵ Aún así, podría encargarse del negocio, su administración y desarrollo, a uno de los contratantes, llegando en la celebración a un contrato de cuentas en participación. De esto queda claro que la frontera entre el contrato de joint venture y el de cuentas en participación a la luz de nuestro ordenamiento jurídico es prácticamente inexistente, y que, en tanto estén adecuadamente establecidas las relaciones internas de los participantes, con fijación de la operación a cargo de algunos de los contratistas, y la proyección externa del mismo, es perfectamente entendible que se desarrolle un contrato de los regulados por el Código de Comercio colombiano en el Título X de su Libro Segundo, con los aportes normativos, doctrinales y jurisprudenciales objeto del presente estudio.

4.3. Agrupaciones de colaboración.

Esta institución legislativa de desarrollo latinoamericano con raíces en los desarrollos legislativos de mediados de la década de los 60 en Francia

⁷⁵ VARIOS. Modernos Conceptos de Derecho Comercial Op. Cit. Página 241

e Italia, procura entregar una respuesta por vía positiva al innegable crecimiento de la asociación fáctica de sociedades, en forma ágil, informal, eficaz y sin crear indefinidamente personas jurídicas.

Así, el artículo 367 de la Ley 19.550 en Argentina (Ley de sociedades comerciales) establece “Las sociedades constituidas en la República y los empresarios individuales domiciliados en ella, pueden, mediante un contrato de agrupación, establecer una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad empresarial de sus miembros o de perfeccionar o incrementar el resultado de tales actividades. No constituyen sociedades ni son sujetos de derecho.”

Por su parte, Arrubla sostiene: “Entendemos por sociedades vinculadas o por agrupación de sociedades aquel conjunto de compañías unidas por vínculos de diferente naturaleza (económicos, financieros o administrativos), mediante las cuales se establece una relación de

coordinación o de subordinación de unas con respecto de otras, y en donde cobra especial importancia el denominado “poder de decisión”⁷⁶

Se distinguen en este tipo de agrupaciones cuatro elementos distintivos cuya elaboración es doctrinaria:

1. Fin: Su actividad persigue un objetivo en favor de los particulares.
2. Plazo: Las agrupaciones de colaboración se establecen por un plazo fijo, no mayor de 10 años, pero en todo caso, prorrogable si hay unanimidad de sus participantes.
3. Responsabilidad: Siempre la responsabilidad de los participantes es solidaria.
4. Lucro: La agrupación en cuanto tal, no puede perseguir fines de lucro. Las ventajas económicas que genere su actividad deben recaer directamente en el patrimonio de las empresas agrupadas.

Por sus similitudes, se hace una descripción individualizada de los contratos de agrupaciones de colaboración (aquí descrita), unión transitoria, consorcios y uniones temporales, para finalizar este capítulo

⁷⁶ VARIOS. Nuevas Orientaciones del Derecho Comercial. Op. Cit Página 102

con una conclusión que englobe todos estos tipos legislativos y su análisis comparativo con las cuentas en participación.

4.4. Unión transitoria de empresas.

Son el fruto del intento de consagración legislativa de los joint venture, o, lo que es lo mismo, la tipificación de estos.

Así el artículo 377 de la Ley 22.903 Argentina (Reforma de la Ley 19.550 de sociedades comerciales como ya se dijo) establece: “Las sociedades constituidas en la República y los empresarios individuales domiciliados en ella podrán, mediante un contrato de unión transitoria, reunirse para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera del territorio de la República. Podrán desarrollar o ejecutar las obras y servicios complementarios y accesorios al objeto principal. No constituyen sociedades ni son sujetos de derecho.”

Se distinguen a su vez, los mismos cuatro elementos diferenciadores:

1. Fin: La actividad es en favor de terceros (obra, servicio o suministro concreto) y no de los partícipes.

2. Plazo: Aún cuando no pueden ser indefinidas, el plazo guarda relación con la duración de la obra.
3. Responsabilidad: No hay solidaridad de sus partícipes, salvo que sea expresamente pactada.
4. Lucro: La unión transitoria por sí misma puede perseguir el lucro, que será dividido en la parte convenida entre los partícipes a su liquidación.

Por la importancia que tiene para este estudio, me permito citar el siguiente comentario que sobre esta figura hace Arrubla: “En nuestro medio, cada vez con mayor frecuencia, sociedades de diferente naturaleza y que desarrollan un objeto totalmente distinto, se unen para ofrecer sus servicios, y ejecutar las labores que, si fueran consideradas individualmente, no podrían llevar a efecto.”

“En otras ocasiones, existen inversionistas extranjeros con deseo de **participar** en proyectos de inversión a realizarse en el territorio nacional. Pero temen hacerlo directamente por factores de distinta naturaleza, verbi gracia: orden público, inestabilidad política, cumplimiento de excesivos requisitos para realizar directamente la

inversión, etc., por ello recurren a la inversión en concurrencia con una persona nacional, que actúe como **partícipe activo o gestor, aparente dueño exclusivo del negocio, quien administra y reparte las utilidades o pérdidas que arroje, en cada período la inversión, según los porcentajes convenidos**”(La negrilla es mía).⁷⁷

Leída y estudiada con detenimiento esta justificación y descripción de las uniones transitorias (consagración positiva de los joint venture), cabe la pregunta. ¿No existía ya el contrato de cuentas en participación (en Argentina tipificado como sociedades accidentales o participación) y que obedecen cabalmente a lo que este autor describe?.

4.5. Consorcios y uniones temporales.

Al finalizar propondremos utilizar el contrato de cuentas en participación como herramienta fundamental para el adecuado logro de los objetivos de la contratación administrativa, sin necesidad de crear en forma contradictoria y con muy escasa reglamentación los consorcios y las

⁷⁷ VARIOS. Nuevas Orientaciones del Derecho Comercial. Op. Cit. Página 94.

uniones temporales siendo el objetivo del presente estudio realizar un análisis comparativo con el tipo contractual objeto de este proyecto para concluir que era innecesaria la incompleta inclusión de estas entidades en el régimen de contratación administrativa.

Prescribe el artículo 6 de la Ley 80 de 1.993 (Estatuto general de contratación de la administración pública): “De la capacidad para contratar. 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.”

Y a continuación el artículo 7 de la Ley que estamos comentando: “De los consorcios y uniones temporales. Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración, ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las

obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2. Unión temporal: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objetivo contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.”

De estas definiciones se desprende que su única diferencia radica en la proporción en que es repartida la responsabilidad negativa entre los participantes, causada en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Pero, salvo la muy escasa reglamentación de estas dos instituciones, reducida en esta misma ley a los aspectos que a continuación se

enumerarán, no se explica o legisla las características del “contrato de consorcio” o “contrato de unión temporal”, si es que este debe existir, si genera una personalidad jurídica, cómo se desarrollan las relaciones internas de los consorciados o unidos, y en qué forma se entiende su proyección externa; su régimen de aportes, cesiones de calidades, terminación y normas aplicables para su interpretación. Simplemente se regulan los siguientes aspectos:

1. Obligación de indicar en la propuesta sí se actúa a título de consorcio o unión temporal, en cuyo caso, el de la unión, deberá indicarse los términos y extensión de la participación, los cuales son inmodificables sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.
2. En ambos casos debe nombrarse un representante para todos los efectos.
3. Los miembros del consorcio y de la unión temporal deben señalar las normas básicas que rigen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.
4. Los consorcios y uniones temporales se someten al régimen previsto en el estatuto tributario para las sociedades para efectos impositivos, pero sin que se cause doble tributación.

Como se ve en la definición y en su reglamentación, el legislador ha sido ampliamente respetuoso del principio de la autonomía de la voluntad privada que acompaña a los consorciados o unidos temporalmente para celebrar el contrato que ha de regular sus relaciones y permitir el desarrollo del objeto mismo. El marco legal que permita lograr de la mejor manera este cometido, y que, con la debida flexibilidad, surta los elementos de construcción contractual y hermenéutica, ya existe y se encuentra en la regulación legal de las cuentas en participación con su evolución jurisprudencial y doctrinaria. En efecto, la citada Ley 80 diferencia las dos entidades por la proporción en que se debe responder en caso de incumplimiento, lo cual simplemente obedece a la exigencia legal (artículo 507 C.de Co) de dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida. La misma ley exige, como ya se explicó, (Parágrafo 1º, artículo 7 Ley 80/93) que los asociados en cualquiera de las dos formas, deben señalar las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad, lo cual es precisamente lo que hace el contrato de cuentas en participación.

4.6. Conclusiones.

Los actos jurídicos estudiados en el presente capítulo, son los que se han consolidado jurisprudencial, doctrinaria y legalmente como contratos de colaboración empresaria.

Me he detenido y analizado profundamente estas porque todas, sin excepción, encuentran su desarrollo dentro de un marco legal ya existente, y que ha logrado su decantamiento y desarrollo tras siglos de utilización en diferentes regímenes y tendencias político-legislativas, consolidándose en el contrato de cuentas en participación objeto del presente estudio. No es comprensible que un afán mal llamado desarrollista, o que una tendencia de internacionalización o globalización, pretenda imponer instituciones “nuevas” o de aceptación internacional, sin detenerse a realizar adecuadamente el derecho comparativo con la legislación vigente en Colombia, por no decir a lo largo del derecho latinoamericano, estudio que permitiría adaptar instituciones contractuales ya existentes legislativamente y ampliamente

desarrolladas doctrinaria y jurisprudencialmente. Es más incomprensible, si estas tendencias traen consigo la exigencia de un determinado desarrollo legislativo, teniendo en cuenta que nuestros ordenamientos jurídicos de origen latino, son de derecho positivo. Esta exigencia conlleva a un excesivo normativismo o, lo que es lo mismo, a una exagerada promulgación de leyes, que además de ser innecesarias porque ya existe el contrato de cuentas en participación, va en contravía con la causa misma que origina la necesidad de utilización de estas figuras, esto es, agilidad, facilidad de autorregulación de las relaciones, simplificación de formalismos y en general entregar un instrumento indispensable para el logro de concentración de recursos financieros, técnicos, administrativos, de conocimientos y habilidades para la realización de proyectos que implican esfuerzos no ejecutables por una sola parte.

Me permito terminar el presente capítulo, reivindicando el valor técnico y la utilidad política y económica del contrato de cuentas en participación, que supera las posibilidades que ofrecen autores con un excesivo deseo de vanguardismo jurídico, pero escaso análisis de las posibilidades ya

existentes. Como conclusión de este trabajo, y en concordancia con la afirmación precedente, el próximo apartado resaltaré las posibilidades del contrato de cuentas en participación como instrumento eficaz y útil en el desenvolvimiento comercial y jurídico del nuevo milenio.

5. HACIA LA ACTUALIDAD Y VIGENCIA DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Este apartado pretende recapitular las conclusiones personales del autor en torno a las diversas posiciones jurisprudenciales y doctrinarias tratadas a lo largo del presente trabajo, sin quedarse en el mero enunciado teórico o académico, sino proyectando el contrato a la realidad comercial y jurídica actual.

No se trata de repetir inútilmente las distintas interpretaciones jurídicas, que en su debido momento se expusieron, fijando mi posición personal,

fundamentada en los presupuestos enunciados, siempre con el ánimo de realzar la actualidad del contrato, y de mantener una estricta coherencia en sus análisis.

El contrato de cuentas en participación es un contrato típico, en el que una o varias personas se obligan a realizar una aportación en su calidad de partícipes inactivos, para la realización de una operación determinada, particular o general, transitoria o permanente, que será ejecutada en su exclusivo nombre y responsabilidad por el asociado gestor quien deberá invertir en la operación pactada, explotando el objeto estipulado, con la obligación de rendir cuentas y dividiendo todas las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

Esta es la conclusión detallada del contrato, después de estudiar definiciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias, y que realiza una descripción unificadora de los elementos que integran el contrato, pero sobretodo demuestran que las cuentas en participación cobran una vigencia indiscutible en el desenvolvimiento de las actividades comerciales, presentando un instrumento legal flexible, amplio y suficiente para regular relaciones particulares, mixtas y aún públicas, sin

desmedro de la seguridad jurídica, pero sí con economía procesal y reducción de costos y trámites, como lo reclama el desarrollo empresarial contemporáneo.

Son estos elementos:

- 1. Contrato típico:** No se requiere la creación legislativa o convencional de nuevas, exóticas y complicadas formas contractuales, ni la importación de instrumentos del derecho extranjero (a los cuales habría que darles cabida en nuestro ordenamiento civil o comercial para que resultarán viables en nuestro medio), para conseguir mecanismos jurídicos que se adapten a las necesidades del desarrollo mercantil moderno.
- 2. Aportación:** Permittedose de esta manera la inversión de capitales de origen nacional o extranjero, de una manera expedita pero segura, facilitando el desarrollo de actividades que por su envergadura, permanencia en el tiempo o la necesidad misma de contrarrestar el poderío de la competencia, requieren la multiplicidad en las fuentes de su financiación. Este elemento recupera el sentido de actualidad que el contrato tiene, otorgándole el elemento de asociación que lo

ubica como pilar de una nueva visión del trabajo que une esfuerzos en torno a un fin común.

La aportación trae consigo la calidad de los aportantes como parte integrante de este elemento. Son ellos quienes encuentran un camino más expedito, sin que ello exponga su seguridad jurídica, para lograr la realización de actividades transitorias o permanentes, garantizando el rendimiento de sus inversiones.

- 3. Operación determinada:** Entiéndase que el Contrato de cuentas en participación solo exige de sus celebrantes la determinación clara del objeto, tal y como se estudió en su momento. Pero no está limitando su utilidad a un sector especializado o reducido, sino que por el contrario se presenta como instrumento para las regulaciones entre sujetos en diversas actividades, dando así la posibilidad de desarrollar actividades de diverso orden con economía de procesos y concentración de recursos, permitiendo a los involucrados dedicarse a la explotación de la actividad para la cual están invirtiendo, sin retrasos costosos ni riesgos de la seguridad jurídica de su inversión. Es, en pocas palabras, la herramienta legal para alcanzar la formalización de lo que hoy se conoce como sector informal de la

economía, siendo a su vez, dique de contención del mismo fenómeno. Esta función finalmente se convierte en el motor de un desarrollo económico pluralista, de oportunidades paritarias, sin que el Estado se convierta en el freno a la iniciativa privada, porque su beneficio está asegurado en el que se genere con ocasión de los rendimientos patrimoniales de los asociados.

- 4. Gestor:** Si el aporte conlleva la aportación, entenderemos que el gestor implica la gestión. De esta manera, sujetos del derecho, personas naturales o jurídicas, con amplios conocimientos y desarrollos susceptibles de ser explotados en el campo de la sana competencia mercantil, que no cuentan con los recursos para realizarlos, encuentran un mecanismo que les facilita la posibilidad de negociación, haciendo atractivo su proyecto a inversionistas, lográndose así un beneficio para todos los contratantes, sin necesidad de incurrir en elevados costos que diluyan los recursos, o engorrosos y penosos trámites que retrasen su ejecución.
- 5. Rendición de cuentas:** Es la garantía para las partes que sus intereses pueden ser protegidos a través de una obligación. De manera simple, expedita y segura, el contrato de cuentas en

participación entrega el mecanismo con el cual la causa por la cual los celebrantes acordaron el contrato, puede hacerse tangible, recubriendo así de seguridad su vinculación jurídica. Son los mismos contratantes quienes deben fijar las regulaciones en torno a esta obligación, y que conlleva además de la rendición de cuentas en sí misma, la consecuencia de equilibrar patrimonialmente a los intervinientes, pues hasta ese momento la responsabilidad estaba exclusivamente en cabeza del gestor, fuera este de naturaleza individual o colectiva.

6. Repartición de utilidades o pérdidas en la proporción convenida:

La causa de este contrato, y su importancia en la vida comercial moderna, radica en la posibilidad de emprender empresas económicamente productivas, a través de mecanismos jurídicos eficaces que permitan la adecuada regulación de las relaciones de los participantes, definiendo ellos mismos con claridad sus responsabilidades e intereses monetarios, pero sin tener que recurrir a complicadas organizaciones o trabas burocráticas que desestimen la iniciativa particular.

La actividad comercial está acompañada de su natural ánimo de lucro, y no importa si los actores de las relaciones que esta actividad comprometen, son de naturaleza pública o privada, o si su interés primordial es el de lucrarse del objeto del contrato, o este es solo un medio para lograr fines de otra naturaleza, es connatural a la celebración de los contratos mercantiles la generación de utilidades.

La asociación de personas en torno a la explotación de una operación determinada, tiene como fin la repartición de utilidades, y es en este momento, sea único, periódico o permanente, donde se consuma la voluntad de los asociados, dándole sentido a la participación común.

El contrato de cuentas en participación, reuniendo todos los elementos anteriores, los aglomera al servicio de la repartición de utilidades o pérdidas en la proporción convenida, conservando magníficamente el común denominador de todos sus componentes, y que le otorgan un espacio predominante como instrumento jurídico para atender las actuales necesidades del ámbito mercantil, y son su agilidad, además de entregar amplia posibilidad a la autonomía de la voluntad privada para fijar los mecanismos como ha de realizarse esa repartición,

estableciendo fórmulas, plazos, condiciones y en general todos los aspectos relacionados con esta liquidación.

Nótese que no se están estudiando los elementos del contrato, como se hiciera en la primera parte, ni esta enumeración corresponde a una lista taxativa de los componentes del mismo. Se hace aquí una descripción de los aspectos relevantes de las cuentas en participación que le imprimen al contrato actualidad, vigencia y preponderancia en el espacio mercantil moderno.

No se trata de un estudio académico, ciñéndose a los parámetros de un análisis jurídico, que se hizo con anterioridad, sino de aterrizar esa figura teórica, en la realidad en la que debe desenvolverse, y resaltar los aspectos que hacen viable su utilización como herramienta jurídica ágil y eficaz.

6. MINUTA DE UN CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Para conocer la realidad contextual del contrato, y poder verificar su actualidad, a continuación propongo una minuta del mismo.

De la misma manera que se hiciera al intentar aproximarse a una definición de las cuentas en participación, y tratándose de una forma convencional que facilita la manifestación de la voluntad privada en forma prácticamente ilimitada, conviene recordar que es la realidad de

los celebrantes, sus causas, sus formulaciones particulares y en general los aspectos propios de su entorno contractual, los que le darán forma particular a cada acuerdo. Por lo tanto, lo que a continuación se ensaya, es una guía que resume las conclusiones del presente trabajo, enfatizando las conclusiones personales de su autor, pero sobre todo, proyectando al contrato mismo hacia las necesidades jurídicas actuales, enmarcadas especialmente en el mercado de alta competitividad, que exigen agilidad, economía en los trámites, incentivos a los inversionistas y facilidades a los empresarios para emprender actividades productivas, todo ello sin desmedro de la seguridad jurídica de los intervinientes, y sin que se configure una burla a terceros involucrados, llámense acreedores, Estado o en general cualquier tercero que pueda ver involucrado sus intereses.

CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

En la ciudad de _____ a los _____ (__) días del mes de _____ de _____ entre los suscritos _____ **(pudiendo ser individual o colectivo)** y _____ **(pudiendo ser individual o colectivo)** mayores y vecinos de _____ identificados como aparece al pie de nuestras correspondientes firmas, de profesión comerciantes, **(recuérdese que la profesión de los celebrantes puede ser cualquiera, sin que con ello se afecten las condiciones de validez, existencia o eficacia del contrato)** acordamos mediante el presente

documento, celebrar un contrato de cuentas en participación, sometido a las siguientes cláusulas:-----

PRIMERA: _____ (**partícipe inactivo**) entrega a _____ (**gestor**) y esta recibe la suma de _____ (\$ _____) **MONEDA**

LEGAL para participar en las utilidades o pérdidas de las operaciones mercantiles del giro del negocio de compraventa de vehículos usados (**o aquella que es objeto claramente definido de la convención, y que el gestor o gestores han desarrollado y son la causa de la celebración del mismo**) que esta realiza profesionalmente desde tiempo atrás con reconocido prestigio.-----

SEGUNDA: Se designa como gestor de este negocio a _____, pero se deja en claro que este contrato produce iguales obligaciones y derechos entre las partes, los cuales serán estipulados en los respectivos manuales de funciones que serán redactados y aprobados en un término no mayor de treinta (30) días comunes contados a partir de la fecha de la firma de este contrato.-----

TERCERA: Las partes acuerdan que los negocios serán realizados en la Calle ____ # _____ de la ciudad de _____, pudiendo ser modificado en cualquier momento por acuerdo de las mismas. Además se entiende que este no constituye domicilio social por cuanto el contrato aquí celebrado es de cuentas en participación que no crea persona jurídica distinta a los contratantes, por lo cual estos conservan sus actuales domicilios. Este local pertenece a _____ quien permite el usufructo del mismo de manera gratuita, asumiendo personalmente los gastos inherentes al goce del mismo representados en servicios públicos, impuestos prediales, mejoras útiles y voluptuarias y las reparaciones necesarias y locativas que en ningún caso constituirán gastos imputables al giro del negocio objeto del presente contrato-----

CUARTA: Se establece que la participación en las utilidades será de _____ (normalmente es un porcentaje como 10%, 20%, etc.) para _____ (**partícipe inactivo**) y _____ (normalmente es un porcentaje como 10%, 20%, etc.) para _____ (**gestor**). Estos porcentajes se establecerán sobre el valor de la utilidad neta la cual es el resultante de la diferencia entre el precio de compra, permuta o consignación y el de venta del vehículo (utilidad bruta), deducidos los gastos generales del

giro ordinario del negocio de acuerdo con los conceptos y topes fijados en el manual de funciones antes mencionado **(o aquella formulación que corresponda a la naturaleza del objeto claramente definido de la convención)**.-----

PARÁGRAFO: Las partes acuerdan que las utilidades se liquidarán y repartirán en las proporciones previstas en esta cláusula, el último día hábil de cada mes **(o en los períodos u ocasiones que más convengan a la naturaleza del objeto o las condiciones y requerimientos de las partes)**.-----

QUINTA: De igual manera se establece que la participación en las pérdidas será de _____ (normalmente es un porcentaje como 10%, 20%, etc.) para _____ **(partícipe inactivo)** y _____ (normalmente es un porcentaje como 10%, 20%, etc.) para _____ **(gestor)**, pero en ningún caso estas podrán exceder la suma de _____ **PESOS (\$_____)** **MONEDA LEGAL** cifra que se estima capital invertido por las dos partes. Por tanto se entiende condición resolutoria del presente contrato el acaecimiento de pérdidas por valor igual al expresado, obligándose los partícipes a liquidar ipso facto el contrato. Esta cláusula debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad de las partes de acuerdo con las estipulaciones de los artículos 510 y 511 del Código de Comercio, y definiendo que desde la firma de este contrato, Y debido a la naturaleza misma de su gestión, _____ **(partícipe inactivo)** autoriza que se conozca su calidad de partícipe. **(La parte final de esta cláusula depende de las condiciones mismas del contrato, y en especial de los celebrantes, sin ser necesaria su inclusión pues como se sabe, no es de la esencia, ni siquiera de la naturaleza, el carácter oculto del partícipe)**-----

PARÁGRAFO: Las partes acuerdan que las pérdidas se liquidarán y asumirán en las proporciones previstas en esta cláusula, el último día hábil de cada mes **(o en los períodos u ocasiones que más convengan a la naturaleza del objeto o las condiciones y requerimientos de las partes)**.-----

SEXTA: La obligación del **GESTOR** es de medio y no de fin. Esto es, se obliga a poner toda su capacidad profesional y experiencia al servicio de los intereses de la buena marcha del negocio sin que esté obligada a la obtención de determinados resultados o cumplimiento de normas o reglamentos distintos a los previstos en el presente contrato o en los

manuales de funciones antes mencionados. Por su parte la obligación del **PARTICIPE** termina con la entrega de su aporte y el respeto de lo establecido en este contrato y los manuales de funciones ya especificados.-----

SEPTIMA: _____ (**partícipe inactivo**) tendrá derecho en cualquier tiempo a revisar todos los documentos de la participación y a que el **GESTOR** le rinda cuentas de su gestión. Sin embargo, desde ya los celebrantes acuerdan que se realizará una reunión bimensual (**o la periodicidad que mejor convenga a los celebrantes o a la naturaleza misma del objeto**) en la cual el **GESTOR** rendirá un pormenorizado detalle de su gestión, con su correspondiente rendición de cuentas, de acuerdo con los parámetros fijados para tal efecto en el manual de funciones de su gestión.-----

OCTAVA: Las partes acuerdan que el término de duración del presente contrato es de _____ (____) (**AÑOS, MESES O DIAS**) contados desde la firma del presente documento. Este término se entiende prorrogado a su vencimiento por uno igual a menos que las partes manifiesten su voluntad de no continuar con el contrato. Esta manifestación debe ser escrita y se hará con no menos de _____(____) (**días, meses, años**) de anticipación a la fecha del vencimiento del presente contrato o de las sucesivas prórrogas.-----

NOVENA: Las partes acuerdan fijar como **cláusula penal** la suma de _____ **DE PESOS (\$_____)** **MONEDA LEGAL**, que serán pagadas por la parte incumplida en favor de la cumplida con el solo acaecimiento de la inobservancia y se deberá pagar en un plazo no mayor a _____(horas, días, meses, años) (____) contados desde el acaecimiento del incumplimiento.

PARAGRAFO: Para efectos de esta cláusula se presume la culpa del incumplido por el solo hecho de producirse este.-----

DECIMA: Las partes convienen en someter a la decisión arbitral todas las diferencias que surjan durante la vigencia del presente contrato. En tal caso la decisión arbitral estará a cargo de tres árbitros que serán designados por la CAMARA DE COMERCIO DE _____.
(**Esta cláusula se redactará de acuerdo a la conveniencia de las partes, desarrollando los principios de economía procesal y equidad, pero puede no ser parte del contrato sin afectar su validez, existencia o eficacia**)-----

UNDECIMA: Las partes acuerdan que además del acaecimiento del plazo para la duración del presente contrato y la acumulación de pérdidas en la proporción fijada en la cláusula quinta, se entienden incorporadas como causal de terminación del mismo, aquellas fijadas como tales para los contratos en los Códigos Civil y Comercial vigentes en la República de Colombia.-----

SEXTA: EJECUTIVIDAD: Para todos los efectos las partes acuerdan que el presente documento presta mérito ejecutivo por sí mismo y se entiende como título ejecutivo suficiente para el cobro prejudicial y jurídico de las obligaciones derivadas del mismo. -----

SEPTIMA: INTERPRETACION Y REGIMEN LEGAL APLICABLE: Por ser el presente un contrato de naturaleza comercial, las partes acuerdan que en lo no expresamente pactado en el presente documento, se aplicarán las normas comerciales, y en lo no contemplado por estas, las civiles. -----

Para constancia de su contenido, se firma por los contratantes y ante dos testigos.-----

CONTRATANTES

(FIRMA)

(IDENTIFICACION)

(FIRMA)

(IDENTIFICACION)

TESTIGOS

(FIRMA)

(IDENTIFICACION)

(FIRMA)

(IDENTIFICACION)

BIBLIOGRAFIA

CORREA ARANGO, Gabriel. De los principales contratos mercantiles.. Editorial Temis. Segunda edición. Santa Fe de Bogotá. 1.991.

VARIOS. Desarrollo actual del derecho comercial. Memorias de las primeras jornadas santiaguinas de derecho comercial. Editorial jurídica Equidad. Primera edición. Cali. 1.993.

ESCOBAR SANIN, Gabriel. Negocios civiles y comerciales. Tomo I.

Universidad Externado de Colombia. Segunda edición revisada y adicionada. Santa Fe de Bogotá. 1.987.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime A. Contratos Mercantiles. Biblioteca

Jurídica Diké. Quinta edición. Medellín. 1.974.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime A. Contratos Mercantiles. Tomo II.

Biblioteca Jurídica Diké. Segunda edición. Medellín. 1.992.

BARRERA BUITRAGO, Álvaro. Manual para el establecimiento de

sociedades. Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Santa Fe de Bogotá. 1.996.

PINZON, Gabino. Sociedades comerciales. Volumen II. Tipos o

formas de sociedades. Editorial Temis. Tercera edición refundida y actualizada. Santa Fe de Bogotá. 1.989.

NARVAEZ GARCIA, José. Sociedades por cuotas o por partes de interés. Ediciones Doctrina y Ley. Primera edición. Santa Fe de Bogotá. 1.995.

VARIOS. Modernos conceptos del Derecho Comercial. Cámara de Comercio y Colegio de Abogados de Medellín. Biblioteca Jurídica Diké. Primera edición. Medellín. 1.990.

LEAL PEREZ, Hildebrando. Derecho Comercial aplicado. Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. Primera edición. Santa Fe de Bogotá. 1.988.

VARIOS. Nuevas orientaciones del Derecho Comercial. Biblioteca Jurídica Diké. Primera edición. Medellín. 1.994.

TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de Obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes.. Editorial Temis S.A. Quinta edición. Santa Fe de Bogotá. 1.977.

MARTINEZ VAL, José María. Derecho Mercantil. Bosch, Casa Editorial S.A. Primera edición. Barcelona. 1.979.

VIVANTE, César (traducido por ESPEJO DE HINOJOSA, Ricardo). Tratado de Derecho Mercantil. Volumen II. Editorial Reus S.A. Primera edición. Madrid. 1.932.

BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos. Sexta edición. Madrid. 1.985.

LANGLE Y RUBIO, Emilio. Manual de Derecho Mercantil Español. Editorial Bosch. Primera edición. Barcelona. 1.950.

FROSINI, Vittorio. Teoría de la interpretación jurídica. Editorial Temis. Primera edición. Santa Fe de Bogotá. 1.983.

BONIVENTO F., José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Ediciones Librería del Profesional. Sexta edición. Santa Fe de Bogotá. 1.983.

CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. Pontificia Universidad Javeriana. Segunda edición. Santa Fe de Bogotá. 1991.

MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo V. Ediciones Jurídicas Europa-América. Primera edición. Buenos Aires. 1979.

PLANIOL, Marcel - RIPERT, Georges. Tratado elemental de Derecho Civil. Biblioteca Jurídica-Sociológica. Primera edición. México D.F. 1983.

VARIOS. Las transformaciones del Derecho Mercantil moderno. Biblioteca Jurídica Diké. Primera edición. Medellín. 1988.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De los contratos. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición. Santiago de Chile. 1995.

VALENCIA ZEA, Arturo - ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Derecho Civil. Parte general y personas. Tomo I. Editorial Temis. Decimocuarta edición. Santa Fe de Bogotá. 1997.

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION UTILIZADA

Decreto 437 de 1.961.

Ley 20 de 1.979.

Decreto 2.595 de 1.979.

Ley 75 de 1.986.

Ley 80 de 1.993.

Ley 222 de 1.995.

Ley 223 de 1.995.

Sentencia Marzo 21 de 1.952. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil.

Sentencia Marzo 13 de 1.974. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Sentencia Julio 30 de 1.979. Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral.

Circular No. 009 de 1.980. Dirección General de Impuestos Nacionales.

Sentencia Marzo 13 de 1.974. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Sentencia Febrero 10 de 1.999. Corte Constitucional.