

## LA PARTICIPACION

Dr. Ignacio Sanfín Bernal  
Profesor de las cátedras:  
"SOCIEDADES Y DERECHO  
TRIBUTARIO" U.P.B. ABO-  
GADO EN EJERCICIO.

### UNA OPCION LEGAL

No toda actividad de colaboración económica a nivel empresarial o de búsqueda de la obtención de utilidades en la celebración de uno o varios actos de comercio o en el desarrollo de una empresa más o menos estable, requiere ser ejecutada bajo la forma de sociedad típica, por acciones o comanditaria, colectiva o de responsabilidad limitada.

La legislación nacional recoge -a veces con acierto y en ocasiones defectuosamente- una forma contractual que ha denominado PARTICIPACION o CUENTAS EN PARTICIPACION, y la regula como alternativa de asociación entre personas comerciantes que, movidas por la expectativa de percibir utilidades, unen intereses y esfuerzos hacia la búsqueda de un resultado económico exitoso.

Esta alternativa existente, desprovista de las formalidades que para su constitución, operación y terminación rodean a las sociedades, merece ser analizada y considerada, no solo desde su aspecto legal o teórico, sino como salida práctica a situaciones que no requieren los trámites y formalismos de los tipos sociales más frecuentes a los cuales se acude, a veces irreflexivamente, e innecesariamente en ocasiones.

## **LA ESENCIA Y LOS ANTECEDENTES CAPITALISTAS DE LA PARTICIPACION.**

Como resultado de la Participación se dota al Gestor, o a su sociedad o a su empresa, de medios y recursos que le permitan desenvolverse con mayor movilidad en la actividad comercial. El Participe Inactivo suministra capacidad económica a la visión gerencial del Administrador; y da su consentimiento contractual sobre la base de que el aporte está sometido a un riesgo, pues de la operación de los negocios, se producirán resultados prósperos o adversos. El "capital" involucrado (utilizando la denominación adoptada por el Código Español) puede deteriorarse o perderse, o puede conservarse o incrementarse, como resultado del manejo que de él haga el Gestor.

Es evidente la semejanza que aquí se presenta con una forma social típica: la de las sociedades comanditarias. En estas se unen la gestoría de un socio colectivo y las aportaciones de unos socios capitalistas para desarrollar el objeto social, en forma permanente y constante. Por la juntura del capital y del trabajo, los socios aspiran a establecer y dirigir con éxito una empresa social cuyos frutos han de traslucirse, tarde o temprano, en reparto de utilidades durante la existencia social o en beneficios acumulados representados en los remanentes sociales al momento de la liquidación de la compañía.

Mientras que en la Participación, por los mismos medios, se buscan idénticos fines, con la diferencia de que la existencia del capitalista debe conservarse oculta, casi de clandestina, y de que para la legislación colombiana la relación entre los asociados tiene un marcado carácter fugaz y transitorio.

O sea, en las comanditarias el gestor obra a nombre de la sociedad comprometiendo además su responsabilidad personal, permitiendo que se conozca la identidad de los comanditarios, bien mediante el registro público mercantil en las simples, o bien mediante los registros que se efectúan en el libro de comanditarios o de accionistas en las comanditarias por acciones; lo que contrasta con que en la Participación el Gestor actúa en su propio nombre, bajo su responsabilidad personal única, arriesgando su patrimonio en las resultas de las operaciones realizadas, vinculando directa y secretamente las aportaciones efectuadas por los capitalistas, y ocultando el hecho de que detrás de su actividad yace el esfuerzo patrimonial de otras personas.

Pero en ambas figuras asociativas aparece un elemento común: se han hecho aportes, de capital o de industria, con ánimo de lucro, por personas animadas por la obtención de un beneficio económico que compense su esfuerzo material o inmaterial.

Integración que no es, ni mucho menos, nueva.

Como lo menciona Federico Lara Peinado, en la codificación de Hammurabi (Arts. 98 y 99 a 101) Sexto Rey de la Primera Dinastía de Babilonia, grabada 1700 años A.C. en lajas de piedra (diorita negra) uno de cuyos ejemplares fue encontrado en 1901 en Irán por la misión arqueológica dirigida por J. de Morgan, la sociedad comercial, que tenía todas las características de una comandita, se formalizaba entre un damqarum o socio capitalista y un shamallum viajante comercial a quien el primero le confiaba dinero o productos (aceite, cereales o lana, por lo común) para la compraventa de los mismos buscando una ganancia dineraria. Contra la entrega del producto o metales se precisaba el requisito de un documento escrito; los bienes entregados pasaban a ser propiedad del agente comercial bajo cuya responsabilidad se efectuaban las operaciones mercantiles. El agente en caso de no haber tenido éxito comercial o de perder el dinero recibido debía siempre devolver doblado el capital al comerciante, salvo casos excepcionales o de fuerza mayor (asalto de ladrones) que debía justificar mediante juramento ante la divinidad.

Según el mismo código babilónico, comentado por Lara Peinado, el mercader o comerciante no podía intervenir en la gestión comercial de su agente, pero tenía derecho al control de las ganancias y pérdidas, así como a recibir la mitad de los beneficios obtenidos. En caso de que el agente negase haber recibido dinero o manipulase la cantidad debía restituir al damqarum hasta tres veces el dinero recibido; por contra, si el comerciante negaba haber recibido el dinero de la sociedad, liquidado contra recibido, debía pagar a su agente seis veces el importe del mismo. En el momento de la disolución de la sociedad comercial, los socios debían presentar las cuentas a un juez y confirmarlas con su juramento, después se procedía a la liquidación y se repartían los beneficios. Dado el contexto del código hay que señalar que estas sociedades mercantiles no se estipulaban para una serie de años, sino que eran más bien societates unius rei, esto es, una sociedad pactada para un solo viaje o empresa comercial, disolviéndose la misma tras finalizar el viaje y haberse repartido las ganancias resultantes.

Esta forma asociativa incipiente y progresiva (que en nuestros días es recogida por los comanditas y por la Participación) sigue sirviendo al hombre por ser compatible con el carácter gregario y utilitarista de éste, y se revela en la historia jurídico-económica con instituciones tales como las comendas romanas, bizantinas e islámicas, las comendas marítimas y terrestres del embrionario derecho societario de la edad media, la colonia italiana, y con los préstamos a la gruesa ventura, cuando empresarios, casi aventureros, emprendían azarosas hazañas en su nombre propio gracias a que contaban con el respaldo económico de los dueños del dinero -conocidos o no públicamente- que hacían posible el viaje, la proeza, la locura o la aventura.

Es que hacen parte de la naturaleza humana el estímulo y el éxito, sin que sea despreciable el resultado económico paralelo a dichas satisfacciones, sin distingo de culturas, de épocas y de pueblos.

La evolución de las instituciones comerciales impuso posteriormente la codificación normativa, y en la Sociedad Anónima francesa de principios del siglo Diecinueve y en la Compañía Secreta alemana o Sociedad por vía de participación se nutren (como fuente reciente) dos contratos integrados a la legislación nacional desde el siglo pasado y que tienen, como se ha referido atrás, un origen común y comunes objetivos: la sociedad comanditaria y la Participación.

## SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO POSITIVO NACIONAL

El Código de Comercio colombiano que rigió hasta 1971 (el del Estado de Panamá adoptado por la ley 57 de 1887) reguló la Asociación o Cuentas en Participación de manera casi idéntica a la hoy vigente. Con las siguientes diferencias de forma: -a) Las operaciones en que toman interés los comerciantes pueden ser "muchas" y "sucesivas" y no simplemente varias, trasluciéndose como posible una eventual relación social permanente; operaciones que no tienen que ser "determinadas" (Art. 629); y -b) Se preven los efectos de la "cesión en forma" que el "Gerente" puede efectuar a favor de los terceros y de los partícipes Inactivos, para permitir a éstos sustituirse en los derechos procesales del Gerente (Art. 632) contrastando con los términos restrictivos aparentemente imperativos de la Legislación actual ("los terceros solamente tendrán acción contra el Administrador del mismo modo que los Partícipes Inactivos carecerán de ella contra terceros").

La Corte Suprema de Justicia, por aquellas calendas, no miró con simpatía la existencia de un vínculo contractual permanente, no obstante el reconocimiento en la ley a "muchas operaciones sucesivas", y opinó (casación de 24 de abril de 1921) que "la sociedad de hecho formada entre comerciantes para la explotación de una industria (fabricación de jabón) no puede calificarse de Asociación o Cuentas en Participación, la cual es accidental y no tiene carácter permanente".

La Comisión gubernamental creada para reformar el Código, en su proyecto de 1958, no menciona la Participación o la Asociación ni como forma de sociedad ni como contrato reglado positivamente. No obstante, la actual regulación de la Participación se incluye en el texto final del Código de 1971 con las siguientes características: es un contrato consensual de colaboración esporádica en desarrollo del cual un socio, bajo su nombre y responsabilidad personales, ejecuta una o varias operaciones con el ánimo de compartir entre socios -unos conocidos y otros ocultos- que requieren ser comerciantes, los resultados exitosos o adversos de la empresa; y regido en lo compatible y en lo no contemplado en la Convención o en el Código, por

las normas de las sociedades comanditarias simples. La existencia del contrato y sus cláusulas o provisiones pueden probarse por cualquier medio reconocido en la ley, debiendo el Gestor en cualquier momento rendir cuentas de la operación y resultados de la empresa por él manejada. La participación está desprovista de personalidad jurídica y, por ende, de nombre, patrimonio y domicilio. La responsabilidad del Gestor es ilimitada y la del Partícipe Inactivo -que ha de permanecer oculto sin revelar o autorizar que se conozca su calidad de asociado- está limitada al valor de su aportación.

Regulación legal que merece los siguientes reparos:

**La Confidencialidad:** No aparece atenuación en la legislación nacional a la rigidez de la norma de que basta que el Partícipe Inactivo revele su calidad de asociado o autorice que sea conocida, para que su responsabilidad deje de ser limitada al valor de su aportación y se torne en solidaria e ilimitada, conjunta con el gestor. Cuando la existencia de la Participación es notoria, puede afirmarse que en su naturaleza y en sus efectos aquella se convierte en sociedad de Hecho (Art. 498 del Código de Comercio). Basta el conocimiento público sobre la asociación de un Inversionista dentro de los negocios o de las operaciones desarrolladas por el Gestor, derivada de la intención del Partícipe Inactivo, para que esa circunstancia tan ajena a los términos de la convención determine la existencia de una sociedad en la ley colombiana, por lo menos de manera expresa, y se configure la solidaridad del partícipe no gestor.

La jurisprudencia extranjera, basada en ocasiones en normas menos rigurosas que la nacional, ha atenuado la drasticidad de los efectos derivados de la simple revelación de la existencia de otra persona asociada. La Corte Suprema de Justicia francesa ha dicho que "los acreedores no conocen el participante y no pueden accionar directamente contra él, aún si llegaren a conocerlo, salvo el caso de que se hubiere inmiscuido en las operaciones"; en Bélgica la clandestinidad de la Participación no implica la ignorancia de las misma por los terceros sino la prohibición de actuar colectivamente y de usar una razón social. Y en Alemania el Partícipe Inactivo no pierde tal carácter a menos que se demuestre la intención de inducir a los terceros a contratar mediante la publicidad de su vínculo.

Para la legislación colombiana, la solidaridad se origina en la suma de dos circunstancias: una subjetiva, la intención o consentimiento del Partícipe Inactivo en que su existencia sea conocida; y otra objetiva: que los terceros perciban tal existencia. Por lo tanto, si terceros tienen noticia de la Participación en forma accidental o de fuentes que no suponen la aquiescencia del Partícipe Inactivo, la responsabilidad suya continuará limitada a su aporte.

Sería más conveniente adoptar el principio de que la responsabilidad del Partícipe Inactivo continúe excluída de las operaciones del Gestor frente a terceros, no obstante éstos conocer la existencia de la Participación, siempre y cuando el socio Inactivo o Inversionista no intervenga en la administración y manejo de las operaciones y no se vincule directamente a la ejecución de los actos separados o de la empresa misma. Porque en qué se perjudica al tercero contratante, si sabe que detrás del Gestor existe un interés de terceros en los resultados de las operaciones? y porque cuál es la razón para justificar que del mero conocimiento de la existencia de socios privados se derive la responsabilidad solidaria pasiva entre todos los participantes?. Es éste un punto que merece revisión legal.

**Socios comerciantes:** En España y Chile, como en Colombia, se exige que todos los socios sean comerciantes. El Partícipe Inactivo puede no ser comerciante en Alemania, Perú, Ecuador, Venezuela, Argentina, Brasil, Méjico y Uruguay. El Gestor requiere estar revestido solo de las calidades y capacidades propias de la operación propuesta, en Argentina y Francia. Para la Legislación italiana, en la cual la Codificación civil regula todas las instituciones de derecho privado, es irrelevante la calidad de los socios siempre y cuando gocen de la capacidad general. Según nuestro Código, tanto el gestor como los capitalistas deben ocuparse profesionalmente en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles (Arts. 10 y 20 a 22 del Código de Comercio). Luce por demás lógica la exigencia de que el gestor sea comerciante, pues las operaciones son de comercio y se desarrollan personalmente en su propio nombre, afectando su patrimonio personal. Lo que no parece razonable es requerir que el comanditario o Partícipe Oculito, como mero inversionista excluído del manejo de relaciones con terceros, tenga que ser comerciante para que la Participación se perfeccione como tal. Pues es perfectamente posible, y ocurre las más de las veces, que quien guarda reserva sobre su participación no reúna las calidades de comerciante y como tal no esté inscrito en el registro público mercantil, pues se trata de alguien que, esporádicamente o en forma relativamente estable, quiero vincular una inversión patrimonial a la empresa que el Partícipe Activo o Aparente, Gestor o Gerente o Administrador, ejecuta en su propio nombre, vinculando a aquel en forma privada y confidencial.

Cuál es entonces la consecuencia de que el Partícipe Inactivo no sea comerciante?. Ni la doctrina ni la jurisprudencia coinciden en una solución.

Para unos, el contrato no sería el de Participación regido por el Código de Comercio, sino que se trata de una convención válida, innominada, expuesta al rigorismo románico, "regida por el derecho común y no por las disposiciones especiales del derecho mercantil" (casación de 31 de julio de 1897).

Otra posición, contraria, es la contenida en el siguiente fallo de la Corte (1952. Ponente doctor Manuel José Vargas):

"En la definición se dice que este es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una operación mercantil, y de esta palabra "comerciantes" se ha tomado pie para decidir que sólo entre los del gremio puede existir 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 estudios, 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 arreglarse 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 ellas intervienen; quien sin ser del gremio ejecute la 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 los que lo celebran no estén dedicados ordinaria y profesionalmente 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 ésto 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 texto 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.

Debe, pues, concluirse que tal contrato puede celebrarse por toda persona capaz, aún cuando con anterioridad al acto no estuviere matriculado o catalogado como comerciante".

Frente a la posibilidad de que una persona natural o jurídica que no sea profesionalmente comerciante intervenga como Partícipe Inactivo se han propuesto, pues, dos soluciones: el contrato si es el de Participación regido por el Código de Comercio ya que para sus efectos el Partícipe asume temporalmente la calidad de comerciante; o el contrato no es el de Participación sino que como negocio jurídico válido deviene en una forma contractual atípica e innominada, sino en una sociedad de hecho.

**Régimen fiscal:** 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 la 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 -afectados por el contrato interno-; la diferencia ha de ser reconocida por la Participación a favor del Gestor.

Sin perjuicio de lo anterior, la legislación tributaria en materia de impuesto a la renta y complementarios contempla una figura que, sin ser Participación ni Sociedad de hecho, tiene las características de ambas. Y es la Explotación de ganado en compañía o en participación, así definida por la ley 20 de 1979 y por el decreto 2595 de 1979. Resumiendo las disposiciones aplicables, 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 ceba, con derecho a participar en los resultados, la renta o pérdida de los partícipes se establecerá así: 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 las utilidades o pérdidas se hará por partes iguales. En el negocio de ganadería, los contratos en Participación no son

contribuyentes del impuesto sobre la renta; lo son individualmente, cada uno de los partícipes. Los inventarios correspondientes a los ganados en participación se incluirán como anexos en las declaraciones de cada uno de los contratantes. El movimiento de ventas y gastos se incluirá en la declaración del depositario, salvo lo relativo a las ventas del ganado depositado en el año en que se celebre el negocio, los cuales deberán informarse tanto por el depositante como por el depositario.

Este tratamiento positivo de la Explotación de ganado en compañía o en Participación, difiere del de la sociedad de Hecho por cuanto ésta es por sí misma contribuyente y responsable de los impuestos, separadamente de los socios (Arts. 4 y 5 decreto 2053 de 1974); y se separa de la figura de la Participación al exigir la existencia de una formalidad no contemplada por el Código de Comercio (escrito contentivo de las cláusulas contractuales) y la revelación no sólo de la identidad del Partícipe Inactivo o Depositario sino de las características y valor de su aportación.

**El Documento:** El contrato es válido frente a las partes desde que se acuerda, como consecuencia de su consensualidad (Art. 508 del Código de Comercio). Para acreditar procesalmente su existencia y sus cláusulas puede acudirse a cualquier medio probatorio reconocido. Los contratantes o partícipes están regidos en sus relaciones internas por la manifestación de su voluntad contractual, en cuanto a sus derechos y obligaciones, aportes, pérdidas y utilidades. Es Obvio entonces que para evitar deficiencias probatorias o desacuerdos en cuanto a los términos mismos de la convención, sea recomendable la elaboración de un documento que recoja todas las estipulaciones reguladoras de la relación, en lo que sean compatibles con las normas imperativas expresadas en el Código de Comercio. Porque no puede vulnerarse en el contrato, verbal o escrito, el derecho que tiene el comanditario para inspeccionar "en cualquier tiempo" todos los documentos; y el de que se rindan cuentas cuando lo solicite; el de la limitación de su responsabilidad al monto del aporte, y el que le excluye como sujeto pasivo de acciones de terceros.

Otros asuntos deben ser incluidos en el documento, en forma expresa, regulados con la intensidad que convengan los partícipes. Como la periodicidad en el pago de las utilidades, la obligación de transmitir el dominio del aporte al Gestor o el derecho de conservarlo con la consecuente obligación de transferirlo a terceros a medida que la Participación cumpla su objeto; la periodicidad de las reuniones y la regulación operativa de las mismas; las causales específicas de disolución de la Participación y las normas para su liquidación; el derecho o la prohibición de ceder el interés de los partícipes; y la existencia y regulación de un Tribunal Arbitral que haya de decidir en conciencia o en derecho las diferencias entre partícipes, o la de una amigable composición.

El documento que contenga los términos de la convención debe ser reconocido notarialmente o firmado ante dos testigos y, para garantizar su efectividad ante Jueces y Tribunales, deberá constar que se canceló el impuesto nacional de timbre ya que según las voces del Art. 25 de la ley 2ª de 1976, "ningún instrumento o actuación sujeto al impuesto de timbre podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenido como prueba mientras no se pague el impuesto".

## **LA PARTICIPACION ES UNA SOCIEDAD ATIPICA**

Los elementos que tipifican la participación son comunes en todas las legislaciones, con diferencias adicionales que introducen matices localistas. En todos los sistemas se encuentra que la Participación o la Asociación, o como se le denomine, refleja la conjunción de estos elementos: pluralidad de asociados divididos en dos tipos de características bien diferentes; finalidad de lucro o de especulación; ánimo de asociarse y aportes.

Variables adicionales se acogen en diversas legislaciones: en unas se acepta la Participación para una sola operación, en otras para una o varias, y en otras en forma permanente; la intensidad del carácter oculto del Partcipe Inactivo es más fuerte en unos sistemas que en otros; a veces se exige que los partícipes sean comerciantes; en otras se exige la formalidad del documento como en Méjico y Venezuela (en Italia ha de constar por escrito si se aportan derechos sobre inmuebles o si la duración del contrato es superior a 9 años), o de la escritura pública (como en Guatemala) como excepción a la regla muy generalizada de que el contrato es consensual y de que su existencia se acredita probatoriamente por cualquier medio.

Lo que si constituye una nota común es el desconocimiento de autonomía patrimonial y de personería moral a la Asociación. El Código de Comercio colombiano, adoptando una terminología casi idéntica a la del Código Chileno, inequívocamente traza la línea diferenciadora entre la sociedad típica inscrita y la Asociación o cuentas en Participación, cuando establece que la Participación no constituirá una persona jurídica y por tanto carecerá de nombre, patrimonio social y domicilio.

Si la figura asociativa de la Participación contiene los elementos propios que han sido señalados, cabe compararlos con los que son de la esencia del contrato de sociedad.

Advirtiendo de antemano que el tratamiento legislativo a la sociedad varía considerablemente entre los diferentes sistemas positivos. En Alemania y Francia, por ejemplo, no se reconoce personería moral independiente a las sociedades de personas; y en el derecho anglosajón solo poseen patrimonio y personalidad propios las compañías por acciones, "public companies y corporations"; luego no es ajeno a la

institución de las sociedades el encontrar compañías sin personalidad jurídica propia. Como tampoco lo es en el país, ya que la Sociedad de Hecho, y la Sociedad típica sin haber sido elevada a escritura pública, a pesar de no estar dotadas de autonomía jurídica, son tratadas como tales, como sociedades.

Para el Código de Comercio colombiano (Art. 98), habrá sociedad cuando varias personas efectúan aportes con el fin de distribuirse las utilidades resultantes de la empresa social. La sociedad requiere entonces elementos esenciales que coinciden con los de la Participación: pluralidad de asociados, aportaciones, ánimo de lucro, y *affectio societatis*.

El reconocimiento de la personería legal es posterior a la celebración del contrato y consecuencial a éste. El Código explícitamente condiciona dicho privilegio a que la compañía esté "constituida legalmente". Mientras el contrato no haya sido solemnizado mediante escritura pública, habrá sociedad según la corriente posición doctrinaria colombiana pero no se ha originado la institución que ha de ser titular de la personalidad moral. Se destaca aquí, pues, que el verdadero contrato de sociedad, válido entre las partes, ha gozado de reconocimiento legislativo a pesar de que aún no exista una persona diferente a la de los socios, con patrimonio distinto al de éstos, capaz de adquirir y de obligarse por sí misma.

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 de la convención que se conoce como sociedad Accidental en las legislaciones argentina y uruguaya, o como sociedad Tácita en las legislaciones alemana y austriaca. 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 bien 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 Arts. 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 estas sirven de soporte al nacimiento de una persona moral mientras que aquella permanece produciendo efectos exclusivamente entre los socios.

## GLOSAS AL TIPO DE CONTRATO

La jurisprudencia (francesa) revela a veces al lado de antiguas prácticas que se han conservado, como las ventas en común realizadas por comerciantes, otras modernas; entre éstas pueden citarse las participaciones entre comerciantes en vinos para la venta de sus cosechas; entre negociantes en piedras preciosas y perlas que hacen compras y ventas en participación a causa del precio muy elevado de estas mercancías; entre compañías de electricidad que se distribuyen la clientela; entre banqueros que constituyen consorcios de emisión para la colocación de acciones y obligaciones; entre industriales cuyos acuerdos revisten a veces la forma de participación; entre empresarios teatrales y editores de periódicos, y, finalmente, entre las compañías de seguros y de reaseguros (Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Comercial).

En Colombia la Participación se utiliza como forma convencional para regular operaciones específicas, individuales en ocasiones, repetitivas a veces. De que se mantenga oculta la identidad y la actuación del Partícipe Inactivo pueden surgir ventajas y desventajas; ventajas al ampliar la posibilidad de que determinados inversionistas por motivos subjetivos o de conveniencia, fiscales o de seguridad personal, entre otros, hagan viables negociaciones promovidas por el Partícipe Activo y ejecutadas bajo la única responsabilidad de éste; y al no someterse la ejecución y el desarrollo de una operación o de una empresa al rigorismo y formalismo que rodean la constitución de una sociedad típica; desventajas por cuanto bajo la sombra de la Participación pueden mimetizarse fondos procedentes de actividades ilegales, porque con su complicidad pueden ocultarse incompatibilidades legales y morales o impedimentos, y por la relativa desprotección judicial en que queda el Partícipe Inactivo al enfrentarse a un consorcio indelicado y a una justicia inoperante por su morosidad.

Es así como en la práctica se aglutinan los esfuerzos del gestor y del inversionista bajo la modalidad de una sociedad accidental o transitoria, en la ejecución de actividades como el desarrollo de proyectos inmobiliarios, la promoción de programas habitacionales, la ganadería en sus diversas manifestaciones (la cría, el levante, la ceba y hasta la lidia), la presentación de espectáculos artísticos, la construcción de obras públicas por la vía de consorcios secretos, la contratación mediante licitación, y las negociaciones bursátiles.

A título de mera orientación pragmática, como anexo agrego una minuta para un contrato de Participación cuyo objeto es la construcción, gerencia y mercadeo de un edificio de apartamentos, habiéndose suplantado por información imaginaria la que corresponde a la realidad en cuanto a las partes, los títulos, modalidades específicas y demás cláusulas convencionales.

La desprotección de los socios frente a la justicia civil es un aspecto que preocupa y que amerita mención especial. En la práctica profesional se observa, a veces con impotente angustia, cómo una justicia que fue creada para decidir asuntos civiles se enfrenta con la toma de decisiones jurisdiccionales en materia comercial, sin preparación específica en asuntos mercantiles, con la consabida congestión de negocios, y sin la celeridad y mentalidad -distintas a la orientación civilista- con que debe acometerse la definición jurisdiccional en materias comerciales. Aún en lo relacionado con las sociedades típicas reglamentadas por el Código de Comercio, y con sus socios y accionistas, raras veces se encuentran actuaciones judiciales sensatas, y en contadas ocasiones los fallos son o rápidos o acertados. Si esa orfandad merodea en lo referente a las sociedades regulares, es más notoria en las cuentas en Participación, porque en éstas los derechos del Partícipe Inactivo pueden estar definidos solo en el simple acuerdo verbal de las partes -de difícil prueba y de por sí muy gaseoso- o, de constar por escrito, se tratará siempre de un documento totalmente inoponible a terceros.

## LA DISOLUCION DEL VINCULO

La participación se rige, en primera instancia, por 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 Art. 514 del Código de Comercio a las normas sobre las sociedades comanditarias simples, que indirectamente vincula también las de las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada (Art. 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 (Arts. 513 y 514 del Código de Comercio), la desaparición de una de las categorías de los partícipes (al 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 Arts. 333 (3º) y 342 del Código de Comercio. También suponen la disolución de la relación las causales que determinan 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 (Arts. 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 una autoridad competente (jurisdiccional o arbitral).

## CONCLUSIONES

Efectivamente la Participación brinda una alternativa contractual de simple formación y ejecución entre los partícipes, segura además para los terceros acreedores, con miras a la ejecución de operaciones comerciales que involucran la actividad comercial de un gestor que las desarrolla en su propio nombre, y el interés de un inversionista que se abstiene de figurar públicamente como socio en la actividad que constituye el objeto del contrato.

La Participación configura una verdadera sociedad sin personalidad jurídica, en la cual los socios tienen las obligaciones y los derechos reconocidos en la ley para quienes constituyen una comanditaria simple mercantil.

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.

Debieran extenderse los efectos legales de la Participación, si en el contrato concurren además las siguientes circunstancias: a-) Cuando el Partícipe Inactivo no tenga la calidad de comerciante; y -b) Cuando la asociación no se limite a los resultados de una, varias o muchas operaciones, sino en el evento de que abarque una empresa o actividad permanente ejecutada por el Gestor.

El simple conocimiento que los terceros tengan de la existencia de un Partícipe Inactivo proveniente o no de su iniciativa intencional no debiera derivar en su responsabilidad solidaria e ilimitada por las operaciones de la sociedad interna; sería razonable que la limitación de la responsabilidad hasta la concurrencia del aporte del Partícipe activo Permanezca, a menos que del hecho de dejarla saber se induzca a terceros a contratar, o de que el comanditario intervenga directamente en la gestión de los negocios sociales.

Para defender los derechos del Participe Inactivo, debiera permitirse la intervención de la Superintendencia de Sociedades en los asuntos de la Participación, en forma similar a la autorizada en el Art. 281 del Código de Comercio que legitima su actuación esporádica en todo tipo de compañías cuando se presenten irregularidades o desviaciones graves en el cumplimiento de su objeto o la ejecución de la empresa.

## **CONTRATO DE PARTICIPACION**

**CIUDAD Y FECHA:** Medellín, veintiuno (21) de mayo de mil novecientos ochenta y siete (1.987).

**LAS PARTES:** Es PARTICIPE ACTIVO O GESTOR la sociedad comercial domiciliada en Medellín A.B.C. s.a.; compañía constituída mediante la escritura pública Nº 187 de 15 de enero de 1949 elevada ante el Notario Tercero de Medellín, oportunamente inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Medellín. Está representada por su gerente LUIS MEJIA MEJIA quien puede suscribir este contrato por cuanto sus facultades no están estatutariamente limitadas.

Es PARTICIPE INACTIVO, conjunta y solidariamente, pudiendo actuar en forma separada, JORGE POSADA (principalmente) y LUISA POSADA (por extensión) comerciantes inscritos en la Cámara de Comercio de Medellín, colombianos mayores de edad, plenamente capaces, domiciliados y residentes en Medellín.

**EL OBJETO:** Lo es el aporte de terrenos y dinero (por EL PARTICIPE INACTIVO) y la prestación de servicios y aporte en dinero (por el GESTOR) con el fin de desarrollar y vender con ánimo de lucro un edificio de apartamentos que se denominará BRISAS DEL ABURRA, en el Barrio el Poblado de la ciudad de Medellín. La discriminación de los aportes en dinero consta en acta seperada suscrita por las partes.

**OBLIGACIONES DEL GESTOR:** -a) Encargarse de los estudios preliminares, construcción, gerencia y coordinación de la operación comercial, con relación al edificio BRISAS DEL ABURRA; -b) Ejecutar sus labores de gerencia y construcción con la mayor eficiencia posible, como si se tratara de un proyecto de su propiedad exclusiva; -c) Manejar todas las relaciones externas derivadas de la obra, ante cualesquiera personas, entidades y funcionarios, tales como compradores y proveedores, oficina de Planeación Municipal, Empresas Públicas, Impuestos Municipales, empleados y obreros; -d) Permitir el libre acceso del PARTICIPE INACTIVO o de la persona que éste designe por escrito, a todos los libros y documentos relacionados con la obra; -e) Llevar en forma separada y discriminada, metódica y sistemática, todas las

cuentas de costos, ingresos y provisiones, y similares y complementarias, que permitan en todo momento establecer el estado financiero y económico de la obra; -f) Encargarse del cumplido pago de insumos y gastos, obteniendo los mayores beneficios posibles en cuanto a descuentos, condiciones y calidad; -g) Ejecutar todos los actos, operaciones y contratos relacionados con la Participación, en su propio nombre y bajo su crédito personal; -h) Rendir cuentas al PARTICIPE INACTIVO cuando le sean solicitadas.

**OBLIGACIONES DEL PARTICIPE INACTIVO:** -a) Trasferir el dominio, a título de compraventa, a favor del GESTOR, de un lote de terrenos formado por tres globos, cuyos alinderamiento y descripción generales son los siguientes: (aquí se transcriben). A los globos de terreno corresponden las matrículas inmobiliarias Nº 001-0170918 001-0170917 y 001-0170914 (por desmembración); -b) EL PARTICIPE INACTIVO mantendrá frente a terceros, oculto su interés patrimonial en el contrato y en la obra ejecutada.

**PARAGRAFO:** los lotes son de la exclusiva propiedad del PARTICIPE INACTIVO; y de ellos es su exclusivo poseedor material e inscrito. Se encuentran actualmente libres de todo acto o contrato que suponga límites, condiciones o gravamen al dominio, posesión o tenencia.

**DERECHOS:** Son derechos del GESTOR: -a) Manejar y orientar a su leal saber y entender, con el más alto criterio profesional, todas las facetas involucradas en la construcción y venta del edificio BRISAS DEL ABURRA; -b) Recibir un cincuenta por ciento (50%) de las utilidades netas del negocio. -Son derechos del PARTICIPE INACTIVO: -a) Inspeccionar por sí o por medio de apoderado especial los libros, cuentas y documentos relacionados con la obra BRISAS DEL ABURRA; -b) Percibir el cincuenta por ciento (50%) de las utilidades netas del negocio; -c) Eximirse de responsabilidad frente a terceros siempre y cuando conserve oculta su calidad de partícipe; -b) Solicitar al GESTOR que le sean rendidas cuentas detalladas y debidamente soportadas.

**COMPENSACIONES:** El contrato se celebra en consideración a que el dinero entregado por A.B.C. s.a. y los honorarios a que tendría derecho EL GESTOR por su gestión como promotor, constructor y gerente del edificio BRISAS DEL ABURRA, equivalen a y se compensan con el dinero entregado por Jorge Posada y el valor del terreno transferido por EL PARTICIPE INACTIVO. Por lo tanto, las utilidades netas del negocio estarán afectadas en primer lugar por el reembolso que se haga a los partícipes de los préstamos, los honorarios y del precio del terreno, cargándose igualmente los gastos correspondientes a diseño y ventas.

**ANTICIPOS:** Iniciadas las ventas y los recaudos, en el momento en que las partes lo consideren apropiado, teniendo siempre presente que los recursos generados por la obra deben destinarse prioritariamente a la cancelación de los costos y gastos de construcción y mercadeo, podrán hacerse anticipos a cuenta de utilidades.

**AVANCE DE LA OBRA:** Cada treinta (30) días, el GESTOR remitirá al PARTICIPE INACTIVO un informe detallado sobre el avance de las obras, sobre novedades y modificaciones, de tal forma que con tales relaciones el PARTICIPE INACTIVO tenga suficiente información para evaluar situaciones y progresos. Las actas de las reuniones periódicas no reemplazan tal informe.

**MODIFICACIONES:** Cualesquiera cambios en el contrato deberán constar por escrito suscrito por las partes.

**IMPUESTOS:** Los impuestos nacionales, departamentales y municipales causados por la construcción y venta de los apartamentos son gastos propios del proyecto. Cada año, las partes analizarán la incidencia que el movimiento de las cuentas originadas en este contrato tiene en los impuestos de renta y complementarios de EL GESTOR con el fin de convenir que sumas involucradas en tales impuestos deben tratarse como gastos propios del proyecto.

**ACCIONES:** Los terceros solamente tendrán acción contra el GESTOR; y el PARTICIPE INACTIVO carecerá de acción contra los terceros.

**NORMATIVIDAD:** En lo que sean compatibles, se aplicarán a este contrato las normas del Código de Comercio que regulan las cuentas en Participación (Arts. 507 a 514) y las sociedades Comanditarias Simples (Arts. 323 a 342).

**CLAUSULA COMPROMISORIA:** Las diferencias que se presenten entre las partes como consecuencia del contrato, en sus etapas de ejecución o de liquidación, serán dirimidas en conciencia por un Arbitro designado de común acuerdo; de no producirse tal nombramiento por las partes, la designación se hará por la Cámara de Comercio de Medellín. El Arbitro podrá conciliar pretensiones opuestas.

**DIRECCIONES:** Para todos los efectos las partes consignan las siguientes direcciones: GESTOR: carrera 37 N° 8-05, Medellín; PARTICIPE INACTIVO, calle 51 N° 148-92, Oficina 401, Medellín.

**EJEMPLARES:** Se firman sendos ejemplares originales para las partes, inicialados en todas sus páginas.