

S-2022

Proceso:

Demandantes:

Demandada:

Radicado:

Asunto:

Tema:

Verbal

José Nelson Uribe Duque

María Cristina Ruiz Vanegas, Juan Daniel y María Paulina Pereira Ruiz

05001 31 03 008 2018 0246 01

Confirma sentencia impugnada

Requisitos de la sociedad mercantil de hecho.

**TRIBUNAL SUPERIOR  
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN  
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, quince (15) de febrero del dos mil veintidós (2022).

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia de fecha 16 de marzo del año 2021, mediante la cual, el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín dirimió la controversia dentro del proceso Verbal con pretensión declarativa de Sociedad Comercial de Hecho, promovida por José Nelson Uribe Duque en contra de María cristina Ruiz Vanegas, Juan Daniel y María paulina Pereira Ruiz y demás herederos determinados e indeterminados.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones.** Como pretensiones solicitó el actor declarar que César Antonio Pereira Rivera incumplió a José Nelson Uribe Duque el contrato de sociedad mercantil de hecho, consistente en la costumbre mercantil que existe en Antioquia sobre la entrega de ganado en utilidades. Como consecuencia, se declare que la cónyuge supérstite y los hijos del señor Pereira aquí demandados, están obligados a pagarle la suma de \$264.165.260.85, producto del ganado entregado a utilidades y las liquidaciones sobre las utilidades que quedaron pendientes. La cifra cobrada la discrimina por factores así: \$126.557.747 de capital y \$127.607.513.85 por utilidades en un 45%. Pidió el reajuste monetario a partir del 7 de abril del 2015 y la condena en costas.

**2. Hechos de la demanda.** Los hechos de la demanda se compendian así: **a)** que existe una costumbre mercantil en el negocio de la ganadería, misma que consiste en que hay un dueño de finca que recibe ganado a utilidades, por lo que el interesado compra el ganado o lo compra el dueño de la finca con dinero del socio, ganado que se lleva a pastar a la finca del dueño y allí se engorda, luego se vende y se distribuyen

utilidades que oscilan entre el 45 y 60% para el dueño de la finca y el resto para el dueño del capital. Que, en ese mundo de los negocios, el demandante José Nelson Uribe conoció al señor César Antonio Pereira a través del señor Bernardo Peláez, el cual le recomendó aquél para que le entregara a este, ganado a utilidades. Que todo fue muy bien desde el 2011 hasta el año 2015 en que escuchó comentarios en el sentido que el señor César había vendido la finca y también vendió el ganado que era del demandante, por lo que lo citó a reunión y en Carrefour de Las Vegas le confesó privadamente su hoy fallecido socio César Antonio Pereira, que sí había vendido el ganado y se lo iba a pagar, por una cantidad que estimó el mismo Pereira en \$410.130.000.00.

**b)** Que alcanzó a recibir 130.000.0000 como abonos a capital, pero el señor César murió sin cumplir con el pago de lo acordado, que era una suma de \$410.130.000.00, discriminados así: como capital \$254.557.747.00, cifra de la cual el señor César Antonio le hizo abonos en el año 2016 por valor de 130.000.000, pero quedó adeudando 126.557.747, mientras que las utilidades se liquidaron en \$283.572.253, utilidades de las cuales le correspondía en un 55% al señor Pereira en un monto de \$155.964.739.15; mientras que el 45% era del señor Nelson, equivalente a la suma de \$127.607.513.85, por lo que sumado capital y utilidades se adeudan 254.165.260.85 al demandante.

**c)** Que a finales del 2017 César citó a Nelson a reunión en el parqueadero de Carrefour de la 65, a la que asistió Nelson acompañado de su amigo y abogado Henry Sánchez Abaunza, reunión en la que se habló de las cuentas del ganado que se debía y en la que Pereira se comprometió a entregarle en el mes de febrero una buena suma de dinero para abonar a la cuenta, pero César Pereira murió el 12 de febrero sin que pudiera haber hecho el pago.

**d)** Que la sucesión de César Antonio Pereira Rivero se hallaba radicada en el juzgado Quinto Civil municipal y sólo había acudido la cónyuge supérstite y no los hijos, que desconocía el lugar de residencia de los demandados y que no allega conciliación porque no se requiere. Explicó, finalmente, que no hizo juramento estimatorio por el valor adeudado, ya que no está reclamando indemnización, ni frutos ni perjuicios, sino solamente el pago de lo adeudado por concepto del contrato de ganado en utilidades.

**2.1. Actuación procesal.** El Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín admitió la demanda mediante providencia del 19 de junio de 2018, luego de que el actor subsanara los requisitos exigidos mediante providencia del 31 de mayo de esa misma anualidad.

**3. Contestación a la demanda.** María Cristina Ruiz Vanegas, Juan Manuel y María paulina Pereira Ruiz otorgaron poder al mismo abogado, el cual contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y sobre los hechos expuso que no le constan y exigió su prueba. Que la costumbre mercantil no la conocen y no se allegó certificado de cámara de comercio sobre su existencia; que el hecho dos no es un hecho sino una narración subjetiva.

No les consta la entrega de dinero de Nelson a César Pereira y no entienden cómo no hay documentos que lo comprueben. Que en cuanto las cuentas que presenta el demandante fueron elaboradas por él mismo sin firma del señor Pereira, lo que no resulta ser una prueba de lo que afirma y que tampoco se demuestra cuándo y cómo fue que el señor César citó al señor Nelson a una reunión en Carrefour; además, que si bien en las cuentas que se presentan se menciona que para el 7 de abril del 2015 el kilo estaba a \$3.750, sin embargo, no se especifica el kilo de qué, pero con base en eso se elabora un documento privado sin firma de César y con fecha del 26 de abril del año 2017, cuando ya éste había fallecido.

Seguidamente, blandió las siguientes excepciones: **i)** inexistencia de la obligación, **ii)** inexistencia de la costumbre mercantil, **iii)** mala fe, **iv)** compensación, **v)** prescripción y la **vi)** genérica.

**4. De la sentencia.** En audiencia la juez del caso empezó por hacer un resumen de la demanda y su contestación, para luego abordar el tema sobre los requisitos de la responsabilidad Civil contractual, para lo cual explicó que aquí debe haber prueba del contrato, para luego averiguar si César Antonio Pereira Rivera incumplió dicho contrato, esto es, para saber qué ganado fue entregado a utilidad y qué obligaciones quedaron pendientes, así como determinar el nexo causal entre el incumplimiento y el daño, para lo cual se apoyó en el art. 1602 del C Civil y en la SC1380/2018 de la Sala Civil dela CSJ.

Luego se ocupó de analizar los requisitos de la Sociedad creada por los hechos y trajo a cita la jurisprudencia y doctrina sobre qué es esa figura, para advertir que si

la sociedad no reúne los requisitos legales será de hecho y también lo será cuando no se constituye legalmente (art. 499 a 501 C de Comercio).

En cuanto al ánimo de asociarse, los aportes comunes y la actividad común que deriva en un ánimo *lucrandi*, explicó que –según el demandante–, la sociedad alegada se conformó de acuerdo con la costumbre mercantil amparada en el art. 3 del Co. de Comercio, sin embargo, concluyó que ninguna costumbre mercantil quedó acreditada. Ya pasó abordar las pruebas y en cuanto los testimonios aclaró que había unos directos y otros de oídas. Que era evidente cómo Bernardo puso en contacto a las partes y Vásquez se encargaba de transportar el ganado, pruebas que estimó suficientes de cara a la demostración de la existencia de la sociedad de hecho, de la cual se desprende que realmente Nelson **“tuvo ganados a utilidad con César”**. Que Nelson aportaba la plata para la compra de ganado y César aportaba la finca y cuando se vendía el ganado se liquidaban y pagaban las utilidades, pero no sabe cómo funcionó, aunque aclara que normalmente el 45% de las utilidades son para el dueño del ganado y el 55% para el dueño de la finca. Que según el testigo Vásquez Carvajal como un transportador de ganado y que cuando la sociedad comenzó en 2011 lo contactaron a él. Que el ganado que se compraba era llevado a la finca de César Pereira y éste lo engordaba allí y le suministraba la droga y administraba el ganado, compra de ganado que se hacía con dinero de Nelson y lo pagaban en la oficina de Luis Bernardo Peláez.

Que el Consejo de Estado ha dicho que no puede desecharse el testimonio de oídas, pero su valoración debe ser conjunta. Testigos de oídas de primer y segundo grado.

Recalca que sí existió sociedad desde el año 2011, para luego pasar a evaluar el incumplimiento. Que se oyeron comentarios de que César había vendido la finca y también vendió el ganado para la ciudad de Cartagena; además, que se oyó decir que César tuvo muchos gastos con sus hijas y eso lo llevó a vender el ganado que no era marca de César y éste le confesó a Nelson que ese ganado era de él. Le extrañó que el último lote vendido era del año 2015 y no tenía marca de Nelson.

Que Ricardo Vásquez dijo haber escuchado de unos transportadores que César había vendido ganado para Cartagena y no recuerda la fecha. Que, según Luis Bernardo Peláez y Ricardo Vásquez, es cierto que en el 2015 se vendió ganado en

la feria sin la marca de Nelson y dijeron que este ganado debía ser de Nelson. Que Henry Sánchez presenció la reunión cuando César admitió que le debía ganado a Nelson, por lo que está acreditado un incumplimiento, pero hay que ver el daño cierto y real, para lo cual se fijó en lo manifestado por este testigo, en cuanto expresó que le debía a Nelson 127 millones de capital y 126 millones de ganancias, versión que estimó insuficiente para probar lo adeudado, porque no hay precisión sobre el monto que César le debía a Nelson, por lo que de conformidad con el Art. 201 CGP, dedujo que dicha versión no hace prueba del monto de lo cobrado, porque no se trata de reclamar una indemnización ni un daño sino un incumplimiento de un contrato y en esas condiciones estimó como no cumplidos los presupuestos de la acción y pasó a denegar las pretensiones.

**5. El recurso de apelación.** Concedido el recurso de apelación en primera instancia, el mismo fue admitido por este Tribunal, seguidamente, de conformidad con el artículo 14 del decreto 806 de 2020 se otorgó el término de rigor para la sustentación, el cual recorrió la parte recurrente de la manera como pasa a compendiarse:

**5.1. No podía negarse la condena por falta de prueba en la cuantificación del daño y por eso acusa la sentencia de permitir la mala fe y el enriquecimiento sin causa.** La parte demandante apeló la sentencia y empezó por celebrar el buen tino con que la juez del caso calificó el asunto dentro de un contrato de sociedad mercantil de hecho, mismo que halló probado y del cual dedujo la existencia de perjuicios, pero se duele que la juez haya negado las pretensiones porque no encontró prueba sobre la cuantificación del perjuicio. Para rebatir el juicio de la juez a quo, el cual acusa de permitir la mala fe de las partes y un enriquecimiento sin causa, pues el señor Pereira actuó de mala fe o con DOLO para cometer abuso de confianza, toda vez que vendió el ganado de propiedad del demandante e invirtió el dinero en su beneficio propio, dinero con el cual había compra apartamentos por el sistema Leasing.

**5.2. Sí hay prueba de los perjuicios.** Afirma, que sí hay prueba del perjuicio, el cual resulta de la prueba testimonial condensada en escritos privados que llevaba el mismo Nelson acerca de las liquidaciones sobre el ganado que se compraba, entregaba y liquidaba, en razón a la compañía o sociedad entre las partes. También afianza la prueba del monto debido en los testimonios de Henry Sánchez Abauza, Luis Fernando Peláez y Ricardo Vásquez. Del primero destaca que fue testigo de la

conversación entre el demandante y el señor César Pereira, cuando éste en el parqueadero de Carrefour confesó que le debía al demandante una determinada suma de dinero, habiendo recordado el monto de la misma que coincide con lo que se reclama en la demanda. De Fernando Peláez destaca que éste recordó, debido a la pregunta que le hizo la juez, que la deuda entre el demandante y César Pereira era de 254 y pico de millones **“tal como usted me lo recuerda doctora fueron doscientos cincuenta y cuatro y pico de millones”**. expresión que ni más ni menos indica CONOCIMIENTO; pues si yo digo “me recuerda”, es porque yo la sabía y de pronto (sic) no lo tenía presente, pero con la intervención de la funcionaria lo traje del recuerdo.”

Que también recordó Ricardo Vásquez que la deuda era de más de doscientos cincuenta millones, testigo que da buenas razones y a quien no se le podía exigir que detallara la cifra con centavos. Remata diciendo que la versión del interrogatorio de parte de José Nelson Uribe apoya también el dicho de los testigos, porque éste detalló uno a uno los conceptos por los cuales resultó esa cifra que le adeuda el señor Pereira. Prueba de confesión que la parte demandada no desvirtuó.

Luego hace alusión a la prueba indiciaria, misma que para el apelante es abundante para demostrar la existencia de la sociedad de hecho y del monto de lo adeudado, basándose en los arts. 240 y 241 del CGP, en concurso con el art. 96 ibidem, porque si bien adujo la demandada en su contestación que no le constan los hechos de la demanda, sin embargo, no mencionó los hechos para ratificarlo y por eso deben tenerse por ciertos.

**5.3. Se debe tomar como monto del perjuicio el juramento estimatorio.** Luego, se refirió al juramento estimatorio, el cual debió tomarse como prueba del valor de las pretensiones y, por último, alegó que están prohibidas las condenas en abstracto, pues a pesar de que la juez halló prueba del contrato y de su incumplimiento, sin embargo, negó las pretensiones por faltar la prueba sobre el monto del perjuicio, lo que imponía entonces decretar una prueba para demostrarlo.

Ahora el proceso se pone en punto de definiciones propias de la segunda instancia y a ello se procede, previas las siguientes,

## **II. CONSIDERACIONES**



**1. Presupuestos procesales.** Los presupuestos procesales se encuentran reunidos y, por consiguiente, el Tribunal ha adquirido competencia para desatar el recurso de apelación.

Ha de pasar el Tribunal entonces al objeto de la alzada, que se concreta llanamente en cuanto el apoderado judicial de la demandante no comparte la sentencia acusada, porque si bien la juez *a quo* reconoció la existencia de una sociedad de hecho, sin embargo, le negó el reconocimiento del pago del capital y las utilidades que le correspondían al demandante.

Veamos entonces algunas consideraciones acerca del instituto jurídico en cuestión:

**2. Requisitos para la existencia y declaración de una sociedad mercantil de hecho.** Desde la casación del 30 de noviembre de 1935 con ponencia del H. Magistrado Eduardo Zuleta Angel, la Corte hizo un importantísimo aporte sobre la claridad y diferencia entre las sociedades de hecho que se originan por consentimiento expreso y otras por consentimiento tácito, destacándose también sus requisitos, jurisprudencia que hoy día sigue más vigente que antes y de la cual se citan los siguientes apartes:

*“Las sociedades de hecho se dividen en dos clases, así: Primera. —Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan para la categoría de tales. Segunda. —Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.*

*Contra el reconocimiento de las sociedades de hecho de la segunda clase que los expositores llaman sociedades creadas de hecho o por los hechos, no puede alegarse que la sociedad es un contrato que no se forma sino por manifestaciones recíprocas y concordantes de la voluntad de las partes y que este elemento fundamental no existe en esas denominadas sociedades creadas de hecho: en éstas tal acuerdo no falta; lo que acontece es que se acredita por medio de una presunción.*

*De las circunstancias de hecho se induce el consentimiento que puede ser tácito o implícito.*

*Se presumirá ese consentimiento; se inducirá de los hechos, el contrato implícito de sociedad, y se deberá, en consecuencia, admitir o reconocer la sociedad creada de “hecho”, cuando la aludida colaboración de varias personas en una misma explotación reúna las siguientes condiciones:*

*1º—Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2º—Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3º—Que la colaboración entre ellos se desarrolló en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa;*

4º—Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios.

*La circunstancia de que se haya empleado una denominación social o una razón social, o de que, en una u otra forma, se les haya hecho creer a terceros que existe una sociedad, es importantísima cuando se trata de acciones de esos terceros contra los asociados o contra la sociedad' o viceversa, pero en lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí, tal circunstancia no tiene mayor trascendencia: el que no se haya empleado una razón social o una denominación social y el que no haya habido ante terceros apariencia de sociedad, ni impide ni dificulta que se reconozca como existente, por presunción o deducción, la sociedad creada de hecho, para lo concerniente a las relaciones de los socios entre sí"*

*Art. 498 del C de Co., preceptúa: "la sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. Su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley". Y el Art. 499 ibídem dispone: "la sociedad de hecho no es persona jurídica. Por consiguiente, los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o cargo de todos los socios de hecho".*

*El art. 505 del mismo código refiere que "Cada uno de los asociados podrá pedir en cualquier tiempo que se haga la liquidación de la sociedad de hecho y que se liquide y pague su participación en ella y los demás asociados estarán obligados a proceder a dicha liquidación".*

*Cualquier sociedad que se forme, así sea por los hechos, debe estar precedida de un acuerdo de voluntades que puede ser expreso o tácito y precisamente en las de hecho puede llegar a presumirse, el cual debe reunir los requisitos generales que exige el art. 1502 del C.C., como son: consentimiento, capacidad, objeto y causa lícitas y los previstos en el artículo 98 del C. de comercio que dispone: "Por el contrato de sociedades dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social."*

**2.1.** Son requisitos de validez y existencia de la sociedad de acuerdo con la ley, la jurisprudencia y la doctrina, los siguientes: **i).** Número plural de personas; **ii).** Aporte a la sociedad en dinero, especie o industria; **iii).** Persecución de un beneficio común; **iv).** Reparto de ganancias o pérdidas y, **v).** Affectio Societatis o ánimo de asociación o animus contrahendi societatis.

**2.2.** Respecto del procedimiento especial a seguir en este caso se distinguen dos etapas: **Una primera** que comprende un proceso declarativo, cuyo objeto es discutir y resolver si existe la sociedad que se alega –validez y eficacia del contrato social- y si es positiva, termina con sentencia en la cual se declara disuelta la sociedad, se ordena su liquidación y, la inscripción de aquella en el competente registro y la publicación de la parte resolutive art. 628 a 630 del C. de P. Civil Hoy 524 y Ss. CGP).

La **segunda etapa**, donde se asume el carácter de ejecución de la sentencia con que culminó la anterior, con la cual se busca determinar cuáles son los bienes partibles, el pasivo común y el monto de lo que a cada socio corresponde (art. 631 a 643 de P. Civil hoy 530 y Ss. CGP). Esta etapa final o sea la de distribución del saldo



líquido entre los socios, termina con la sentencia aprobatoria del trabajo de participación (C.S.J. Cas.8 de julio de 1976. G.J.CLII Pag. 243).

**3. Del caso concreto.** Para empezar, llama mucho la atención que la parte demandante haya sostenido con vehemencia desde un principio en la demanda y cuando se le requirió para que la subsanara -entre otras cosas-, para que presentara el juramento estimatorio, que no estaba reclamando perjuicios sino el pago de la liquidación de una sociedad de hecho y por eso creía que no era necesario presentar el monto requerido a manera de juramento estimatorio, porque no cabía esa liquidación y pago reclamado dentro de los ítems exigidos para el juramento estimatorio, pues: “Explicó, que no hizo juramento estimatorio por el valor adeudado, ya que no está reclamando indemnización, ni frutos ni perjuicios, sino solamente el pago de lo adeudado por concepto del contrato de ganado en utilidades”, aunque de todas manera cumplió con ese requerimiento, pero, curiosamente, ahora en la segunda instancia, cuando la juez declaró la existencia de la sociedad de hecho, pero denegó las condenas reclamadas, con independencia de que esa decisión pueda ser coherente y acertada o no, viene ahora sí el demandante a reclamar perjuicios, cosa que no se puede admitir, pues no puede sorprender a su contraparte reclamando unos perjuicios que nunca pidió con la demanda en sus pretensiones, ni en los hechos de la demanda, sino que lo que reclama es que se le pague una cifra concreta que estima en la modalidad de capital aportado y ganancias que le correspondían en la liquidación del contrato, luego de la venta de un ganado, pretensión que por su naturaleza no encierra una reclamación de perjuicios, sino que es producto de una reclamación por liquidación de un contrato.

Tampoco es cierto que la juez del caso haya negado el pago de perjuicios, puesto que lo negado fue la condena por suma exigida, para lo cual se basó la juez en que el testimonio de Henry Sánchez no era suficiente para demostrarlo, porque si bien presenció la reunión cuando César admitió que le debía ganado a Nelson y ahí está demostrada la prueba de un incumplimiento, no obstante, expresó que había que ver el daño cierto y real, para lo cual se fijó en lo manifestado por este testigo, en cuanto expresó que le debía a Nelson 127 millones de capital y 126 millones de ganancias, versión que **estimó insuficiente** para probar lo adeudado, porque no hay precisión sobre el monto que César le debía a Nelson y, de conformidad con el Art. 201 CGP, dedujo que dicha versión no hace prueba del monto de lo cobrado, porque no se trata de reclamar una indemnización ni un daño sino un incumplimiento de un contrato y

en esas condiciones estimó como no cumplidos los presupuestos de la acción y pasó a denegar las pretensiones.

Esta determinación de la funcionaria, si bien es confusa e incoherente porque si la juez halló probado una sociedad de hecho, luego, entonces, lo que cabía era declararla y abrir el espacio para la segunda etapa sobre su ejecución y liquidación, aunque para el Tribunal no hay prueba de una sociedad de hecho, sino que las pruebas muestran es un contrato en la modalidad de **“CUENTAS EN PARTICIPACIÓN”**, hecho que de todas maneras tampoco habilita ahora al Tribunal distraerse con una supuesta estimación de perjuicios que está por fuera de la contienda y, por eso, la atención toda será puesta en las cifras que hayan sido probadas en la liquidación del contrato y nada más.

Es que si se tratara de una indemnización de perjuicios nacida en el incumplimiento de un contrato, le correspondía al demandante haber pedido y probado que el no pago de la liquidación del contrato que ya se había hecho en forma verbal le trajo consecuencias o pérdidas de tipo económico y eso conllevaba que el demandante demostrara cómo se perjudicó económicamente por el no pago que haya dejado de hacerle el señor César Pereira, esto es, si por esa razón dejó de comprar más ganado para obtener más ganancias o qué otros perjuicios pudo ocasionarle el no pago de esa liquidación del contrato, ya que solamente está solicitando que se le pague el capital y las utilidades de un contrato ya terminado y liquidado en forma verbal, lo que no encierra técnicamente el concepto de perjuicios y de ahí que, el concepto de juramento estimatorio resulte inane para esta ocasión, como pasa a explicarse.

### 3.1. El CGP en su artículo 206 define así el juramento estimatorio:

*“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

*Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación*

similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

**3.2.** Sobre el punto, en un reciente auto con ponencia del Dr. **AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, AC791-2020, Radicación n° 41298-31-03-001-2014-00033-01**, del seis (6) de marzo de dos mil veinte (2020), la Corte Suprema fue enfática en advertir que el juramento estimatorio solamente está previsto para los conceptos que taxativamente expone el art. 206 del CGP, esto es, para el reclamo de perjuicios, compensaciones, cobro de frutos y mejoras y nada más. Así lo admitió la Corte:

“El tribunal partió de una premisa fundante consistente, como bien se expuso en el embate, que «la pretensión de declaración de lesión enorme no es de carácter indemnizatorio ni busca con ella el pago de frutos, mejoras o compensaciones, sino que está orientada a reestablecer el equilibrio contractual en los términos del artículo 1947 del Código Civil”, la que no se refuta en la acusación, quedando excluida de la reclamación casacional.

Ahora bien, el ad quem no hizo mención probatoria alguna respecto del juramento estimatorio como medio suasivo para determinar el valor real del inmueble vendido, prácticamente lo ignoró.

Siendo así, la censura casacional debió comenzar por rebatir esa apreciación jurídica del juzgador plural y demostrar que la fijación del precio del inmueble objeto del contrato de compraventa era posible realizarse legalmente por conducto del juramento estimatorio vertido en el escrito de iniciación del proceso, atendiendo la naturaleza de las pretensiones suplicadas en el libelo introductor, falencia que se divisa en el reproche examinado.

A más de lo señalado en procedencia, era labor del casacionista exponer argumentadamente por qué el juramento estimatorio era suficiente y conducente legalmente para avaluar el predio “Santa Rita” comprado por la demandada al actor, dato que brilla por su ausencia en el desarrollo argumental del cargo cuarto.

Con todo, ningún yerro puede endilgársele al tribunal por no haber valorado el juramento estimatorio si conforme al artículo 206 del CGP, este es conducente solamente cuando «se pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras...», y no se contempla en los supuestos normativos antecedentemente reseñados la viabilidad de su utilización para avalúos de bienes; de haber obrado en el sentido requerido por el recurrente, la colegiatura cognoscente hubiese incurrido en un error de derecho.

**3.3.** En el mismo sentido se ha pronunciado el autor Hernán Fabio López Blanco, quien señala que solamente como juramento estimatorio se pueden estimar perjuicios derivados del *“reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”* y **no otra clase de pretensiones**, como por ejemplo pagos de cláusulas penales, perjuicios extrapatrimoniales, multas o sumas adecuadas que no provengan de los conceptos antes expresados. (López Blanco, 2017).

**3.4.** Siguiendo esa línea, con ponencia del Dr. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, en SC876-2018, Radicación n.º 11001-31-03-017-2012-00624-01, la Sala de Casación Civil de la CSJ, en sentencia del veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018), expresó sobre el juramento estimatorio:

*“Además, aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, tal acto no relevaba a los actores de acreditar la existencia del perjuicio. La prueba del incumplimiento y del menoscabo derivado del mismo era necesaria para la estimación de las pretensiones. Incluso, el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso establece una sanción al litigante **«...en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios...»**, ello con el condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013<sup>1</sup>.*

*En tal orden, y ante la falta de demostración del incumplimiento imputado a la parte demandada por los conceptos aludidos, debía negarse el petitum, tal y como lo hizo el Tribunal.*

**3.5. Aquí no tiene cabida como prueba el juramento estimatorio que se realizó en el escrito de demanda.** Que distinto fuera que el demandante hubiere enfocado el asunto a través de un proceso de rendición provocada de cuentas del art. 379 numeral 1º, en donde se le exige estimar bajo juramento en la demanda lo que se le adeude o estime deber, pero aquí no fue nunca esa su intención, puesto que aunque equivocado en apreciar que había conformado con el señor César Pereira una sociedad comercial de hecho, cuando en la realidad lo que se aprecia por el Tribunal

<sup>1</sup> Según dicha Corporación, la norma es exequible: *«bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado».*

es un contrato de cuentas en participación -como se verá-, de todas maneras siempre fue certero el demandante en advertir que ya el contrato había sido terminado y liquidado de mutuo acuerdo con el señor Pereira y, ahora, solamente está exigiendo que se declare la existencia del contrato y se condene en su favor al pago del capital y las utilidades que ya se habían establecido, concepto que queda por fuera de los ítems o modalidades que consagra el art. 206 del CGP para la exigencia del juramento estimatorio, a lo que se suma que no es solamente la falta de prueba del valor de la liquidación del contrato lo que se echa de menos, sino que faltó la prueba del capital aportado o al menos del número de cabezas de ganado que faltaban por liquidar, prueba de la naturaleza y contenido de la pretensión que es de la carga exclusiva del demandante y nunca hace parte del deber del juez.

Adicionalmente, tampoco resulta conducente lo que pretende el apelante, en cuanto que como no hubo objeción del juramento estimatorio por parte de los demandados, debe admitirse el pago de capital y utilidades calculado por él en la demanda, pues, de un lado, no solo que los demandados no tenían la carga procesal de objetar dicho juramento, pues ya se dijo que para este caso no cabía el juramento estimatorio, pero si en gracia de discusión se admitiera que sí, de todas maneras se podría entender que los demandados sí objetaron dicho juramento, pues, no podían menos que exigir la prueba de que ese dinero lo había quedado adeudando el señor César Pereira, ya que ellos no estaban enterados al detalle de los negocios entre Nelson y César y por eso desecharon las cuentas que en documento privado escrito presentó el señor Nelson en la demanda, advirtiéndole que esas cuentas que presentó nada probaban sobre lo que se cobraba, ya que se elaboró un documento privado sin firma de César y con fecha del 26 de abril del año 2017, cuando ya éste había fallecido, sin que sea cierto que en el presente caso hubiera tenido la juez del caso el deber de decretar pruebas de oficio, puesto que ya se ha dicho hasta el cansancio que aquí no se trata de una pretensión de reclamación de perjuicios y por esa razón fundamental es que queda despachado en forma negativa a los intereses del apelante el cargo sobre el juramento estimatorio y el deber de decretar pruebas de oficio.

**4. Interpretación de la demanda, de cara al principio de la *no reformatio in pejus*, con un fuerte apoyo en la constitucionalización del derecho privado.** Averiguado está que cuando un asunto llega al Tribunal a objeto de que se surta el



recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, la competencia para conocer del mismo está delimitada por los precisos puntos objeto de reparo propuestos por el impugnante contra la decisión acusada, pues se entiende son éstos y no otros los que le perjudican y por ello, busca su quiebre. Dicho de otro modo, por vía de resolver el recurso de apelación no es posible hacer más gravosa -por vía de principio- la situación del apelante único, conforme lo manda la regla 328 del Código General del Proceso, *“salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla”*. Es el principio de la prohibición de la no reforma en peor.

**4.1.** Acerca del principio de la *no reformatio in pejus*, ha dicho la Corte Constitucional:

*"El principio non reformatio in pejus puede catalogarse como "una manifestación del principio de congruencia, según el cual las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum'. Es decir, que para que el juez de segundo grado pueda pronunciarse, no sólo debe mediar un recurso válido, sino que él debe ser presentado por parte legítima, esto es, aquélla que padezca un perjuicio o invoque un agravio y persevere en el recurso. En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, tratándose de apelante único, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional..."<sup>2</sup>*

Por consiguiente, si bien se ha circunscrito el aludido principio a una manifestación del principio de congruencia, el cual exige que la sentencia debe ceñirse a las pretensiones de la demanda, no es menos cierto que la sentencia debe ser congruente con los hechos de la demanda y, justamente, por ello es conocida la doctrina que establece que es un deber del juez interpretar la demanda de forma



integral, para no sacrificar el derecho sustancial, sobreponiéndole las formas del ritualismo excesivo.

**4.2.** En efecto, la Corte Constitucional, dentro de su profusa jurisprudencia, ha decantado como principio orientador de la administración de justicia, el deber de los jueces de buscar que las sentencias se basen en una verdad judicial que se acerque lo más posible a la verdad real en tanto que, puede irrumpir en una vía de hecho: *“...cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y aplicación mecánica de las formas, renuncia **conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de prevalencia del derecho sustancial...**”<sup>3</sup>*

En este designio propio del ejercicio de la función juzgadora, la Corte Constitucional en sentencia **SU768-14**, explica los alcances que tiene la potestad de dirección de un proceso judicial en torno a solucionar las disputas y conflictos que se someten a su conocimiento, para el efecto indica que si bien es cierto *“...la iniciativa de las partes la que desde esta visión prevalece y determina el rumbo del proceso judicial. Son ellas las que disponen del derecho. Este sistema se caracteriza por los siguientes principios: (i) el juez no puede iniciar de oficio (nemo jure sine actore); (ii) el juez no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (quod non est in actis non est in mundo); (iii) el juez debe tener por ciertos los hechos en que las partes estén de acuerdo (ubi partis sunt conoerdes nihil ab iudicem); (iv) la sentencia debe ser de acuerdo con lo alegado y probado (secundum allegata et probata); (v) el juez no puede condenar a más ni a otra cosa que la pedida en la demanda (en eat ultra petita partium)”<sup>4</sup>.*

**4.3.** De otro lado reclama un papel activo del juez, dispuesto a investigar la verdad material para efecto de brindar al proceso una salida acorde a la justicia y la ley, explica entonces la autoridad constitucional

*“La preocupación por la pasividad del juez y el interés por alcanzar decisiones justas, no solo medidas por el rasero del procedimiento formal sino consultando la realidad de las partes, conllevó a una paulatina reformulación del papel del funcionario judicial, quien dejó de ser un espectador pasivo para convertirse en un verdadero protagonista en la realización de los fines públicos del proceso. Un funcionario dispuesto a investigar la verdad, prescindiendo incluso de la actividad de las partes. Por tanto, facultado para iniciar oficiosamente el proceso, decretar*

<sup>3</sup> Sentencia T-268 de 2010

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

*pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio tendiente a buscar la verdad<sup>5</sup>.*

*La mejor muestra en nuestro país de la tendencia hacia el abandono del sistema dispositivo puro y de la incorporación de facultades inquisitivas del juez, que permiten calificar de mixto al proceso civil colombiano<sup>6</sup>, llegó con el Código de Procedimiento Civil de 1970<sup>7</sup>, cuyo artículo 2° rezaba:*

*“Artículo 2. Iniciación e impulso de los procesos. Los procesos sólo podrán iniciarse por demanda de parte, salvo los que la ley autoriza promover de oficio.*

*Con excepción de los casos expresamente señalados en la ley, los jueces deben adelantar los procesos por sí mismos y son responsables de cualquier demora que ocurra en ellos, si es ocasionada por negligencia suya”.*

*(...)*

*Lo que resulta cierto, en todo caso, aunque nuestro ordenamiento permita un sistema mixto<sup>8</sup>, es que los jueces de la República “son los primeros llamados a ejercer una función directiva en la conducción de los procesos a su cargo, para lo cual el Legislador les ha otorgado la potestad de asegurar, por todos los medios legítimos a su alcance, que las diferentes actuaciones se lleven a cabo”<sup>9</sup>. En el marco del Estado social y democrático de derecho constituido para la realización de un orden justo, se reclama un mayor dinamismo del juez y una especial sensibilidad con la realidad viviente que le rodea.*

*(...)*

*El Juez del Estado social de derecho es uno que ha dejado de ser el “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”<sup>10</sup>, convirtiéndose en el funcionario -sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales<sup>11</sup>. El Juez que reclama el pueblo colombiano a través de su Carta Política ha sido encomendado con dos tareas imperiosas: (i) la obtención del derecho sustancial y (ii) la búsqueda de la verdad. Estos dos mandatos, a su vez, constituyen el ideal de la justicia material.*

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-874 de 2003.

<sup>7</sup> Decreto 1400 de 1970.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-264 de 2009 y T-213 de 2012

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-713 de 2008.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009.

*Bajo los principios de la nueva Constitución se considera que la justicia se logra precisamente mediante la aplicación de la ley sustancial. Ahora bien, “no se puede perder de vista que una sentencia justa solo se alcanza si el juez parte de una base de conocimiento que pueda considerarse, en cierta medida, verdadera, lo que le impone la obligación de hallar el equilibrio perfecto entre la búsqueda del valor de la verdad y la efectividad del derecho material”<sup>12</sup>. De esta manera, aunque no sea posible ontológicamente establecer un acuerdo sobre qué es la verdad y si esta es siquiera alcanzable, jurídicamente “la aproximación a la verdad es un fin, un principio y un derecho constitucional que se impone a las autoridades y a los particulares”<sup>13</sup>.*

*Así las cosas, el marco filosófico de la Constitución Política de 1991 convoca y empodera a los jueces de la República como los primeros llamados a ejercer una función directiva del proceso, tendiente a materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial, y con ello la realización de la justicia material.*

**4.4.** Bajo este contexto jurisprudencial, hemos de advertir que no siempre la demanda es clara, que a veces contiene contradicciones, por ejemplo: **i)** se yerra abiertamente al indicar las fuentes formales (normas, jurisprudencia, doctrina...) que le sirven de fundamento a las pretensiones: los fundamentos de derecho, **ii)** se pretende un derecho superior del que realmente se establece a partir de los hechos narrados; o, como ocurre en este caso **iii) se invoca una acción con miras a acreditar la existencia de determinado vínculo contractual, pero, a renglón seguido, surgen como hechos fundamento de la demanda los “supuestos de hecho” de otro tipo de contrato, cuyo ejercicio de tipificación, le corresponde al sentenciador sacar a la luz**, precisamente, dado ese deber que la asiste de desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda, por supuesto, sin ir a distorsionarla o terminar reconstruyendo las pretensiones o, peor aún, sin ir a lesionar los derechos del apelante único o el de contradicción de su antagonista.

**4.5.** De este modo, una interpretación exegética de la demanda, con insoslayable rigor procesal, arriesgaría la incoherencia de la pretensión con la *causa petendi*, cuyo estudio detallado sacaría a relucir un escenario contractual distinto al solicitado en la demanda y que, incluso, fuera reconocido erróneamente por la funcionaria judicial, quien, de haber auscultado la real voluntad de los contratantes en la profundidad

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-213 de 2012.

<sup>13</sup> Corte Constitucional, C-396 de 2007.

fáctica de la demanda, hubiera atribuido un sentido a su comportamiento recíproco para hacer obrar el contrato de cuentas en participación, pues, en verdad, ese es el verdadero contrato que se celebró entre los señores Nelson y César Pereira. Pero a estas alturas, como tal labor de depuración no se hizo, no queda más alternativa al Tribunal que realizar una interpretación de la demanda en pro de buscar en palabras de la Honorable Corte Constitucional, una decisión que consulte la realidad, sin que ese cambio de rótulo contractual pueda afectar en lo más mínimo las formas propias del juicio o que ponga en vilo la garantía de la no reforma en peor.

**4.6.** Pues bien, al dar ese paso sobre el estudio de la demanda que el Juzgado no dio, por lo menos, en debida forma, el Tribunal encuentra que, para este caso, es necesario transitar argumentativamente diferentes institutos jurídicos, principalmente, las cuentas en participación y las reglas de interpretación de los contratos, para de ahí pasar a responder los interrogantes que encierran la presente controversia, como son: ¿El dinero que entregó José Nelson Uribe Duque a César Antonio Pereira Rivera se hizo a manera de aportes a una sociedad o como participación en un negocio de compra y venta de ganado, compartiendo así como aportante pasivo el riesgo de pérdidas o una ganancia de utilidades con los aportantes activos?

**5. Interpretación de la demanda.** En la actualidad, no se discute que al sentenciador le asiste el deber de interpretar la demanda “...cuando esta es oscura e imprecisa, en aras de desentrañar la pretensión en ella contenida, sin que tal facultad llegue al extremo de enmendar desaciertos de fondo, o de resolver pretensiones no propuestas o decidir sobre hechos no invocados...”<sup>14</sup>, ello, con el fin examinar el contenido integral de aquella pieza, para identificar la razón y la naturaleza del derecho sustancial que se quiere hacer valer, ya que, en ciertas ocasiones, puede evidenciarse que el *petitum* contiene proposiciones jurídicas contradictorias o incompatibles con la intención del demandante, las cuales vienen relacionadas en los presupuestos fácticos del libelo -*causa petendi*-, lo cual es disipable acudiendo al sentido normativo, lógico y racional que les corresponde, todo, **independiente de que aquel salga favorecido o no en la labor hermenéutica de rigor.**

<sup>14</sup> Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en el fallo de 21 de enero de 2000, expediente 5346.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó que: “...en razón del postulado “*da mihi factum et dabo tibi ius*” los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, **porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda -la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso-, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial**”. (CSJ SC13630-2015, 7 Oct. 2015, Rad. 2009-00042-01)<sup>15</sup> —se resalta—.

**5.1.** En efecto, estima la Sala que la forma en la cual se redactó la demanda y sus pretensiones no conlleva una formulación ideal del libelo que permita toda la claridad posible, pues tal y como se redactó existe cierta dificultad para identificar en concreto el tipo de acción que se está ejerciendo, ya que, por un lado y, si se atiende la semántica del lenguaje empleado, se podría deducir que la acción incoada no solo mira hacia una sociedad de hecho, sino que también lo hace hacia una colaboración comercial denominada contrato de cuentas en participación, pero lo que más confunde, es que también mira hacia una rendición de cuentas; sin embargo, un estudio tranquilo y pausado de los hechos y las pretensiones habrían permitido deducir que la acción incoada en cuanto la pretensión principal no es otra que la terminación y liquidación de un contrato de **“cuentas en participación bajo la modalidad de compra y venta de ganado a utilidades.”**

Es de anotarse que, aunque la funcionaria de primer grado dirimió el asunto bajo la modalidad de una supuesta sociedad comercial de hecho porque así fue invocada en la demanda, dejó de auscultar el verdadero contrato o relación comercial trenzada entre Nelson y César Pereira, pero, de todas maneras, eso no le impide ahora al Tribunal hacer uso de una correcta hermenéutica para tipificar el asunto bajo el rótulo de un contrato de ***“Cuentas en participación”***, como pasa hacerse.

**5.2. Del contrato de cuentas en participación.** El tribunal empieza por citar in extenso un autorizado artículo denominado **“El contrato de cuentas en participación y algunos de sus problemas jurídicos más relevantes en el Derecho colombiano”**, publicado en la **REVISTA FORO DERECHO MERCANTIL N°:56, JUL.-SEP./2017, PÁGS. 7-49, por Camilo Posada Torres**, el cual nos servirá de guía para el entendimiento de esta modalidad *contractual aplicable al presente caso*.

<sup>15</sup> Citada en sentencia de tutela CSJ STC 6507-2017 M. P. Ariel Salazar Ramírez.



### *“I. Naturaleza jurídica del contrato de cuentas en participación”*

La pregunta que acá se propone resolver es: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del contrato de cuentas en participación? Para contestar satisfactoriamente dicho cuestionamiento, parece pertinente remitirse a las dos tesis que ha desarrollado la doctrina al respecto: de acuerdo con la primera posición, se considera que se trata de un contrato de colaboración<sup>(1)</sup>, esto es, un acuerdo de voluntades plurilateral, en el cual los intereses individuales de los contratantes no son recíprocos entre sí, sino que, por el contrario, son comunes porque están encaminados a lograr el mismo propósito<sup>(2)</sup>, siendo el deber de cooperación entre las partes esencial para la satisfacción de sus intereses comunes<sup>(3)</sup>.

La otra posición doctrinaria sostiene que, el contrato de cuentas en participación es un contrato de cambio, el cual se caracteriza porque los intereses de las partes son recíprocos entre sí y no están dirigidos a la consecución de un fin en común<sup>(4)</sup>. En otras palabras, es un acuerdo de voluntades “que procura la circulación de la riqueza (bienes y servicios), ya sea dando un bien por otro, do ut des (...), ya sea dando un bien a cambio de un hacer o servicio, do ut facias (...)”<sup>(5)</sup>. Así las cosas, el principal argumento que fundamenta esta tesis doctrinaria consiste en que, los partícipes inactivos invierten dinero o permiten el uso de sus bienes al partícipe activo para el desarrollo de una actividad económica específica a cambio de una compensación aleatoria, fruto de las ganancias obtenidas por dicha inversión<sup>(6)</sup>, siendo la cooperación entre los contratantes un deber secundario a través del cual los contratantes contribuyen entre sí para satisfacer sus intereses individuales recíprocos<sup>(7)</sup>.

En Derecho colombiano tanto la doctrina como la jurisprudencia han acogido la primera tesis, es decir, la que considera al contrato de cuentas en participación como un contrato de colaboración. Sin embargo, la jurisprudencia no ha explicado suficientemente su posición<sup>(8)</sup>; mientras que, la doctrina fundamenta sus razones básicamente en dos argumentos: el primero, por la ubicación de la reglamentación del contrato de cuentas en participación, la cual se encuentra en el Título X dentro del Libro Segundo “De las Sociedades Comerciales” del Código de Comercio, de manera que, comparte los rasgos característicos de los contratos plurilaterales, como contratos de colaboración que son<sup>(9)</sup>, diferenciándose del contrato de sociedad principalmente porque la ley no le otorga el beneficio de la personalidad jurídica<sup>(10)</sup>. Y, el segundo, hace referencia al acuerdo de voluntades de las partes, el cual está dirigido a establecer las reglas a las que ellas se someterán voluntariamente con el fin de satisfacer sus intereses individuales comunes en el desarrollo de una o varias actividades u operaciones de carácter mercantil<sup>(11)</sup>.

(...)

### *II. Función económica del contrato de cuentas en participación*

En un sistema económico capitalista, los empresarios buscan persistentemente ser más eficientes, a propósito del carácter económico que los impulsa a idear e implementar estrategias que les permitan disminuir costos en sus operaciones, con el único fin de acumular mayores riquezas, a partir de la inversión de recursos de terceros y/o propios provenientes de su ahorro o de las ganancias obtenidas de la explotación de sus actividades económicas<sup>(12)</sup>. Dentro de este contexto emerge la importancia que cumple el contrato de cuentas en participación, como un mecanismo jurídico que le permite a los empresarios disponer, según sus necesidades empresariales, de diferentes clases de bienes (incluido el dinero) aportados por inversionistas interesados en sus operaciones de producción y/o comercialización de productos (entendidos como bienes y/o servicios) y en los excedentes que aquellos podrían generar dentro del marco de las actividades económicas que explotan en el mercado.

Es así como el contrato de cuentas en participación le permite al empresario obtener la suma de dinero que requiere e invertirla en el desarrollo de su actividad económica, haciendo partícipes a los contratantes-inversionistas de los riesgos de su actividad y/o de sus operaciones mercantiles, ya que ellos compartirán las utilidades y/o las pérdidas obtenidas en la forma y en la proporción convenida en el acuerdo. Y se constituye como un instrumento jurídico que permite al empresario establecer una eficiente estrategia de manejo de costos porque él solo queda obligado a repartir las ganancias obtenidas con sus contratantes, lo que supone que ellos quedan sometidos al plazo previsto para que las inversiones comiencen a generarlas, de manera que, si no genera ninguna utilidad, el empresario no queda obligado a reconocerles ninguna remuneración económica diferente de esta.

### *III. Concepto y características del contrato de cuentas en participación*

El contrato de cuentas en participación se encuentra definido por el artículo 507 del Código de Comercio colombiano de la siguiente manera: “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, 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”.

Del análisis de la definición legal mencionada, las principales características del contrato de cuentas en participación son las siguientes:

a) **Es un contrato consensual.** Hace referencia a que el contrato de cuentas en participación se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades de las partes sobre sus elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales del contrato, de manera que, la ley comercial no impone ningún requisito de forma ni exige ninguna solemnidad de cuyo cumplimiento dependa su perfeccionamiento<sup>(20)</sup>. Así las cosas, las partes podrán manifestar su voluntad de manera expresa, ya sea verbal, por escrito o de forma tácita y, en todo caso, gozan de libertad para elegir la forma que darán a su acuerdo<sup>(21)</sup>. Normalmente, en la práctica, las partes optan por celebrar el acuerdo por escrito con el fin de facilitar la prueba de su relación jurídica, de las obligaciones contraídas y de los derechos adquiridos con ocasión a su celebración y perfeccionamiento. Sin embargo, cuando lo hacen verbalmente podrán servirse de todos los medios de prueba reconocidos por la ley para demostrar su existencia y la de los efectos jurídicos generados<sup>(22)</sup>; el problema de esta forma del contrato consiste en que los jueces son reacios a declarar responsabilidades por incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes sin una prueba documental del contrato<sup>(23)</sup>.

A partir de esta característica es que se establece una de las principales diferencias entre el contrato de cuentas en participación y el contrato de sociedad, el cual es un contrato solemne porque la ley exige el cumplimiento de una solemnidad como requisito para su perfeccionamiento. Así las cosas, para que se perfeccione alguno de los tipos societarios regulados por el Código de Comercio, el artículo 110 exige que las partes deben manifestar su voluntad en un documento escrito, el cual deberá elevarse a escritura pública. Mientras que, tratándose del régimen societario de las leyes especiales, la Ley 1014 de 2006, en su artículo 22, permite que cualquiera de los tipos societarios regulados por el Código de Comercio se constituyan por documento privado cuando reúnan los siguientes requisitos: el primero, que ninguno de los aportes consista en transferir la propiedad sobre bienes inmuebles; y el segundo, que el capital de la sociedad sea igual o inferior a 500 SMLMV o que tenga menos de diez trabajadores de planta. Y, de acuerdo con la Ley 1258 de 2008 sobre la sociedad por acciones simplificada, el artículo 5º establece que su constitución se podrá hacer por documento privado en todos los casos en que no se realicen aportes en propiedad sobre bienes inmuebles, caso en el cual deberá realizarse por escritura pública<sup>(24)</sup>. En todo caso, en este régimen especial, cuando las partes manifiestan su voluntad de contratar por documento escrito, deben cumplir con un requisito de publicidad inscribiendo la sociedad en el registro mercantil, de manera que, dicha exigencia cumple una función constitutiva<sup>(25)</sup>; mientras que, en el régimen tradicional del Código de Comercio la inscripción de la escritura pública solamente cumple una función declarativa<sup>(26)</sup>.

b) **Es un contrato de tracto sucesivo.** El contrato de cuentas en participación es un contrato de tracto sucesivo porque supone, por un lado, el transcurso de un lapso de tiempo para que se obtengan los resultados positivos o negativos de la actividad económica y/o de las operaciones mercantiles objeto del mismo<sup>(27)</sup>. De esta manera, los contratantes deberán incluir en el contenido del contrato una cláusula que limite en la duración del contrato, no pudiendo dejarla indefinida porque el Derecho es reacio a permitir que las partes queden vinculadas entre sí indefinidamente en el tiempo. Entonces, las partes podrán optar por fijar un lapso determinado expresado en días, semanas, meses o años según la naturaleza de la actividad económica y/o de las operaciones mercantiles objeto del contrato, o podrán acordar unos criterios objetivos de aplicación para fijar la duración del contrato. Igualmente, podrán fijar su duración a través de una condición resolutoria o extintiva<sup>(28)</sup>, que al momento de redactarla deberán tener cuidado para que no aparezca como una condición potestativa<sup>(29)</sup>, la cual es rechazada por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el contrato de cuentas en participación es un contrato de tracto sucesivo porque las obligaciones de las partes se ejecutan de manera periódica y sucesiva durante todo el tiempo de duración del contrato<sup>(30)</sup>. El partícipe activo se obliga principalmente a realizar la gestión de la actividad económica y/o de las operaciones mercantiles objeto del contrato durante la vigencia del mismo, y a rendir periódicamente los informes y cuentas relacionadas con la marcha de los negocios<sup>(31)</sup>. Y, los partícipes inactivos se obligan a realizar los aportes en la forma convenida y a permanecer ocultos frente a terceros, es decir, a no participar en la gestión de los negocios objeto del contrato<sup>(32)</sup> durante el tiempo de su vigencia.

c) **Ausencia de personalidad jurídica.** El contrato de cuentas en participación es una asociación de personas respecto de las cuales el ordenamiento jurídico no le concede el beneficio de la personalidad jurídica<sup>(33)</sup>, razón por la cual no existe el beneficio de la separación patrimonial, característica propia de las sociedades comerciales, y, como consecuencia de ello, carece de los atributos propios de las personas jurídicas, como el nombre, la nacionalidad, el domicilio, la capacidad jurídica y el patrimonio<sup>(34)</sup>, y como consecuencia de ello, el partícipe activo es

considerado el único dueño de la actividad económica y/u operación comercial objeto del mismo<sup>(35)</sup>.

A partir de esta característica se establece otra diferencia fundamental entre el contrato de cuentas en participación y la sociedad comercial, la cual también es considerada como asociación de personas, sin embargo, a diferencia de las cuentas en participación, el ordenamiento jurídico sí le reconoce el beneficio de la personalidad jurídica, de manera que ella goza de los atributos de la personalidad —el nombre, capacidad jurídica, patrimonio propio, nacionalidad y domicilio<sup>(36)</sup>— y, como consecuencia de ello, se presenta la separación de patrimonios de la persona jurídica (sociedad comercial), patrimonio conformado por todos los aportes realizados por los socios, y el de cada uno de los socios individualmente considerados<sup>(37)</sup>.

d) **Es un contrato plurilateral.** De la lectura del artículo 507 del Código de Comercio colombiano se deduce que el contrato de cuentas en participación es un contrato plurilateral porque puede ser celebrado entre dos o más personas, siendo la vinculación de cada una de ellas independiente de las otras<sup>(38)</sup>, aspecto que, por regla general, implica que la nulidad que afecte alguna de las vinculaciones no se transmite a las demás, salvo que sin ella sea imposible ejecutar el objeto del contrato, caso en el cual, la nulidad afectará a la totalidad del contrato<sup>(39)</sup>. Así mismo, en relación con sus efectos jurídicos, sobresale el hecho de que las obligaciones de las partes no son recíprocas entre sí, sino que, por el contrario, ellas persiguen el mismo fin a partir de la agrupación de esfuerzos para la explotación de una actividad económica y/u operación mercantil para generar utilidades que serán repartidas entre ellas en las proporciones acordadas<sup>(40)</sup>, como un rasgo propio de los contratos plurilaterales.

e) **Es un contrato aleatorio.** El contrato de cuentas en participación es un contrato aleatorio, esto es, que “la extensión y, a veces, la existencia misma de las prestaciones dependen de un acontecimiento incierto; los contratantes no pueden conocer, desde su celebración, el beneficio o la pérdida que reportarán del contrato. (...) Ello se sabrá una vez producido el acontecimiento incierto del cual han hecho depender sus obligaciones”<sup>(41)</sup>. De esta manera, el gestor y los partícipes inactivos no tienen certeza sobre la generación de utilidades o pérdidas que les podrá reportar el contrato<sup>(42)</sup>; sin embargo, si se producen ganancias deberán repartirse en la proporción que hayan convenido los contratantes.

#### IV. Elementos del contrato de cuentas en participación

Los elementos propios del contrato de cuentas en participación son los siguientes:

a) **Calidad de comerciante de las partes.** El artículo 507 del Código de Comercio dice que, “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, (...)”. En relación con este aspecto, la duda es si la calidad de comerciante de las partes es un elemento esencial del contrato de cuentas en participación. Al respecto existen dos posiciones: la primera tesis establece que, la calidad de comerciante de ambas partes o, por lo menos, del partícipe activo, es un elemento esencial del contrato de cuentas en participación, de manera que, si ninguna de las partes ostenta dicha calidad especial se produce la inexistencia del contrato objeto de nuestro estudio<sup>(43)</sup>. Se considera que esta tesis sería adecuada para un sistema jurídico donde rija un criterio preponderantemente subjetivo<sup>(44)</sup> de mercantilidad, de acuerdo con el cual, la calidad de comerciante se adquiere con la inscripción en el registro mercantil, quedando de esta forma el sujeto sometido al imperio de la ley comercial, y por ende, todas las actividades y operaciones que realicen en el mercado serían consideradas como actos de comercio; pero, sería equivocado dentro de un sistema jurídico que adopte un criterio preponderantemente objetivo<sup>(45)</sup> de mercantilidad como el colombiano, donde la calidad de comerciante se adquiere por la realización permanente y profesional de los actos de comercio que se encuentran enunciados en el artículo 20 del Código de Comercio, siendo la inscripción en el registro mercantil simplemente el cumplimiento de una obligación legal impuesta a los comerciantes con el fin de hacer pública dicha calidad especial.

La segunda tesis afirma que no es un elemento esencial ni de validez del contrato de cuentas en participación, que las partes o una de ellas ostente la calidad de comerciante al momento del perfeccionamiento del contrato porque “el código no exige para celebrar últimamente cualquier operación mercantil la calidad de comerciante; todo el que tenga capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para celebrar operaciones mercantiles, (...), 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.

El Código de Comercio fue expedido para su propia materia y para las personas, dedicadas profesionalmente a este ramo de actividades, de modo que al referirse a quienes celebran un contrato mercantil, usa como término genérico la palabra comerciantes; pero no en el sentido

restringido, (...). (...). Debe, pues, concluirse que tal contrato puede celebrarse por toda persona capaz, aun cuando con anterioridad al acto, no estuviere matriculada o catalogada como comerciante”<sup>(46)</sup>.

Otro argumento que respalda esta segunda posición consiste en que, el artículo 507 del Código de Comercio no es una norma imperativa, sino que, por el contrario, se trata de una norma dispositiva, principal porque define el concepto del contrato de cuentas en participación<sup>(47)</sup>. Así las cosas, consideramos que esta posición es más acertada para el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que la aplicación de las normas mercantiles no responde únicamente a un criterio subjetivo<sup>(48)</sup>, sino que, adicionalmente, se deben tener en cuenta los criterios objetivos adoptados por el artículo 20<sup>(49)</sup> —teoría de los actos de comercio, incluidos los actos de comercio aislados<sup>(50)</sup>— y por el artículo 21<sup>(51)</sup> —teoría de los actos de comercio por relación— de nuestro Código de Comercio.

b) **Objeto del contrato.** La pregunta a resolver es: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las actividades y/u operaciones objeto del contrato de cuentas en participación? Al respecto existen dos tesis: la primera de ellas afirma que, el objeto del contrato de cuentas en participación únicamente puede versar sobre actividades y/u operaciones de carácter mercantil, dándole a este elemento la connotación de ser esencial para la existencia del mencionado contrato<sup>(52)</sup>. Por otra parte, la segunda tesis sostiene que no se trata de un elemento esencial del contrato de cuentas en participación porque el Decreto 461 de 1961 establecía que la aparcería, como actividad civil que es, podía ser objeto del contrato de cuentas en participación, evento en el cual, se regiría por las normas del Código de Comercio que regulan dicho contrato<sup>(53)</sup>.

Por otra parte, se considera importante preguntar si las operaciones objeto del contrato de cuentas en participación deben ser determinadas o indeterminadas. De esta manera, se observa que existen dos tesis al respecto: de acuerdo con la primera de ellas, el objeto del contrato de cuentas en participación puede versar sobre la realización de actividades económicas y/u operaciones mercantiles determinadas e indeterminadas indistintamente, de unas o de otras<sup>(54)</sup>. Mientras que, la segunda posición afirma que, las actividades económicas y/u operaciones mercantiles objeto del contrato analizado siempre deben ser determinadas, siendo necesario individualizarlas con el fin de evitar la indeterminación del objeto, conforme a lo exigido por el artículo 110 del Código de Comercio, el cual resulta aplicable como norma supletiva, según el artículo 514 del mismo estatuto mercantil<sup>(55)</sup>.

Finalmente, nos preguntamos si las actividades económicas y/u operaciones mercantiles objeto del contrato de cuentas en participación tienen que ser permanentes y estables o, por el contrario, ocasionales y transitorias. Al respecto, encontramos que en la ley comercial no existe ninguna prohibición ni restricción que impida a los contratantes incluir en su objeto social actividades y/u operaciones de una u otra clase. Lo que si nos parece importante resaltar es que, si se trata de actividades económicas y/u operaciones mercantiles que el partícipe activo —entendido como persona natural— deberá realizar de manera permanente y estable en el mercado, le otorgarán la calidad de comerciante<sup>(56)</sup>, siempre que no haya adquirido dicha calidad con anterioridad, quedando sometido al cumplimiento de las obligaciones que la ley impone a los comerciantes<sup>(57)</sup>. En cambio, si las actividades económicas y/u operaciones mercantiles son realizadas ocasional y transitoriamente por el partícipe activo, no le otorgarán la calidad de comerciante mientras que no la haya adquirido por otro medio en el pasado<sup>(58)</sup>; sin embargo, en esta última hipótesis, si dichas actividades y/u operaciones corresponden a actos de comercio aislados, de conformidad con los numerales 1º a 6º del artículo 20 de nuestro Código de Comercio, le serán aplicables las normas comerciales. En todo caso, si se trata de una persona jurídica —sociedad comercial— constituida conforme a las reglas del Código de Comercio, ella adquiere la calidad de comerciante en el momento en que se constituye, con la firma de la escritura pública de constitución de los socios; si se trata de una sociedad comercial constituida conforme a la Ley 1014 de 2006, la adquirirá en cuando quede inscrito el documento privado de constitución en el registro mercantil; y, si se trata de una sociedad por acciones simplificada, la Ley 1258 de 2008 en su artículo 3º, siempre es de naturaleza mercantil.

c) **Participación en las ganancias o en las pérdidas.** Nos preguntamos si en el contrato de cuentas en participación las partes deben incluir una cláusula sobre la forma como se repartirán las utilidades y/o las pérdidas generadas en desarrollo de las actividades económicas y/u operaciones mercantiles objeto del contrato. De esta manera, existe plena libertad para que los contratantes, en ejercicio de su autonomía privada, definan cual va a ser la proporción en que participarán en la repartición de las utilidades obtenidas, ya que estas se generan directamente en el patrimonio del partícipe activo<sup>(59)</sup>, se hace necesario que las partes fijen el contenido y el alcance de la obligación que él contraerá con los partícipes inactivos de repartir las ganancias obtenidas, mediante la determinación de la proporción que corresponda a cada uno de ellos sobre estas. Sin embargo, podrían presentarse dos hipótesis al respecto: la primera, en la cual los contratantes guardan absoluto silencio respecto al derecho que tienen los partícipes inactivos de obtener una parte de las utilidades obtenidas y sobre la proporción en que cada uno de ellos tendrá derecho al momento de su repartición. En estos casos, el contrato de cuentas en



*participación existe porque no se trata de un elemento esencial de este contrato, en la medida en que la ley comercial suple el vacío con el artículo 514 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual, hace remisión expresa a las normas de la sociedad en comandita simple y, en caso de persistir el vacío, a las normas generales del contrato de sociedad. De esta manera, se encuentra el parágrafo del artículo 150 y el artículo 332, de acuerdo con los cuales se establece que, las utilidades se repartirán entre los partícipes inactivos en proporción al aporte efectivamente realizado por cada uno de ellos después de pagar el aporte del partícipe activo, el cual se fijará en la misma proporción al establecido para el aporte de mayor valor, en los casos en que su aporte solamente sea de industria, pues en los eventos en que realice también aportes de capital se seguirá el criterio previsto para los partícipes inactivos<sup>(60)</sup>.*

*La segunda hipótesis que podría presentarse consiste en que las partes expresan de mutuo acuerdo en el contrato que, los partícipes inactivos no tienen derecho a participar en la repartición de utilidades obtenidas. De conformidad con lo establecido en el inciso 2º del artículo 150 del Código de Comercio, dicho pacto se tendrá por no escrito, es decir, queda afectado de ineficacia de pleno derecho, la cual no requiere pronunciamiento judicial y, frente al vacío contractual debe aplicarse el artículo 332 y el parágrafo del artículo 150 del Código de Comercio, según lo explicado previamente.*

*Ahora, bien, en relación con la repartición de las pérdidas la ley comercial le reconoce a los contratantes la libertad de fijar la participación de cada uno de ellos en las pérdidas que se produzcan, siempre que no supere el límite que establece el artículo 511 del Código de Comercio, el cual consiste en el valor de su aportación, y en los eventos en que se guarde silencio en el contrato al respecto, la misma norma mencionada suplirá dicho vacío, de manera que, por regla general, el partícipe inactivo responderá hasta el monto de su aporte efectivamente realizado<sup>(61)</sup>; y excepcionalmente su responsabilidad será mayor, igual a la del partícipe inactivo, cuando se inmiscuya en la gestión y se haga visible a terceros<sup>(62)</sup>.*

*d) **Liquidación del contrato.** Uno de los aspectos que más conflictos genera entre las partes del contrato de cuentas en participación es su liquidación en el momento de su terminación. Por esta razón se hace necesario que las partes fijen en el contrato reglas claras y precisas sobre la manera como se llevará a cabo la liquidación del contrato, dentro de las cuales deberán establecer los plazos de tiempo determinados para llevarla a cabo. Sin embargo, si las partes no definen en el contrato las reglas para la liquidación, de acuerdo con el artículo 514 del Código de Comercio, el vacío será llenado con las normas generales contenidas entre el artículo 225 al artículo 259 del Código de Comercio.*

*Por otra parte, es muy importante que el gestor lleve cuentas claras sobre su gestión y sobre todas las transacciones y/u operaciones que realice en desarrollo del objeto del contrato para que sea fácil determinar las utilidades o pérdidas que se generen, además de servir como criterio de determinación de las obligaciones que adquiere con los partícipes inactivos relacionadas con la repartición de las utilidades producidas conforme al porcentaje de participación que cada uno de ellos ostente sobre las mismas, o para establecer las pérdidas totales generadas y, sobre estas, el límite de la responsabilidad de cada una de las partes.*

*En todo caso, no se puede olvidar que, el principio de la buena fe le impone a los contratantes obrar con honestidad, lealtad, probidad, diligencia y seriedad en la etapa de liquidación del contrato, de manera que, las partes deberán aportar toda la información que tengan relacionada con las operaciones y/o transacciones realizadas que permitan establecer el contenido cierto de sus derechos y/u obligaciones.”.*

**5.2.** Le queda claro entonces al Tribunal, que el sustento fáctico de las pretensiones va encaminado a que Nelson confió un dinero a César para la compra y engorde de ganado al por mayor, ganado que César compraba y engordaba para luego venderlo y repartir utilidades, lo que lejos está de tipificar una sociedad mercantil de hecho, por lo que el *onus probandi* del demandante está centrado en demostrar cuál fue el capital suministrado y cuánto ganado o lotes de ganado compró y vendió César sin darle participación como era debido, para de ahí calcular el capital y las utilidades que se obligó César como aportante visible a entregarle al aportante oculto o no

visible José Nelson y de ese modo poder proferir la sentencia de declaración y de consiguiente condena que se pide.

**5.3.** En este punto, hemos de aclarar que cuando se trata de calificar un contrato, el juez del caso no está sujeto al nombre que le hayan dado las partes, sino que tiene que otorgarle la calificación que corresponde de conformidad con lo que prevé el ordenamiento jurídico. Así, nuestra jurisprudencia ha afirmado: *“...La calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio, no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre”* (Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, Pág. 128).

Así mismo, en sentencia del 11 de septiembre de 1984 (G.J. N° 2415, pág. 254) se dijo: *“...En la labor de interpretación de los contratos no debe olvidar el juez, de otra parte, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, ni la que al fallador le venga en gana, sino la que al dicho contrato corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidades perseguidas”*.

La primera regla de interpretación de los contratos prevista por el artículo 1618 del Código Civil, prescribe que *“conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*. El artículo 1620 de la misma obra determina que *“el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*. El art. 1621 *ibídem*, reza: *“En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.”*

De otra parte, El artículo 1622 del mismo código dice: *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”*. Mientras que el inciso 2 del artículo 1624 indica: *“las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretará contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”*

**5.4.** Al pasar por este tema, se detiene la sala para memorar lo que en una ocasión jurisprudencial<sup>16</sup> bastante ilustrativa y brillante por demás, que no por inveterada en sus citas de precedente deviene desactualizada, explicó e interpretó nuestra H. Corte Suprema de Justicia, frente al tema en comento, para lo cual se copia in extenso lo

<sup>16</sup> CSJ, Magistrada Ponente MARGARITA CABELLO BLANCO, SC 5851-2014, trece de mayo de dos mil catorce (2014).

siguiente:

*“...Interpretar, estricto sensu, es auscultar, desentrañar, precisar y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio el alcance de su contenido y la identificación de los fines perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final.*

*Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la "recíproca intención de las partes" (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aún siendo "claro" el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, **de gestación o formación teniendo en cuenta que los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato**" (cas. civ. junio 28/1989).*

*De otro lado, la interpretación del negocio jurídico, es necesaria no sólo respecto de cláusulas oscuras, ambiguas, imprecisas, insuficientes e ininteligibles, antinómicas y contradictorias o incoherentes entre sí o con la disciplina normativa abstracta o singular del acto, sino también en presencia de estipulaciones claras o diáfanas (in claris non fit interpretatio) y aún frente a la claridad del lenguaje utilizado, cuando las partes, una o ambas, le atribuyen un significado divergente, no siendo admisible al hermeneuta restringirse al sentido natural u obvio de las palabras, a la interpretación gramatical o exegética, al escrito del acto dispositivo documental o documentado "por claro que sea el tenor literal del contrato" (cas. civ. agosto 1/2002, exp. 6907), ni "encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato..." (cas.civ. junio 3/1946, LX, 656).*

*Naturalmente, la claridad del articulado o su significación lingüística, no exceptúa el deber de precisar la finalidad común convergente de las partes, pues la particular relevancia dinámica de la hermenéutica del negocio jurídico, se explica ante la imposibilidad pragmática de prever toda contingencia, el significado disímil de la terminología, lenguaje o redacción y no se reduce a hipótesis de ambigüedad, insuficiencia, disfunción u oscuridad, siendo pertinente en todo caso de disparidad, divergencia o diferencia respecto de su entendimiento recíproco (cas. civ. de 1 de agosto de 2002 exp. 6907).*

*Por supuesto, la labor del juez no se orienta a enervar, reemplazar o suplantar la autoridad del dominus negotii, ni a modificar, eclipsar, adulterar o desvirtuar sus estipulaciones (cas. marzo 27/1927), está ceñida a "la fidelidad" del pacto (cas. agosto 27/1971, CCLV, 568) y "a la consecución prudente y reflexiva" del sentido recíproco de la disposición (cas. agosto 14/2000, exp. 5577). Empero, el rol interpretativo del juzgador no es de mero reproductor del contenido negocial, la exégesis de su sentido, ni se encamina exclusivamente a explicitar el querer de las partes como si fuera un autómata. Más concretamente, la actividad hermenéutica del juzgador no es estática, el ordenamiento jurídico le impone ex auctoritate el deber de decidir las controversias buscando el resultado concreto perseguido por las partes con la celebración del negocio jurídico en coherencia con su "contenido sustancial", utilidad práctica, esencial, "real" y funcional (Massimo BIANCA, Diritto Civile, Tomo 3, Il contratto, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Mila, 1987, Ristampa, 1992, pp. 379), para lo cual, sin alterar, sustituir ni tergiversar lo acordado, debe intervenirlo efectuando un control eficaz e idóneo, incluso corrector, para determinar su relevancia final o efectos definitivos conforme a los intereses sustanciales, el tipo específico, su función y la preceptiva rectora, en general y, en particular.*

*Con referencia a la común intención, el legislador impone la regla de no limitarse al sentido literal, esto es, al significado gramatical o semántico natural del vocablo utilizado, sea en el contexto general del contrato, sea en el contexto específico de cada palabra, sea en su expresión textual*



y literal o en su conexión sintáctica por elementales márgenes de disimilitud, ambigüedad u oscuridad semántica, trascendiendo la esfera del simple motivo (interpretación subjetiva), del escrito y la actuación (interpretación objetiva), para lo cual, el juez, sin restringirse a un subjetivismo puro o estricto, de suyo, intrascendente in menta retenta, indagará desde su fase genética in toto el acto dispositivo, la conducta previa, coetánea y ulterior de las partes inserta en la época, lugar y medio predeterminado, verificará su conformidad o desavenencia con el ordenamiento y precisará sus efectos, o sea, la relevancia jurídica del sentido de la communis intentio, locución referida ab initio a la concepción eminentemente voluntarista del negocio jurídico a speculum como acto de "voluntad interna", ora "declarada" (cas. mayo 15/1972 "...entre los contratantes debe prevalecer la voluntad real sobre la declarada" y agosto 1/2002, exp. 6907, "es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual"), ya "manifestada", bien de "voluntad objetiva" (cas. civ. enero 29/1998) y, más próxima, aunque del todo no exacta, al "acto de autonomía privada" (cas. mayo 21/1968), cuyo alcance es menester subiecta materia en una perspectiva más concorde con sus diversas expresiones y, en particular, con la función práctica o económica social, o sea, en consonancia a la función coordinada, coherente, racional y convergentemente perseguida por las partes con su celebración. (cas. civ. junio 12/1970, cas. civ. sentencia de 14 de enero de 2005, exp. 7550), Sentencia de 3 de junio de 1946. Gaceta Judicial LX, 656).

Es menester, por tanto, denotar la inteligencia de la expresión communis intentio acorde a los principios informadores del sistema jurídico para atribuirle un significado real, coherente y compatible con el contexto histórico actual, particularmente, en consideración a la función práctica o económica social procurada por las partes con la celebración del negocio jurídico, correspondiendo al juzgador determinarla in casu partiendo y yendo más allá de lo estipulado, esto es, sin limitarse al sentido literal de las palabras escritas, ni aún si no ofrecen motivo de duda, tanto más por el carácter prevalente de la recíproca intención respecto del clausulado y su significado natural, el cual, podrá infirmarla in radice.

En sentido análogo, los cánones hermenéuticos de la lex contractus, comportan el análisis in complexu, sistemático e integral de sus cláusulas "dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad" (art. 1622 C.C.), plenitud e integridad y no el de uno de sus apartes o segmentos (Tota in toto, et tota in qualibet parte), según de vieja data postula la Corte al destacar la naturaleza orgánica unitaria, compacta y articulada del acto dispositivo "que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas" (cas. civ. 15 de marzo de 1965, CXI y CXII, 71; 15 de junio 1972, CXLII, 218; sentencia de 2 de agosto de 1935, Gaceta Judicial XLII, pág. 3437, 7 de octubre de 1976).

**En la búsqueda del designio concurrente procurado con el pactum, se confiere singular connotación a la conducta, comportamiento o ejecución empírica significativa del entendimiento de los sujetos al constituir de lege utenda una "interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo"** (art. 1622, C.C. cas.civ. S-139-2002 [6907], agosto 1/2002 reiterando cas. octubre 29/1936, XLIV, 456).

Con referencia a la directriz de especificidad, coherencia, racionalidad y razonabilidad hermenéutica, "[p]or generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado" (art. 1619 C.C.), sin limitarla al caso enunciado "excluyendo los otros a que naturalmente se extienda" (art. 1623 C.C.) ni ampliarla a otros (Iniquum est perimi pacto, id de quo cogitatum non est) y la identidad de los términos o expresiones imponen un sentido idéntico o idéntica conclusión, debiéndose estar en cuanto no exista decisión contraria "a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato" (art. 1621 C.C.) en las cuales se entienden incluidas las "cláusulas de uso común" (naturalia negotia por uso) y frente a estipulaciones polisémicas, dicotómicas o patológicas "[e]l sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno" (art. 1620 C.C.), privilegiándose la conservación del negocio jurídico, la utilidad respecto de la irrelevancia y la eficacia sobre la ineficacia del acto (effet utile, res magis valeat quam pereat).

De esta forma, cuando la estipulación admite diversos significados prevalece el sentido racional coherente con la función práctica o económica de los intereses dispositivos, por lo común, dignos de tutela y reconocimiento normativo (art. 1620 C.C.) y la inherente a la regularidad del acto dispositivo respecto de su ineficacia o invalidez, in favorem validitatis pacti, y en "casos ambiguos,

lo más conveniente es aceptar que la cosa de que se trata más bien sea válida que no que perezca" (Juliano, *Quoties in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio este, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat quam pereat*), siempre del modo "que el acto sea válido" (Dicio, *Interpretatio fieri debet semper ut actus valeat*) y a favor de la validez (*Actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant, o Interpretatio fieri debet semper ut actus valeant*). Por ende, frente a diversas interpretaciones prevalece la que preserve la inteligencia más concorde con el acto, su relevancia y función (*Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipienda quae gerendae aptiores*).

En efecto, consistiendo el negocio jurídico y, más concretamente el contrato, en un acuerdo dispositivo de intereses, es elemental la "regulae", "principiee" o "principia" de su utilidad y eficacia, en tanto sus autores lo celebran para el desarrollo de concreta función práctica o económica social y bajo el entendimiento recíproco de su utilidad y eficacia. Con esta inteligencia, el hermeneuta preferirá la interpretación más conveniente al efecto útil del acto respecto de aquél en que no lo produzca (*Utile per inutile non viatiatur*), tanto cuanto más por la relevancia abstracta del negocio, las cargas de la autonomía privada, en particular, las de legalidad, previsión, sagacidad, corrección, buena fe, probidad y el principio de cooperación negocial que imponen a las partes desde el *iter negotii* la carga de conocer, respetar y aplicar la disciplina normativa (*ignoranti legis non excusat*), evitar causas de irrelevancia e ineficacia y colaborar armónicamente en la integración y regularidad del acto.

En singular, el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico. Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia.

Y, así ha de procederse, no sólo por la naturaleza impenitativa del contrato, sino porque, además la recíproca intención de las partes está presidida razonablemente por el propósito común de obtener sus resultados prácticos concretos y, por consiguiente, su realización, cumplimiento y eficacia, en tanto una suposición contraria, esto es, la celebración del acto para que no produzca efecto alguno por ineficacia, invalidez u otras causas, conduciría al absurdo de la negación misma del negocio jurídico y al inadmisibles patrocino de conductas contrarias al ordenamiento. Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el *pactum*, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la *ratio legis* de toda conocida ordenación normativa.

La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto sólo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la doctrina de la Corte, al relieves la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil (cas. civ. sentencia de 28 de febrero de 2005, Exp. 7504).

Los principios generales del derecho, estándares inspiradores e informadores de todo el ordenamiento jurídico, son reglas hermenéuticas del contrato (G. ALPA., *principi generali*, en *Tratatto di diritto privato a cura di G. Iudica e Paolo Zatti*, Milano, 1993, pp. 15 y ss.; L. BIGLIAZZI, CERI, *L'interpretazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1991, ps. 1 y ss.; M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè, Milano, 1989, pp 1 y ss.). Así la Constitución Política de 1991, previa indicación "De los principios fundamentales" (Título I), al tratar "De la rama judicial", remite a los "principios generales del derecho" dentro de "los criterios auxiliares de la actividad judicial". En especial, la buena fe impone una cláusula general de corrección proyectada en un deber de conducta ética y jurídica de singular connotación en todas

*las fases de la relación obligatoria, la responsabilidad y el negocio jurídico (artículos 863 y 871 del C. de Co. y 1.603 del C. C.), apreciable en la interpretación en su perspectiva objetiva, esto es, en cuanto regla directiva del comportamiento recto, probo, transparente, honorable "en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.), (cas. civ. abril 19/1999, exp. 4929, febrero 2/2001, exp. 5670 y agosto 2/2001).*

*Con los lineamientos precedentes, para la Sala, a los criterios hermenéuticos consagrados en la disciplina del contrato, naturaliter se incorpora ex interpretatione la disciplina específica de la autonomía privada y libertad de contratación, para obtener conformemente a los principios explicativos, directrices y fundantes del acto y, más concretamente a los generales del ordenamiento la relevancia de la "recíproca intención de las partes", permeable a evidentes cambios culturales, sociales, económicos, tecnológicos y científicos en atención a sus intereses convergentes, sin reducirla a una simple quaestio voluntatis, cognoscitiva, reconstructiva o asentiva, tanto más cuanto que el juzgador en su función de interpretar el negocio jurídico, o sea, de determinar el sentido jurídicamente xviii relevante de la specie juris, precisa su alcance y su eficacia in concreto.<sup>17</sup>*

**5.5.** Esta doctrina podría parecer inútil en su aplicación al presente caso, pues pareciera que para una interpretación contractual debiera existir contrato escrito, pero la verdad es que esta clase de contratos es consensual, por lo que bien puede deducirse su naturaleza de las manifestaciones de las partes y por eso está muy claro que si el demandante entregó dinero al señor César Pereira para la compra, engorde y venta de ganado con reparto de utilidades, pero sin aparecer mencionado en las negociaciones de compra y venta del ganado, porque esa labor la hacía César Antonio Pereira, quien era el participante activo y debía solamente rendirle cuentas al participante pasivo José Nelson, para de ahí establecer si habían quedado utilidades para partir, porque éste arriesgaba su dinero en participación bajo el albur de sufrir pérdidas o ganancias en cada compra y venta de un lote de ganado, contrato que se liquidaba día a día o cada que se negociaba un lote y esa era su duración, luego, entonces, eso lo que demuestra es un contrato de CUENTAS EN PARTICIPACIÓN y que nunca una sociedad mercantil de hecho, pues esa modalidad lejos está de conformar un capital social y mucho menos un ánimo societario, por lo que cabe interpretar el presente contrato por simple que pareciere, pues ya vemos cómo demandante y demandados como la juez del caso se equivocaron en rotular jurídicamente el contrato celebrado, no obstante, como bien dice la misma Corte, hasta en los más claros contratos se impone a veces su interpretación más genuina, como pasa aquí, que existe una confusión en saber si se trataba de una sociedad, por lo que cumple averiguar cuál fue la modalidad contractual empleada.

<sup>17</sup> CSJ. Sentencia del 07 de febrero de 2008. Magistrado Ponente. William Namén Vargas. Referencia expediente 2001-06915-01.

**5.6.** Recordemos que la apelación se contrae admitir con la sentencia que sí existió una sociedad de hecho, pero se duele que no se le haya reconocido el pago de perjuicios, los cuales dice que fueron demostrados con la prueba testimonial y el interrogatorio de parte, así como con la prueba documental que aportó el mismo demandante y por eso alega que no puede ser cierto que sí haya existido sociedad de hecho pero que no se reconozca un patrimonio y utilidades, como perjuicio, por lo que entonces se debió decretar una prueba de oficio para demostrar los perjuicios o acoger el juramento estimatorio y es sobre ese eje argumentativo que ha venido girando la segunda instancia.

**6.** Bien, si el proceso correspondía a la declaración y disolución de una sociedad mercantil de hecho, luego, se echa de menos que las pretensiones no hayan ido dirigidas exclusivamente a finiquitar esa primera etapa, ya que coetáneamente a la declaración de la sociedad de hecho se pidió en forma indebida la liquidación y el pago del capital y utilidades que hubiere producido la sociedad de hecho, trámite que correspondería a la etapa subsiguiente de ejecución, misma que comprendería determinar cuáles son los bienes partibles, el pasivo común y el monto de lo que a cada socio corresponde (art. 631 a 643 de P. Civil hoy 530 y Ss. CGP), etapa final o sea la de distribución del saldo líquido entre los socios, misma que termina con la sentencia aprobatoria del trabajo de participación (C.S.J. Cas.8 de julio de 1976. G.J.CLII Pag. 243), irregularidad que de todas maneras no obstaba para que la juez del caso no hubiera proferido sentencia de declaración existencia de la sociedad, misma que no cabía denegar bajo el entendido que no se había probado el inventario de los bienes para la partición, pues, de estar probada la sociedad mercantil de hecho, no le quedaría otro camino jurídico distinto al Tribunal que declarar su existencia y ordenar la disolución y liquidación para que continuara la segunda etapa, así no la hubiese pedido el demandante, solamente que, en este caso, para el Tribunal no se dan los presupuestos para la existencia de una sociedad mercantil de hecho, sino que las pruebas muestran en forma contundente es que estamos frente a otra clase de contrato, aunque la falta de prueba del capital y utilidades a reconocer impiden la prosperidad de las pretensiones.

Y es que no halla la Sala que se hubiere producido aportes en dinero o en especie por parte del demandante ni del demandado con la finalidad de crear un patrimonio común y mucho menos la intención de crear una sociedad de hecho, porque falta el elemento de la *Affectio Societatis* o ánimo de asociación o *animus contrahendi*



societatis. Y para ello, simplemente traigamos las palabras del mismo demandante quien en los hechos de la demanda y en el interrogatorio de parte negó que existiera un patrimonio común.

**6.1.** Este fue categórico, cuando en los primeros hechos manifestó que existe una costumbre mercantil en el negocio de la ganadería, misma que consiste en que hay un dueño de finca que recibe ganado a utilidades, por lo que el interesado compra el ganado o lo compra el dueño de la finca con dinero del socio, ganado que se lleva a pastar a la finca del dueño del inmueble y allí se engorda, luego se vende y se distribuyen utilidades que oscilan entre el 45% y 60% para el dueño de la finca y el resto para el dueño del capital.

También expuso el demandante José Nelson Uribe Duque en su demanda, que en ese mundo de los negocios conoció al señor César Antonio Pereira a través del señor Bernardo, el cual le recomendó aquél para que le entregara ganado para la venta a utilidades. Que todo fue muy bien desde el 2011, hasta que en el año 2015 escuchó comentarios en el sentido que el señor César había vendido la finca y también vendió el ganado que era del demandante, por lo que lo citó a reunión y en Carrefour de Las Vegas le confesó privadamente su socio César Antonio Pereira (hoy fallecido), que sí había vendido el ganado y se lo iba a pagar, por una cantidad que estimó el mismo Pereira en \$410.130.000.00.

**6.2.** De lo hasta aquí observado, ha de deducirse cómo el mismo demandante es quien advierte que él no aportó ningún dinero para una sociedad, sino que el dinero lo entregaba al señor César Pereira para que éste comprara el ganado y lo engordara en su finca de San pedro de Urabá, para luego venderlo y repartir utilidades en un 55% para César y 45% para Nelson, pero que el dinero y el ganado seguía siendo suyo y hasta llevaba el distintivo o la marca de su hierro, hasta el punto que cada que ocurría la venta de un lote de ganado se liquidaba el contrato y se repartían utilidades, para de inmediato repetir el proceso, esto es, que con ese dinero se volvía a comprar ganado y se volvían a repartir utilidades, acciones que más que mostrar una sociedad de hecho, lo que muestra es una especie de negocio llamado “CUENTAS EN PARTICIPACIÓN” o ganado a utilidades, al tiempo que existían tantos contratos como oportunidades de negocios resultaran en forma independiente, es decir, que cuando resultaba ganado para comprar y engordar, se compraba con dinero que aportó siempre Nelson, siendo César Pereira el encargado

de la compra, para luego llevarlo a pastar a su finca y engordarlo, al tiempo que era quien compraba los insumos (remedios, etc.), para finalmente vender el ganado y repartir utilidades, como si se tratara de un contrato de compraventa y engorde y venta de ganado que empezaba con la compra y terminaba con la liquidación y reparto de utilidades, pero de ello solo eran conocedores Nelson y César, mientras que los terceros vendedores o compradores del ganado negociaban era con el señor César Pereira y desconocían la participación del señor Nelson, hecho que no les interesaba porque hacían directamente el negocio con César y éste les pagaba, mientras que eso mismo ocurría con la venta del ganado, compraventa que se hacía como si el ganado fuera de propiedad del señor César y luego éste liquidaba las utilidades con el señor Nelson, lo que ni de lejos muestra que haya existido una sociedad mercantil de hecho, sencillamente, porque no había patrimonio común, sino que todo se reducía a la compra y venta de ganado, liquidándose cada contrato con el consabido reparto de utilidades, para de inmediato iniciar otro negocio y repetir la misma operación, sin que existiera capitalización de una empresa o patrimonio social alguno.

**6.3.** Pero es que el mismo Nelson en interrogatorio de parte expresó que le entregaba el ganado a César puesto en la finca y éste lo pastaba, le suministraba la droga y la sal, lo engordaba y lo mandaba a la feria de Medellín al señor Luis Bernardo Peláez, quien lo pagaba a los 8 o 10 días. Que César sacaba parte de utilidad para él en un 55% y el 45% para Nelson. Dijo textual: **“Yo era el que ponía la plata para comprar el ganado que lo compraba él mismo. Conoció a Luis Bernardo en 1964 y el papá le cedió negocio al hijo Luis Bernardo. Duró del 2011 al 2017 que César Antonio murió, seis años. Él compraba el ganado, hacía el negocio, pero yo lo pagaba, era mío, lo marcaba con la marca mía.”** Pero, no se olvide que también César ponía su marca al ganado y por eso el transportador del ganado Ricardo Vásquez Carvajal así lo manifestó en su testimonio, luego, lo del hierro que llevara el ganado era algo formal, pues en realidad en la feria el ganado se vendía como de César, sin importar a los compradores que pudiera llevar la marca de Nelson y ese aportante quien funge como partícipe inactivo u oculto es lo que confirma la existencia de un contrato de cuentas en participación.

A una pregunta del abogado de la contraparte respondió Nelson: **“No se convino plazo, sino que el ganado que se iba engordando se vendía. Los lotes eran varios porque se vendía un viaje y se compraba con esa misma plata.”** No cabe duda alguna, entonces, que no estamos frente a una sociedad de hecho, sino frente a una especie de contrato bien distinta, al punto que la juez del caso dio por terminado el interrogatorio a las partes y aclaró



con énfasis que hasta ese momento no se hallaba probado ninguno de los hechos de la demanda.

**6.4.** Pero cobra mayor fuerza la conclusión de que no se trataba de una sociedad de hecho cuando al interrogar al ganadero y testigo Luis Bernardo Peláez Gómez, éste en forma sincera expuso: “Sí conozco a José Nelson hace más de 20 años, fue transportador de ganado y lo conozco en la feria. Luego de ser transportador con capital de venta de los camiones se volvió ganadero en la forma de cuentas en participación es que se llama eso y lo conozco hace muchos años. Cuando mandan el ganado para la feria soy yo el que lo vendo. Hay gente que lo vende puesto en la finca, pero cuando los manda a la feria me los manda a mí. Sí conoce a los demandados porque Ma cristina era esposa e hijos los conoce porque César y el papá fue cliente mío y no fue muy amigo sino muy conocido y muy de esta oficina. A César lo conocí hace más de 20 o 25 años y don Samuel el papá y César siguió manejando lo del papá y seguimos en la misma conexión. Le cuento que Nelson y César se conocieron a través de mi oficina y los dos me mandaban ganado y se conocieron y los presenté e incluso tuve ganado a utilidades con César Pereira, pero antes que él empezara con Nelson. Acabé sociedad con César y le dije a Nelson que me fue muy bien con César. Por ahí del 2011 o 2012 empezó la relación comercial entre ellos. Eso funciona así como Ganados en participación o utilidades. Nelson tenía la plata y César la finca, César engordaba el ganado y todo lo de manutención los gastos y se vendía y se sacaba capital y se partían utilidades.”. Como puede verse, hasta en la misma Feria los comerciantes de ganado en la modalidad que lo hacían Nelson y César conocen ese negocio como ganados en participación o cuentas en participación y por eso el testigo dijo: “... Eso funciona así como Ganados en participación o utilidades. Nelson tenía la plata y César la finca, César engordaba el ganado y todo lo de manutención los gastos y se vendía y se sacaba capital y se partían utilidades.”

**6.5.** Por si fuera poco, la misma DIAN ha reconocido incluso esa clase de negocios como la **“explotación de ganado en compañía o en participación”** (se refiere aquí la DIAN al sistema de cuentas en participación), e inclusive ha estimado que esa no es una actividad mercantil propiamente dicha para efectos tributarios, hasta el punto que no se exigen libros de contabilidad, tal y como lo explicó el Delegado de la División Doctrina Tributaria de la DIAN, **LUIS CARLOS FORERO RUIZ, en el** Concepto: 035470, de **Mayo 3 de 2001, del cual se destaca:**

*El artículo 20 del mismo código señala los actos, operaciones y empresas que se consideran mercantiles, entre las cuales se encuentra la adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos en igual forma.*

*En la venta de productos agropecuarios se pueden dar dos distintas operaciones. Una, conocida con el nombre de **“negocio de ganadería”** contemplada en el artículo 92 del E.T. que consiste en la actividad económica que tiene por objeto la cría, el levante o desarrollo, la ceba de ganado bovino, caprino, ovino, porcino y de las especies menores, así como la explotación de ganado para la leche y lana y la **explotación de ganado en compañía o en participación, tanto para quien entrega el ganado como para quien lo recibe.***

*La segunda, que consiste simplemente en comprar y vender ganado o productos de la ganadería, el sacrificio de ganado para la venta de carne y subproductos.*

*Cuando se trata del denominado "negocio de ganadería" el contribuyente no está obligado a llevar libros de contabilidad como si lo está cuando se trata del comercio de productos de la ganadería.*

*Así las cosas, el hecho de recibir ingresos por venta de productos agropecuarios generados en el negocio de ganadería e ingresos por otros conceptos no obliga a llevar libros de contabilidad y por lo tanto sus declaraciones no deben ir firmadas por Contador Público. En caso contrario si los ingresos, generados provienen de la venta de productos agropecuarios en desarrollo del comercio de los mismos si obliga a llevar libros de contabilidad en razón a que las personas se ubican dentro del marco legal de los comerciantes."*

Por consiguiente, para el Tribunal no cabe duda alguna que el contrato celebrado por los señores Nelson y César Pereira fue el de cuentas en participación, por lo que ahora cabe mirar si realmente las partes alcanzaron a liquidar el contrato, al punto que haya generado sumas de dinero a favor del demandante, para que por ahí mismo se abra paso la condena en pesos que está pidiendo el señor José Nelson Uribe Duque.

**7. Sobre la liquidación del contrato de cuentas en participación.** Asumido como está por el Tribunal que entre el señor José Nelson Uribe Duque y César Antonio Pereira lo que existió fue un contrato en la especie de cuentas en participación y como el mismo demandante afirmó que todo fue muy bien desde el 2011 hasta el año 2015, época en la que escuchó comentarios en el sentido que el señor César había vendido la finca y también había vendido el ganado que era del demandante, por lo que lo citó a reunión y en Carrefour de Las Vegas le confesó privadamente su hoy fallecido socio César Antonio Pereira, que sí había vendido el ganado y se lo iba a pagar, por lo que liquidaron el contrato por una cantidad que estimó el mismo Pereira en \$410.130.000.00, siendo del caso analizar la prueba para ver si es posible proferir condena por los valores que dice el demandante o por otros que se hubieren demostrado.

También admitió el demandante que alcanzó a recibir \$130.000.0000 como abonos a capital, pero el señor César murió sin cumplir con el pago de lo acordado, que era una suma de \$410.130.000.00, discriminados así: como capital \$254.557.747.00, cifra de la cual el señor César Antonio le hizo abonos en el año 2016 por valor de 130.000.000, pero quedó adeudando 126.557.747, mientras que las utilidades se liquidaron en \$283.572.253, utilidades de las cuales le correspondía en un 55% al señor Pereira en un monto de 155.964.739.15; mientras que el 45% era del señor Nelson, equivalente a la suma de \$127.607.513.85, por lo que sumado capital y utilidades se adeudan 254.165.260.85 al demandante.

Que a finales del 2017 (debió ser a finales del 2016), César citó a Nelson a reunión en el parqueadero de Carrefour de la 65, a la que asistió Nelson acompañado de su amigo y abogado Henry Sánchez Abaunza, reunión en la que se habló de las cuentas del ganado que se debía y en la que Pereira se comprometió a entregarle en el mes de febrero una buena suma de dinero para abonar a la cuenta, pero César Pereira murió el 12 de febrero del 2017 sin que pudiera haber hecho el pago.

Estas fueron afirmaciones que hizo el mismo demandante José Nelson sin ningún soporte testimonial o documental fuerte o creíble, pues ya vimos cómo trajo a declarar a HENRY Sánchez ABAUNZA con el que entró en serias contradicciones, mismo testigo quien bajo juramento depuso lo siguiente: *“Conocí a César Pereira en enero del 2017 y lo conocí porque Nelson me dijo que tenía una reunión para cuadrar unas cuentas de un ganado y un domingo entre 8 y 9 de la mañana en Carrefour de la avenida Las Vegas y escuché pormenores de la reunión. Llegó y subimos a la cafetería, tomamos tinto y, Nelson le dijo cómo iban las cuentas y que necesitaba la plata ... y delante de mí dijo que le debía 126 millones y pico por capital de ganado y como 127 por las ganancias del ganado. Que había vendido la finca como a un paramilitar de San Pedro de Urabá pero que él le iba a responder por ese ganado. Que le iba hacer un abono muy bueno por esos días. César se despidió como que vivía al frente en un edificio y le dije a Nelson que lo veía asustado. Luego me encontré con Nelson en Bello y me dijo que César ya no le contestaba y yo llamé y me contestó y habló con César. A finales del 2017 hablé con Nelson y me dijo que César murió. Como dos o tres meses después me dijo que iba a tener entrevista con la familia de César para efectos del pago y apareció Ricardo Pereira que lo conocía hacía como 30 años y yo conocía a Ramiro que fue alcalde de Cañas Gordas. En esa reunión lo que se dijo es que no sabían de esa negociación y que allá en esa finca no había ganado. Luego fueron como 3 o 5 reuniones y el viernes en el éxito del poblado en sesión de comidas hablé con Ricardo que soy amigo de él y sé que es abogado. Luego llegó Ramiro y preguntó qué había investigado y Nelson le dijo que no tenía que investigar y que tenía las cuentas del ganado y Ramiro le dijo que estaba de afán.*

**7.1.** Pero la versión del testigo Henry Sánchez no resulta confiable porque se contradice con el demandante, entre otras cosas, cuando afirmó: *“Nelson no le entregaba plata sino el ganado directamente a don César. Yo no puedo saber cuánto ganado es y no sé cuánto ganado era y cuánto valía”* mientras que el señor Nelson en su relato expresó: *“Yo era el que ponía la plata para comprar el ganado que lo compraba él mismo.... Él compraba el ganado, hacía el negocio, pero yo lo pagaba, era mío, lo marcaba con la marca mía.”(...)* *“Había 248 novillos con promedio de 441 kilo a 3.750 por kilo, se liquidó, que eran 126 y pico de capital y 127 y pico de utilidad.”*, al tiempo que el testigo Ricardo Vásquez Carvajal expresó: *“No recuerdo cuántas reses tenía cuando ese problema y creo que hablaban de 400 y algo”*. Como puede verse, la prueba testimonial sobre la verdad de los valores que entregó Nelson a César para la compra de ganado no lo sabe ni el mismo demandante y tampoco se sabe al menos el número, edad y peso de las reses como para de ahí poderse haber decretado un

dictamen, incertidumbre que resulta todo un caos e imposibilidad para admitir de cuánto era el precio aproximado del número de reses que debían liquidarse en las cuentas. Por qué entonces si el señor Henry asistió a la reunión y escuchó todo, no supo que la cantidad de ganado a liquidar era de 248 novillos en pie y con un peso promedio de 441 kilogramos y lo que es peor, que no sabía que Nelson nunca entregó ganado a César sino que le daba el dinero para pagar el ganado que se compraba para el engorde y posterior venta, lo cual nos conduce a aceptar que si bien Henry pudo asistir a la reunión de que se habla, sin embargo, no parece que haya participado de la conversación entre José Nelson Uribe y César Pereira, debiéndose desconfiar que haya podido escuchar o saber todo lo que ocurrió, sin que se pueda tomar su testimonio como prueba de los valores en pesos que alega el demandante le confesó privadamente el señor César que le adeudada después de la liquidación del ganado que se había vendido en compañía y que faltaba por liquidar en una cantidad de 248 novillos, cifra que solamente el mismo demandante es el que motu proprio da cuenta de ella y pretende que se crea su versión como prueba única de la condena que pide a su favor, cuando le está vedado a la parte hacerse su propia prueba.

**7.2.** Aquí se aprecian varias inconsistencias que dejan en entredicho la verdad del testigo Henry respecto de lo que verdaderamente escuchó entre demandante y demandado, pues mientras que Nelson dice que se reunió con César en Carrefour de Las Vegas a finales del año 2017, el testigo Henry Sánchez Abaunza dice que la reunión se hizo en enero del año 2017; mientras que José Nelson dice que se liquidaron 248 novillos con promedio de 441 a valor de \$3.750 el Kg., inexplicablemente Henry no sabe cuántas cabezas de ganado fue lo que supuestamente se liquidó y eso que según él estuvo en la reunión; mientras que Nelson afirma que a la reunión llegó cada uno con los apuntes para la liquidación del ganado que se debía en hojas de papel, el testigo dijo que las cuentas las llevaron en la cabeza, porque ninguno llevó documento escrito y así se expresó el testigo que es abogado: ***“César le recibió ganado a Nelson el valor eran 126 millones y él se quedó encargado de engordarlo y darle la droga y venderlo en la feria de Medellín los lunes. Esos ganaderos hacen las cuentas en la cabeza y la finca ya la había vendido y llevaba las cuentas. No llevó escritos. Nelson lleva libro con lujo de detalles de todo el ganado que tiene en las fincas con los distintos dueños de fincas y de las platas que van entregando. Nelson tenía muy bien eso anotado en su casa y como viven de eso tienen entrenada la mente para saber capital y las ganancias.”***, sin embargo, fue el mismo demandante José Nelson quien manifestó en su interrogatorio de parte: ***“A los demandados no los reconozco y primera vez que los veo. César tenía apunte en la casa de él en libro o cuaderno y yo también, no había equivocación y él me dijo que tenía el apunte y nos encontramos***

**en Carrefour de Las Vegas y la llevó hecha y me dijo que la liquidación es esta, con el capital de 126 millones y 127 millones que le tocan a usted. Antes de eso no hubo dificultad y él reconoció que me debía la plata y me la iba pagar, que tuviera paciencia. Que la plata la invirtió en unos apartamentos que había comprado y los había pagado con esa plata. Eso fue en San Pedro de Urabá”.**

Como puede verse, hay contradicciones que resultan suficientes para que no pueda tenerse por cierta la afirmación que hace el testigo en cuanto la supuesta liquidación que hicieron el señor Nelson y César, mientras que otro tanto de incertidumbre provoca la versión del demandante, sin que dichas pruebas puedan conducir a la verdad sobre las cifras de la liquidación que se alega.

De otro lado, el testigo Luis Bernardo Peláez Gómez aunque aparenta sinceridad en su dicho, de todas maneras es un testigo de oídas, mismo quien expuso en audiencia que: **“César se mantenía aquí casi toda la semana y dejó de venir y le dije a Nelson cómo iba con César y me dijo que no me contesta y le di consejo para que tomara relación de ganados a ver qué estaba pasando. Yo tenía deuda moral porque yo los presenté y no respondía por nadie, pero sentí ese deber. César muy responsable y ninguna tacha ya ellos dos hicieron sus negocios y me pareció raro que César haya dejado de frecuentar la oficina y le dije a Nelson que fuera hacer inventario de los ganados. Cuando mandaba los ganados de Nelson yo los vendía acá y ya ellos cuadraban la cosa. Yo le daba la plata a Nelson y me imagino que cuadraba con César. Claro que hablo de ganado que compraba Nelson. Un viaje de ganado son 14 novillos y puede que lo vendiera por allá por mejor precio y no sé cuánto era ni cuánto era la plata, pero usted me aclara que eran doscientos cincuenta y pico. Él decía Nelson ahí compré 20 o 40 animales y hay que girarle la plata. Cuando se tiene plena confianza se hacen ese ese tipo de negocios y yo manejaba así el negocio con César que eso se utiliza así. Es un negocio de confianza. Los dos se encargaban de remitir el ganado a la feria. Yo conozco la marca de Nelson como la palma de la mano. No sé cuál era el porcentaje entre ellos, pero lo normal es el 55% para dueño de la finca y el 45% para el dueño del ganado.”** En otra de sus respuestas expresó el mismo testigo: **“Hasta que yo manejé el último ganado aquí no sé de incumplimiento de obligaciones y luego supe porque Nelson me dijo que César le dijo que había vendido el ganado y que le iba a pagar esa plata. Los problemas o el arreglo de ellos que según lo que me contó Nelson que hicieron arreglo antes de morir que le iba a pagar y yo no sabía de cuánta plata ni nada. Eso tuvo que haber sido en 2017 antes de morir César. De reunión de César y Nelson del valor adeudado acabo de contar que Nelson me contó que César me va pagar, hablamos por teléfono. Nelson me contó que el ganado ya no estaba y creo que ellos cuadraron lo del ganado y la utilidad.”**

**7.3.** Muy poco o nada es lo que sabe Peláez Gómez, pues hasta que manejó para la venta el ultimo lote de ganado que le enviaron a la feria no supo cuáles obligaciones había entre Nelson y César, para luego decir que fue Nelson quien después le contó que César había vendido el ganado, pero que se comprometió a pagarle, pero no sabe cuánto era la suma y solamente admitió la que la misma juez le enunció en una



de las preguntas, sin que realmente él tuviera conocimiento de las cifras o cantidades que supuestamente César le quedó debiendo al señor José Nelson, testigo de oídas que tampoco aporta nada a la prueba del capital y utilidades que dice le adeudaba César a Nelson antes de morir en febrero del 2017.

Mucho menos aportó a la prueba de la cuantía que se alega el señor Ricardo Vásquez Carvajal, pues, aunque en su testimonio dijo ser por mucho tiempo el Transportador del ganado de Nelson y César, habiendo conocido a José Nelson Uribe desde hace unos 25 años, porque también éste para esa época transportaba ganado, aunque también conoció a César Pereira a través de Nelson en la feria, transportándole ganado como en 2010 o 2011, pero solamente supo que Nelson tenía ganado en finca de César Pereira porque le transporté ganado y supo del incumplimiento porque los compañeros camioneros dijeron que César estaba vendiendo ganado para Cartagena y que había vendido finca y llevaba tiempo sin ir a la feria, esto es, como testigo de oídas solamente escuchó comentarios sobre el asunto y nada más.

**7.4.** Lo que sí conoció el testigo es que César tenía la finca y Nelson le daba ganado a utilidades al 55% y un 45% para Nelson. Que Nelson administraba el ganado en pastos droga y luego lo enviaba a la feria. Que Nelson recibía el ganado en la feria y era quien ponía el capital. Que el ganado lo compraba César con dinero de Nelson y lo pagaban en la oficina de Luis Bernardo Peláez. Y sabe eso porque se mantenía con Nelson en la feria y todavía se encuentra con él. Pero también fue certero en decir que fue Henry Sánchez quien le comentó de la reunión en Carrefour y *“me dijo que era un poquito más de 250 millones y no se los pagó”*, pero qué fuerza puede tener este testimonio cuando ya se expuso por qué no puede creerse la versión de Henry Sánchez al entrar en serias contradicciones con la versión del demandante

A la pregunta de la abogada de la parte demandante respondió que conoce a Bernardo hace 35 años y don Henry unos 8 años, que el ganado ya gordo se le entrega a Luis Bernardo Peláez y él lo vende a carniceros y revendedores de ganado y don Luis Bernardo recoge el dinero de la venta y lo entrega al dueño del ganado y él resta la comisión, gastos de feria y el transporte. Que en época de venta ganado a Cartagena César sí tenía ganado de Nelson y se decía que era ganado de don Nelson. Después de eso don César no volvió a la feria, eso fue después de unos

cuatro años que empezaron sociedad, pero en forme sincera expresó: *“Eso lo sé porque don Nelson me lo contó. Yo le transporté ganado de San pedro de Urabá de la finca catalina de don César y de ahí a la feria. El ganado era marcado con marca de Nelson Uribe. N.U. también se acostumbra poner marca del señor de finca de don César y también tenía la otra marca y se veía esa marca de don César. Después de eso mandó dos viajes sin marca y le dijo a don Nelson que el ganado más grande era de él y que el trabajador se equivocó y no puso la marca del ganado. En el transcurso del año mandaba ganado don César y también compraba ganado por allá. No recuerdo cuántas reses tenía cuando ese problema y creo que hablaban de 400 y algo.* En definitiva, tampoco este testigo de oídas pudo aportar la verdad sobre el monto de lo que dice José Nelson le adeudaba César Antonio.

**7.5.** No puede ser cierto, entonces, que los testigos aquí relacionados tuvieran pleno conocimiento de la cantidad de ganado o los lotes que se habían vendido y faltaban por liquidar y mucho menos de la cantidad de dinero aproximada o exacta que le debía César a Nelson por efecto de la liquidación del contrato de ganado a utilidades, pues de lo que sí hay serios indicios debido a la confianza que se tenían ellos y la forma tan informal como se procede en el negocio de la compra, engorde y venta de ganado a utilidades compartidas, es que las cuentas las llevaba cada uno o **“en la cabeza”** como se dice popularmente, pero no se probó que conciliaran las cuentas de cada uno con las cuentas anotadas en los apuntes o cuadernos que supuestamente cada uno llevaba en forma privada y ese desorden contable es lo que dificulta en grado sumo que pueda proferirse una condena, por eso con razón dice el comen tarista Camilo Posada Torres –atrás citado-, que el conflicto más frecuente en el contrato de cuentas en participación se presenta al momento de la liquidación del mismo y por eso recomienda: *“que el gestor lleve cuentas claras sobre su gestión y sobre todas las transacciones y/u operaciones que realice en desarrollo del objeto del contrato para que sea fácil determinar las utilidades o pérdidas que se generen, además de servir como criterio de determinación de las obligaciones que adquiere con los partícipes inactivos relacionadas con la repartición de las utilidades producidas conforme al porcentaje de participación que cada uno de ellos ostente sobre las mismas, o para establecer las pérdidas totales generadas y, sobre estas, el límite de la responsabilidad de cada una de las partes.”*

Pero aquí brilló por su ausencia la prueba de esa cuentas claras, siendo enfático Luis Bernardo Peláez en que no sabía cuánta era la plata que César le adeudaba a Nelson, mientras que Henry Sánchez si bien se aproxima a las cifras que el demandante dice que le debía César Pereira, de todas maneras su versión no resulta creíble por las contradicciones que se encontraron respecto del mismo relato del demandante, toda vez que mientras el demandante afirma que a la reunión se llevaron cuentas escritas es el mismo testigo quien desmiente ese hecho.

**7.6.** También pretende el demandante que se incluya las cuentas que él presentó y que según lo afirma son fieles a la rendición de cuentas que verificó con César en Carrefour de Las Vegas, sin embargo, no tenía entonces por qué asegurar que en dicha reunión sí llevaron las cuentas escritas, cuando Henry negó esa situación, sin que se sepa tan siquiera a ciencia cierta cuánto fue el número de novillos o reses que faltaron por liquidar, pues a la pregunta del abogado de la demandada, el demandante Nelson contestó: ***“No se convino plazo, sino que el ganado que se iba engordando se vendía. Los lotes eran varios porque se vendía un viaje y se compraba con esa misma plata. El control lo llevábamos en un libro, lo hacía César personalmente y yo en el mío. Esos negocios no se firman, usted compra cien novillos y los paga a los veinte días. Él los compraba y traía el apunte y me decía, vea le compré a fulano tantos novillos y hay que pagarlos. César ejerció la ganadería hasta el día en que murió. Cada que ganado estaba gordo se vendían, me llamaba hay 14 novillos gordos, mande por ellos. Luis Bernardo Peláez lo recibía y pagaba gastos y luego me pagaba a mí. Así se negocia en todas partes. Eso depende y varía”***. Pero, si eso fuere cierto, por qué no vienen firmadas dichas cuentas ya conciliadas por el señor César y por eso con razón así lo exige la parte demandada, por qué si esa es la prueba de esa conciliación de cuentas entre ambos durante esa reunión, luego, entonces, por qué no hay ninguna firma o escrito de aprobación de César Pereira, razón suficiente para que tampoco dicho escrito pueda ser una prueba fiable para atender la mera afirmación del demandante, sin que pueda este crear su propia prueba.

**7.7.** Y es que en esa clase de negocios hay que tener en cuenta que cada animal bovino tiene su precio o valor porque la venta se hace por peso o en kilogramos de ganado en pie y cómo es que un negocio de esa envergadura no se documenta, sino que las cuentas se llevan en un cuaderno privado por cada interesado y cuando liquidan apelan es a la memoria, pues así lo comprobó el señor Henry Sánchez Abaunza, ya que cuando participó en la reunión manifestó que ni Nelson ni César llevaron apuntes o escritos, sino que todo lo hicieron apelando a la memoria, razón por la cual tan siquiera el demandante ni los demandados acataron pedir un dictamen pericial contable, mismo que resultaba muy difícil e inútil ante la falta de documentación, quedando solamente apelar a la prueba que se trajo al proceso y no es otra que las afirmaciones del demandado y lo testimoniado por Henry Sánchez, Luis Bernardo Peláez y Ricardo Vásquez Carvajal, quienes a la hora de la verdad poco o nada es lo que saben sobre los valores que adeudaba César a Nelson por concepto de la venta de ganado en compañía y eso hace imposible que se pueda admitir que los valores adeudados son los que mencionó el demandante en la demanda, pues eso sería como permitir que él pueda crear su propia prueba y eso es inaceptable.

**8. Conclusión.** En síntesis, aunque sí existió un contrato de cuentas en participación y es cierto que el señor César dispuso de ganado y no hizo la liquidación respectiva con el señor Nelson, sin embargo, no es posible deducir los valores de condena que pudieran resultar de la liquidación de dicho contrato y por eso la sentencia que se revisa será confirmada, modificándola en el sentido que el contrato celebrado fue el de cuentas en participación y nunca el de sociedad mercantil de hecho.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### III. FALLA:

**PRIMERO: SE CONFIRMA**, pero por las razones del Tribunal, el fallo proferido el día 08 de marzo del año 2021 por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, modificándolo, sin embargo, para declarar la existencia de un contrato de Cuentas en participación, no obstante, se deniega la pretensión de condena derivada de la supuesta liquidación del contrato.

**SEGUNDO:** Se condena en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante. En su momento procesal, el magistrado ponente mediante auto fijará las agencias en derecho que corresponden en la segunda instancia

**TERCERO:** Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE,**



**JULIÁN VALENCIA CASTAÑO**  
Magistrado



**PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA**  
Magistrada



**JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO**  
**Magistrado**