

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. (EN LIQUIDACIÓN)

contra

ALBERTO ENRIQUE HENRÍQUEZ ALVAREZ

LAUDO

Barranquilla, catorce (14) de junio de dos mil doce (2012)

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que dirime la controversia sometida a su consideración, en los siguientes términos:

I.- Antecedentes.

1. El contrato que origina este proceso:

Es el contrato denominado de cuentas en participación suscrito entre la sociedad INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A y el señor ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ contenido en el documento privado de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2.009, visible a folios 18 a 29 del cuaderno principal.

2. La cláusula compromisoria pactada:

El pacto arbitral se encuentra contenido en la cláusula décima segunda (12º.) del contrato de cuentas en participación acabado de mencionar y cuyo texto es el siguiente:

"CLAUSULA DECIMA SEGUNDA- ARBITRAMENTO: *Toda disputa entre las partes que surja de este convenio, distintas a las previstas en la cláusula quinta, se resolverá definitivamente por un tribunal de arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Barranquilla, de acuerdo con lo previsto en el*

reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de dicha entidad. El Tribunal funcionará en la ciudad de Barranquilla, en la sede del Centro antes señalado”.

3. Trámite prearbitral y arbitral inicial:

- 3.1.** Mediante escrito presentado personalmente ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla el día veinticuatro (24) de febrero de 2011, el apoderado especial de la sociedad INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. (EN LIQUIDACIÓN) presentó demanda contra el señor ALBERTO ENRIQUE HENRÍQUEZ ÁLVAREZ, solicitando la convocatoria a un Tribunal de Arbitramento.
- 3.2.** En desarrollo de lo pactado en la cláusula compromisoria contenida en el contrato de cuentas en participación que es causa de esta demanda, el día once (11) de marzo de 2011 se realizó la diligencia de designación de árbitros, quedando inicialmente integrado el Tribunal por los doctores: Erwin Arteta Román, Vicente Noguera Carbonell y Jaime Tello Silva.
- 3.3.** En razón a la manifestación realizada por el doctor Jaime Tello Silva, el apoderado de la parte convocada solicitó su reemplazo, lo cual ocurrió designando al doctor Gabriel Diago García, tal como consta en acta de fecha once (11) de abril de 2011 obrante en el expediente (fl. 101), con quien se integró el forma definitiva este Tribunal.
- 3.4.** La demanda inicial fue sustituida por el apoderado de la convocante mediante escrito de fecha diecinueve (19) de mayo de 2011 (fls. 116 a 123), día en el cual se celebró la audiencia de instalación.
- 3.5.** Tal y como consta en el auto No. 1 de fecha diecinueve (19) del mes de Mayo de 2011 (fls. 111 a 114), el tribunal se declaró legalmente instalado, procediendo a la designación tanto del respectivo presidente, como de su secretario; adicionalmente mediante el auto No. 2, de la misma fecha, se procedió a señalar fecha para pronunciarse sobre la admisión de la demanda por la circunstancia anotada en el numeral anterior.

- 3.6.** El día veinticuatro (24) de mayo de 2011, mediante el auto No. 3 (fls. 127 a 130), el Tribunal dispuso inadmitir la demanda arbitral por no contener la estimación razonada de la cuantía y, en consecuencia, se ordenó mantener el expediente en Secretaría por cinco (5) días y a disposición de la parte convocante, a fin de que subsanara la irregularidad señalada; lo cual hizo por memorial de fecha treinta y uno (31) de mayo de 2011 (fls. 131 y 132).
- 3.7.** Analizado el escrito, el Tribunal encontró que la demanda reunía los requisitos legales y en consecuencia dispuso su admisión, tal y como aparece en el auto No. 4 de fecha dos (2) de junio de 2011 (fls. 133 y 134).
- 3.8.** Seguidamente, el apoderado de la parte convocante presentó reforma de la demanda el día cinco (5) de julio de 2011 (fls. 169 a 173), la cual fue admitida mediante el auto No. 5 del catorce (14) de julio de 2011 (fls. 175 y 176).
- 3.9.** El apoderado de la parte convocada contestó la demanda y su reforma, tal y como consta en los escritos presentados los días veinticuatro (24) de junio (fls. 146 a 160) y veintisiete (27) de julio (fls. 178 a 183) de 2011.
- 3.10.** El Tribunal procedió a dar traslado de las excepciones de mérito propuestas por el apoderado del convocado en los escritos correspondientes por fijación en lista de fecha veintinueve (29) de junio de 2011 (fl. 168).
- 3.11.** El apoderado de la convocante procedió a descorrer el traslado de las excepciones de mérito propuestas mediante escrito presentado el día cinco (5) de julio del 2011 (fls. 163 a 167).
- 3.12.** Surtido el trámite anterior, el día once (11) de Agosto de 2011 y previa presentación de excusa presentada por el apoderado de la parte convocante, mediante auto No. 7 de la misma fecha, se señaló el nueve

(9) de Septiembre de 2011 como nueva fecha para la celebración de la audiencia de conciliación. (fls. 191 a 193)

3.13. El día nueve (9) de septiembre de 2011, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, declarándose esta fracasada mediante el auto No. 9 de la misma fecha (fl. 198).

3.14. Debe anotarse que el Tribunal ante la nueva petición de aplazamiento que formulara el apoderado del convocado, al inicio de la audiencia de conciliación señalada para el día nueve (9) de Septiembre de 2011, dispuso, en el auto No. 8, que no accedería a la fijación de una nueva fecha para la celebración de la mencionada audiencia y resolvió: "*abstenerse de sancionar por inasistencia a la parte convocada*"¹

3.15. Posteriormente y ante el fracaso de la audiencia de conciliación el Tribunal fundamentado en la estimación de la cuantía que realizara el apoderado de la sociedad convocante, procedió mediante el auto No. 10 a determinar y decretar las sumas correspondientes a los honorarios de los árbitros y del secretario y los gastos de protocolización, registro, funcionamiento y administración del Tribunal (fls. 194 a 201), esta decisión no fue objeto de recurso ni aclaración por las partes presentes en dicha audiencia.

3.16. En cumplimiento de lo dispuesto en el auto señalado en el numeral anterior, la parte convocante consignó, dentro del término legal, el valor correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de los gastos y honorarios fijados. Teniendo en cuenta que la parte convocada no efectuó la consignación respectiva, la parte convocante, dentro de los cinco (5) días siguientes y de conformidad con lo establecido en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, consignó el cincuenta por ciento (50%) restante.

3.17. Verificado lo anterior procedió el Tribunal el día tres (3) de octubre de 2011, mediante el Auto No. 11, a fijar el trece (13) de Octubre de 2011

¹ Auto No. 8 Tribunal de Arbitramento INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. vs. ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ. Fls 199 a 198.

como fecha para celebrar la primera audiencia de trámite. (fls. 202 y 203)

4. Síntesis de las pretensiones de la demanda y de los hechos que la sustentan:

Las pretensiones de la demanda inicial y su reforma, las cuales se consideran integradas a partir de esta etapa procesal, se sintetizan así:

4.1. Pretensiones:

Las pretensiones contenidas en el escrito final de reforma a la demanda son las siguientes:

"PRIMERA: *Que se declare que el señor **ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ** incumplió el contrato de cuentas en participación firmado con la sociedad **INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A.** hoy **INVERSIONES AVANADE & CIA S.A.S.** el 21 de Diciembre de 2009.*

SEGUNDA: *Que como consecuencia de ello se declare la terminación del contrato de cuentas en participación, por causa imputable al demandado **ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ.***

TERCERA: *Que se condene al demandado **ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ** al pago de la cláusula penal pactada en el inciso tercero de la cláusula séptima del contrato de cuentas en participación. La liquidación de la pena se hará conforme se estableció en el contrato.*

La cuantificación se hará con fundamento en lo siguiente:

Conforme a lo establecido en la cláusula séptima del contrato de cuentas en participación, se realizó la proyección de las utilidades netas que generará LA EGN en el tiempo

que resta para finalizar el contrato. Tomando como base en promedio de ventas mensuales de 80.000 m3 de gas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se estima que en los 13.6 años que faltan por ejecutar del contrato, se generarían unas utilidades netas (después de impuestos) de dos mil ochocientos doce millones de pesos (\$2.812.000.00) razón por la cual el valor de la penalidad por incumplimiento del contrato se estima en mil cuatrocientos seis millones de pesos (\$1.406.000.000)

*Por lo tanto, la cuanta de la condena por concepto de la clausula de la condena por concepto de la clausula penal, será la suma de **MIL CUATROCIENTOS SEIS MILLONES DE PESOS (\$1.406.000.000)** cantidad que se obtiene de dividir por mitades la suma de utilidades netas proyectadas en lo que resta de ejecución del contrato de cuentas en participación.*

CUARTA: *Que se condene al demandado **ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ** al pago de los gastos y costas del proceso.*²

4.2. Hechos:

Los hechos expuestos en la demanda y su reforma pueden resumirse de la siguiente manera:

- En los hechos del 1 al 3 la parte convocante hace mención de las generalidades del contrato de cuentas en participación, su duración y objeto.
- En los hechos del 4 al 9 se señala la forma de financiación del contrato, manifiesta que el PARTICIPE aportó la suma de UN MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL

² Escrito de reforma a la demanda de fecha cinco (5) de Julio de 2011 presentado por el apoderado de la sociedad convocante dentro del proceso arbitral promovido por INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. contra ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ.

SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$1.196.284.755), y en consecuencia el GESTOR, con ocasión al contrato de cuentas en participación tenía a su cargo las siguientes obligaciones: (i) el pago conforme lo contenido en la cláusula tercera del contrato, (ii) la operación de la EGN y (iii) llevar una contabilidad de la EGN a la que el PARTICIPE tendría acceso.

- Los hechos 10 y 11, hacen referencia al incumplimiento por parte del GESTOR de las obligaciones acordadas, alegando que este a la fecha había pagado al PARTICIPE desde el momento de ejecución del contrato solamente la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES VEINTE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS (\$268.020.952), igualmente se aduce que el demandado ha configurado causales de terminación del contrato tales como la mora en los pagos, la negativa a permitir la verificación de la información de las cuentas y contabilidad de la EGN por parte del PARTICIPE, el permitir que la EGN funcionara sin el lleno de los requisitos legales haciéndola acreedora de sanciones y orden de cierre del establecimiento por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio y el haber incumplido con la obligación de construcción, adecuación total y arrendamiento de los tres locales comerciales a pesar de que el PARTICIPE entregó los dineros necesarios para la obra.
- En los hechos del 12 a 14 la parte convocante relata el contenido de la cláusula arbitral y manifiesta que la sociedad INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. – hoy S.A.S.- ha cumplido con el objeto del contrato, ya que hizo entrega oportuna de los dineros necesarios para la construcción y funcionamiento de la EGN. Además señala la transformación de que fue objeto la sociedad convocante.

5. Síntesis de las excepciones propuestas en la contestación a la demanda y de los hechos que las sustentan:

La parte convocada contestó en forma oportuna la demanda y su reforma, mediante escrito que se pueden resumir de la siguiente manera:

5.1. En relación con los hechos:

- La parte convocada admitió como ciertos los hechos 1 a 4, 7, 8, 9, 12 y 14 haciendo precisiones u observaciones sobre varios de ellos.
- La parte convocada manifestó no ser ciertos los hechos numerados 5, 6, 10, 11 y 13, y explica en cada caso las razones de su negativa.

5.2. Excepciones de mérito propuestas:

- Al dar respuesta a la reforma de la demanda, la parte convocada formuló las siguientes excepciones de mérito:
- Ausencia de los requisitos para la validez del contrato: aduciendo (i) una incapacidad jurídica por parte de la convocante toda vez que dentro de su objeto social no tiene contemplada la posibilidad de celebrar contratos de cuentas en participación y (ii) una ausencia de consentimiento por la existencia de un error de hecho toda vez que se indujo al convocado a suscribir un contrato de cuentas en participación cuando en realidad era un contrato de mutuo.
- Incumplimiento del contrato de cuentas en participación por falta de la entrega del aporte económico del partícipe no gestor: alegando que la convocante realizó obras de administración cuya competencia era exclusiva del gestor.
- Improcedencia de las causales de incumplimiento alegadas por la parte demandante: la sustentación de esta excepción se enfoca en controvertir los hechos que determina la convocante como causa general del incumplimiento que reclama.

II.- Etapa instructiva y consideraciones del Tribunal acerca de temas y asuntos de procedimiento:

La etapa instructiva se inició con la primera audiencia de trámite realizada el día trece (13) de octubre de 2011, en la que se leyó la cláusula arbitral establecida en el contrato que nominaron las partes como de cuentas en

participación suscrito entre ellas; se determinaron las pretensiones, y se realizó la estimación de su cuantía.

De igual manera el Tribunal procedió a determinar su propia competencia a efectos de lo cual profirió el auto No. 12 (fl. 209). En la parte motiva del auto en cuestión y al referirse sobre el contenido de la cláusula quinta (5ª) del contrato, sobre la cual las partes decidieron excluir de las cuestiones sometidas al arbitramento, el Tribunal expresó *"... No obstante lo anterior, y luego de observar y analizar la cláusula quinta (5ª)³ del contrato de cuentas en participación, la cual, por expreso acuerdo de las partes se encuentra excluida del pacto arbitral, el Tribunal previene desde ahora, que no efectuará pronunciamiento alguno sobre aspectos que involucren cuestiones contempladas en dicha cláusula por la expresa disposición de las partes. Por tales razones, el Tribunal no podrá resolver controversia sobre los aspectos allí señalados..."*.

En consecuencia y en punto a lo anterior, el Tribunal no se pronunciará sobre los aspectos allí considerados tal y como oportunamente lo manifestó en la primera audiencia de trámite, frente a cuya decisión ninguna de las partes manifestó inconformidad o interpuso recurso alguno.

Habiendo declarado su propia competencia inmediatamente se procedió al decreto de pruebas correspondientes de la forma establecida en el auto No. 13 (fl. 210), decretando y admitiendo las que más adelante se determinan.

Adicionalmente y sobre el particular, destacamos los siguientes aspectos:

6. Clase de arbitramento y de proceso arbitral:

³ Clausula quinta contrato de cuentas en participación: DECISIONES CONJUNTAS: el GESTOR y el PARTICIPE deberán decidir por mutuo acuerdo todos los aspectos atinentes a diseño de las obras de construcción de la EGN así como la contratación de las obras y los precios respectivos, tanto de materiales, honorarios y servicios. Igualmente se requerirá el acuerdo de todas las partes en la metodología de funcionamiento de la EGN una vez construida, las compras de equipo, insumos, productos, combustibles, salarios y en general cualquier gasto relacionado con la operación y explotación económica de la EGN. Para tal efecto las partes acuerdan integrar una junta de dirección del contrato. La cual estará integrada por un representante de cada una de las partes. La junta de dirección de reunirá ordinariamente con periodicidad mensual en las instalaciones de la EGN el segundo jueves de cada mes. También podrá reunirse extraordinariamente en cualquier fecha, por solicitud de cualquiera de sus miembros para analizar y decidir aspectos urgentes.

En caso de existir un desacuerdo entre las partes sobre alguno de los anteriores aspectos, que no pueda ser dirimido directamente por las partes en un periodo no superior a un mes, cualquiera de ellas podrá acudir a un amigable componedor designado por la cámara de comercio de Barranquilla, el cual dirimirá la controversia, buscando siempre que funcionamiento de la EGN sea continuo y que el negocio sea continuo y genere los fondos necesarios para atender sus gastos ordinarios de operación y el servicio de la deuda cuando hubiere lugar a ello.

Se trata de un arbitraje institucional respecto a un contrato de derecho privado; en el cual, el fallo se producirá en derecho y el Tribunal se desarrolló conforme a lo previsto en el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Barranquilla, de acuerdo con lo pactado en la cláusula compromisoria y conforme lo establecido en el artículo 116 del Decreto 1818 de 1998.

7. Término de duración de este proceso arbitral:

Las partes no fijaron en la cláusula arbitral término de duración del proceso, por lo que, de conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, "éste será de seis (6) meses contados desde la primera audiencia de trámite". Comoquiera que ésta se surtió el día trece (13) de octubre 2011, dicho término expiraría el día trece (13) de abril de 2012.

No obstante, el Tribunal, atendiendo solicitudes presentadas por las partes de forma conjunta y con el lleno de los requisitos legales, decretó suspensiones de este proceso y de todos sus términos por un plazo total de ochenta y dos (82) días calendario, mediante decisiones tomadas en autos Nos. 22 (fls. 304 a 312), 31 (fls. 792 a 795) y 32 (fls. 796 a 798), de modo que los seis meses de plazo para emitir fallo vencerían, luego de suspensiones, **el día cuatro (4) de julio de 2012**, lo que significa que en la presente fecha estamos dentro del término autorizado para proferir laudo.

8. Presupuestos procesales:

8.1. Demanda en forma:

Se cumplió con el requisito de la demanda en forma, toda vez que la demanda y su reforma, luego de ser inadmitida y subsanada por la parte convocante, reunió los requisitos formales exigidos por la ley, así como sus anexos, de igual forma sucedió con la adecuada acumulación de pretensiones; lo anterior, conforme lo establecido en los artículos 75, 77 y 82 del Código de Procedimiento Civil.

8.2. Competencia del Tribunal:

El Tribunal declaró su propia competencia para conocer del presente litigio, mediante el auto No. 12 de fecha trece (13) de octubre de 2011 (fls. 205 a 223), con las consideraciones visibles en la citada providencia. Contra dicho auto no se presentaron recursos, ni solicitudes de aclaración, corrección o complementación, ni se dejaron constancias.

8.3. Partes y su capacidad concurrir al proceso:

Según lo visto en el trámite arbitral el Tribunal ha encontrado que las partes intervinientes son plenamente capaces y están debidamente representadas, lo anterior se evidencia en que la sociedad convocante ha comparecido a través de su representante legal quien cuenta con plenas facultades para tal fin y le concedió poder especial al doctor Amaury Peñalosa de la Hoz, abogado inscrito y en ejercicio, y, el convocado es una persona natural, mayor de edad, plenamente capaz y, para efectos de la procuración presente proceso, ha otorgado poder al doctor Yamil Ospino Pérez, abogado inscrito y en ejercicio.

9. Pruebas decretadas y practicadas en este proceso:

En este proceso se decretaron pruebas pedidas por las partes y de oficio por este Tribunal; igualmente estas se modificaron o se aceptaron los desistimientos presentados sobre algunas de ellas, tal y como consta en los autos Nos. 13, 15, 16, 19 y 26, entre otros.

Se practicaron todas las pruebas decretadas por el Tribunal salvo el testimonio del Señor Ismael Bolívar quien a pesar de haber sido citado en más de tres (3) ocasiones, no compareció a rendir su testimonio que fuera decretado de oficio por este colegiado.

A continuación se relacionan las principales pruebas decretadas y practicadas durante el presente proceso:

Pruebas
9.1. Documentales

9.1.1. Pedidas o decretadas a instancias de las convocantes	
Aportadas con la demanda	
<p>Certificado de existencia y representación legal de la sociedad INVERSIONES AVANADE & CIA S.A.S. (Antes INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A.) (fls. 13 a 15)</p>	<p>Certificado de matricula como comerciante de ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ. (fls. 16 a 17)</p>
<p>Contrato de cuentas en participación firmado entre INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. y ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ y sus anexos que hacen parte integral del mismo. (fls. 18 a 29)</p>	<p>Programación de la amortización del préstamo a cargo de ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ a favor de INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. –hoy en día según se nos informa S.A.S.- (fls. 31 y 32)</p>
<p>Certificación del revisor fiscal de INVERSIONES AVANADE & CIA S.A.S. donde consta el valor total del préstamo otorgado para la construcción, dotación y puesta en funcionamiento de la EGN por valor de \$1.304.016.356.00 (fl. 37)</p>	<p>Certificación del revisor fiscal de INVERSIONES AVANADE & CIA S.A.S. donde consta los pagos recibidos por parte del señor ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ, junto con copias de los soportes como comprobantes de ingreso, copia de las consignaciones, declaración de operaciones en efectivo, notas de contabilidad, copia de cheques girados por el GESTOR y copia del extracto de cuenta corriente. (fls. 38 a 63)</p>
<p>Relación de las obligaciones en mora a cargo de ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ. (fl. 64)</p>	<p>Folio de matrícula inmobiliaria 040-1055501 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Barranquilla. (fls. 65 y 66)</p>
<p>Copia de la resolución No. 7252 del 23 de diciembre de 2010, mediante la cual la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó el cierre de la estación por sesenta (60) días e impuso sanción por la suma de \$39.655.000.00. (fls. 67 a 70)</p>	<p>Comunicación del 1º de marzo de 2010, donde el GESTOR solicita al PARTICIPE la modificación de la cláusula 6ª del contrato de cuentas en participación. (fl. 71)</p>

<p>Respuesta del 8 de marzo de 2010, donde INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. rechaza la petición de modificación del contrato. (fl.72)</p>	<p>Comunicación del 25 de junio de 2010, donde INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. donde se requiere al GESTOR por su incumplimiento en el pago y el impedimento de éste para que el Revisor Fiscal audite las cuentas del negocio. (fl. 73)</p>
<p>Correo electrónico donde el señor CARLOS HENAO acusa recibo de la resolución No. 7252 de la Superintendencia de Industria y Comercio, y lo requiere para que informe sobre el dinero cobrado para resolver sobre ese asunto. (fl. 74)</p>	<p>Correo electrónico del 7 de enero de 2011 donde el señor RICARDO GONZÁLEZ le remite al señor ALBERTO HENRÍQUEZ la cuenta de cobro por los locales dejados de alquilar. (fl. 75)</p>
<p>Correo electrónico del 11 de febrero de 2011, donde el señor ALBERTO HENRÍQUEZ se rehúsa al pago. (fl. 77)</p>	<p>Cuenta de cobro del 28 de enero de 2011, donde se indica que a esa fecha el GESTOR adeudaba la suma de \$93.880.129.00. (fl. 78)</p>
<p>Correo electrónico del 2 de febrero de 2011, donde el señor JOSE SALAS responsable de la contabilidad del señor ALBERTO HENRÍQUEZ solicita la verificación de los valores de las cuentas de cobro. (fl. 80)</p>	<p>Correo electrónico del 3 de febrero de 2011, en el que el señor RICARDO GONZÁLEZ le remite al señor ALBERTO HENRÍQUEZ y a JOSE SALAS invitación para reunirse para revisar las cuentas de los saldos a pagar. (fl. 80)</p>
<p>Correo electrónico del 7 de febrero de 2011 en que el señor RICARDO GONZÁLEZ le remite al señor ALBERTO HENRÍQUEZ las cuentas de cobro por los meses de enero y febrero de 2011 que habían sido recibidas físicamente. (fl. 81)</p>	<p>Respuesta por correo electrónico del 8 de febrero de 2011, en el que el señor ALBERTO HENRÍQUEZ continúa rechazando el pago. (fl. 84)</p>
<p>9.1.2. Pedidas o decretadas a instancias de la parte convocada</p>	
<p>Aportadas con la contestación de la demanda</p>	

Documento informe de la empresa GASERV, de fecha 23 de junio de 2011, suscrita por el señor JHON NARVAEZ, representante legal de la misma. (fl. 160)	
9.2. Oficios	
9.2.1. Pedidos o decretados a instancias de la convocante	
A la Superintendencia de Industria y Comercio: Para que certifique la existencia de la actuación radicada bajo el número 100245507, la visita practicada a la EGN el 17 de marzo de 2010, la expedición de la resolución 7252 del 23 de diciembre de 2010, si se interpuso recurso contra la misma y el estado actual de la actuación.	
9.2.2. Pedidos o decretados a instancias de la parte convocada	
Al Banco de Occidente y Banco de Crédito para que certifique sobre el promedio de depósitos de la empresa INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. de los años 2008 a 2010.	
9.2.3. Decretados de oficio	
AL JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA: Para que remita copia auténtica del proceso ejecutivo singular No. 194-2011. (fls. 419 a 760)	
9.3. Testimonios Pedidos y Practicados	
9.3.1. A instancias de la convocante	

Carlos Alonso Henao. Decretado por auto No. 13. (fls. 210 a 223). Recepcionado el día veintisiete (27) de Octubre de 2011, Transcripción visible a folios 359 y ss., tomo I.	Ricardo José González. Decretado por auto No. 13 (fls. 210 a 223). Recepcionado el día veintisiete (27) de Octubre de 2011, Transcripción visible a folios 372 y ss., tomo I.
Bladimir José Mora Suárez. Decretada por auto No. 13, no se practicó por inasistencia del testigo.	
9.3.2. A instancias de la parte convocada	
Edinson Álvarez Gómez. Decretado por auto No. 13. (fls. 210 a 223). Recepcionado el día dos (2) de Noviembre de 2011. Transcripción visible a folios 348 y ss., tomo I.	Walter Becerra Rivera: Decretada por auto No. 13 (fls. 210 a 223). No se practicó por inasistencia del testigo.
Jorge Pertúz Marriga: Decretada por auto No. 13, no se practicó por inasistencia del testigo.	
9.3.3. Decretado de oficio	
Ismael Bolívar: Auto No. 23. (fls. 210 a 223). No se practicó por inasistencia del testigo.	
9.4. Interrogatorios de parte	
9.4.1. Pedidos o decretados a instancia de la convocante	9.4.2. Pedidos o decretados a instancia de la parte convocada
Alberto Enrique Henríquez. Auto No. 13 (fls. 210 a 223). Practicado el día diecisiete (17) de Noviembre de 2011, visible a folios 327 y ss., Tomo I	Fernando Ardila Pardo, Auto No. 13 (fls. 210 a 223). Practicado el día dos (2) de Noviembre de 2011, visible a folios 336 y ss., Tomo I
9.5. Exhibición de Documentos e Inspecciones judiciales	
9.5.1. Pedidas o decretadas a instancia de la convocante	
Inspección judicial, intervención de perito arquitecto o ingeniero civil, sobre el inmueble donde funciona la EGN situada en la calle	Exhibición de documentos, sobre los libros y papeles de INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. y en los libros y papeles de

<p>56 No. 9D-147 de la ciudad de Barranquilla: Auto No. 13 (fls. 210 a 223).; surtida el primero (1) de noviembre de 2012, folios 251 y s.s., Dictamen a folios 401 y s.s., Tomo I.</p>	<p>contabilidad de ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ: Auto No. 13 (fls. 210 a 223), surtida el cuatro (4) de noviembre de 2012, folios 271 y s.s., Dictamen a folios 314 y s.s., Tomo I.</p>
<p>9.5.2. Pedidas o decretadas a instancias de la parte convocada</p>	
<p>Inspección Judicial con intervención de perito contador en INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. sobre los libros y papeles de contabilidad. Auto No. 13 (fls. 210 a 223), surtida el ocho (8) de noviembre de 2012, folios 282 y s.s., Dictamen a folios 314 y s.s., Tomo I.</p>	<p>Inspección judicial, intervención de perito arquitecto o ingeniero civil, sobre el inmueble donde funciona la EGN situada en la calle 56 No. 9D-147 de la ciudad de Barranquilla: Auto No. 13 (fls. 210 a 223); surtida el primero (1) de noviembre de 2012, folios 251 y s.s., Dictamen a folios 401 y s.s., Tomo I.</p>
<p>9.6. Dictámenes periciales</p>	
<p>9.6.1. Pedidos o decretados a instancias de la convocante</p>	
<p>Dictamen contable: Auto No. 13; perito: Alfonso Arguelles Alarcón; dictamen a folios 395 y s.s., se ordenó aclaración por auto No. 28 rendida mediante dictamen complementario obrante a folios 778 y s.s., tomo I.</p> <p>Parte convocante objetó por error grave el dictamen.</p>	

El análisis y valoración de estas pruebas se hará en los apartes siguientes del laudo, al exponer las consideraciones del Tribunal acerca de los temas y asuntos sustantivos sobre los cuales versa este proceso.

10. Alegatos de conclusión:

Concluida la etapa probatoria, se fijó el día veintidós (22) de mayo de 2012 como fecha para celebrar la audiencia de alegatos de conclusión a la que no asistieron ninguno de los apoderados, posteriormente los abogados elevaron conjuntamente un memorial solicitando nueva fecha para alegatos, la cual se ordenó una vez levantada la suspensión del proceso, para el día trece (13) de junio de 2012. En esta fecha, los apoderados de ambas partes presentaron sus alegatos, verbalmente y por escrito y, ante su solicitud conjunta, se aplazó la audiencia de alegaciones, la cual tuvo ocurrencia el día trece (13) de Junio de 2012 y se modificó la fecha para dictar el presente laudo, tal y como aparece en el auto No. 33.

III.- Consideraciones del Tribunal sobre los temas y asuntos sometidos a su consideración:

11. Identificación de la controversia:

Conforme a lo solicitado por el convocante, el objeto del presente litigio arbitral lo constituye la declaratoria de incumplimiento por parte de ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ del contrato de cuentas en participación por este suscrito con INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A., su consecuente terminación y pago de la cláusula penal pactada.

En particular, el Tribunal debe resolver si ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ incumplió para con la convocante lo pactado en el contrato de cuentas de participación suscrito el día veintiuno (21) de Diciembre de 2009, si es procedente su declaratoria de terminación y como consecuencia de ella la eventual aplicación y exigibilidad de la cláusula penal a favor de INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A., determinado, de la misma manera, el monto de aquella. De igual modo, el Tribunal analizará las excepciones de mérito propuestas contra las pretensiones acabadas de mencionar.

12. Aspectos que analizará el Tribunal:

Para resolver la controversia antes identificada, el Tribunal considera que debe dilucidar la situación en relación con los siguientes aspectos:

En cuanto al contrato de cuentas en participación:

- Su naturaleza, características, elementos, formación y si estos se cumplieron en el contrato que ha sido puesto a consideración del Tribunal.
- Establecer cuáles eran las obligaciones del convocado, y si estas fueron cumplidas o incumplidas por este en el desarrollo del contrato.
- Determinar si es posible darle aplicación a la cláusula penal pactada en el contrato y en caso de ser ello posible, establecer el monto de aplicación de la sanción correspondiente.
- Analizar las causas justificativas planteadas por el convocado para su eventual incumplimiento y determinar si estas son o no procedentes para enervar la pretensión demandada.

13. Método del desarrollo de los aspectos que permitirán dirimir la controversia:

Por razones metodológicas, el análisis jurídico y fáctico que este Tribunal debe realizar para decidir el litigio sometido a su conocimiento se hará así:

- 1.** Primero, se estudiará y decidirá la objeción al dictamen pericial presentada por el apoderado de la convocante.
- 2.** Seguidamente, se estudiará el tema jurídico central, en el orden en que fueron expuestas las pretensiones en el escrito de reforma a la demanda; esto es, todo lo relativo al incumplimiento del contrato, su terminación, analizando las pretensiones, las excepciones y las pruebas sobre este tema, dentro del marco teórico que ahí se indicará, para así determinar si hubo o no incumplimiento y cuáles son las consecuencias jurídicas y económicas de ello.

14. Objeción por error grave al dictamen pericial rendido por el perito ALFONSO ARGUELLES ALARCON:

A continuación y en orden a lo antes establecido, el Tribunal entra a decidir sobre la objeción que por error grave ha interpuesto el apoderado de la parte convocante al dictamen pericial y su correspondiente aclaración, rendido por el perito contador **ALFONSO ARGUELLES ALARCÓN**.

14.1. Resumen de la objeción:

Señala el apoderado que el perito calculó la penalidad desde el momento en que fue realizado el dictamen pericial siendo ésta conclusión, según afirma abiertamente contraria a lo establecido por las partes en la cláusula penal, pues el tiempo que se debe tomar para hacer la proyección de la penalidad es aquel que haga falta para la terminación del contrato, contado desde la fecha en la que se produjo el incumplimiento y no desde la fecha en que es solicitado el cálculo de la misma.

Añade que incurre nuevamente en error el perito al limitar su estudio a la información contenida en el anexo número 2 del contrato. Agrega que omite la verificación de los supuestos iniciales para calcular la penalidad tales como: promedios históricos de ventas y presupuestos, valores de MT3 de gas proyectados, tasa de crecimiento a futuro coherente con los crecimientos de la economía en el sector, valores de pago de créditos, costos de oportunidad de los inversionistas, etc.

Sin embargo y a pesar de estas manifestaciones de inconformidad el apoderado de la parte convocante no aportó documentos que le sirvieran de soporte para sustentar la objeción por error grave presentada, ni tampoco solicitó prueba alguna que sirviera como base para demostrar los fundamentos de la misma.

De conformidad con lo previsto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil⁴, que armoniza la regla contenida en el artículo 177 ibídem, de acuerdo con la cual *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, debe entenderse, en

⁴ *"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso"*

primera instancia que no existe prueba distinta en el proceso aportada o pedida por la parte convocante en el transcurso del trámite de objeción por error grave que esta formulara en contra de la pericia objetada que permitiese de modo razonable sustraerse a las conclusiones expresadas por el perito en su informe.

14.2. El error grave:

Ahora, se profundizará más adelante sobre lo que se considera como error grave y la connotación que ésta manifestación debe tener para configurar un hecho de tal magnitud que permita deducir en ella un yerro manifiesto en la pericia, siendo esta una situación distinta en discrepar de manera subjetiva de las conclusiones del perito; es decir, es posible disentir de las conclusiones del perito, es posible no estar de acuerdo en ellas, pero esta mera manifestación subjetiva no tiene la entereza de convertirse en un hecho que pueda considerarse como constitutivo de "error grave".

Es abundante la jurisprudencia sobre este particular, y el fundamento para la objeción al dictamen pericial es precisamente la demostración del error grave que alega la parte inconforme, de tal suerte que, al demostrarlo, se quiebra la base del dictamen y como consecuencia de ello, prosperará la objeción propuesta.

Sobre la objeción por error grave la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expuesto que:

*"Resulta pertinente precisar que para que se configure el "error grave" en el dictamen pericial se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falta que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4 y 5 del artículo 238 del C.P.C."*⁵.

A su turno, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado, respecto del mismo tema, como sigue:

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. No. 66001-23-31-000-1997-04013-01 (16850).

*“(...) Si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo **tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia** con intervención de otros peritos” pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputable a un peritaje” es el hecho de **cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen,** pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven (..)⁶. (Negrilla y subraya fuera de texto)*

En síntesis, si se objeta el dictamen por error grave, sus cuestionamientos deben poner en evidencia que el trabajo pericial se soporta en premisas equivocadas, de tal magnitud, que obligaría al juzgador a ordenar la repetición de la diligencia con otros peritos. En otros términos: la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.

En consecuencia, y con base en el sentido, espíritu y alcance de lo anteriormente expuesto, considera el Tribunal que el objetante, solamente manifestó su inconformidad por la pericia presentada, pero ni presentó, ni solicitó pruebas tendientes a probar los fundamentos de su objeción.

Este colegiado observa que el escrito de objeción es sencillamente una manifestación del objetante que discrepa de las conclusiones a las cuales llegó el perito, sin embargo no pasa de allí.

De otro lado el mencionado anexo No. 2 a que se refiere la pericia es parte integrante del contrato, y constituye un elemento del mismo, y sobre tal aspecto las partes expresamente acordaron que *“... es parte integrante de este contrato la proyección esperada de los ingresos y erogaciones, probada por las*

⁶ Corte Suprema de Justicia, Auto de 18 de septiembre de 1993, Exp. 3446, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Subrayado y negrilla fuera del texto.

partes, la cual se adjunta como ANEXO NO. 2...⁷⁷; por lo anterior no es posible afirmar que el perito se fundamentó en hechos o cuestiones ajenas a la relación contractual, y extrañas al negocio realizado, por el contrario la pericia encontró su apoyo en el mismo contrato y en un elemento integrante de este que había sido aceptado por ambas partes y sobre el cual no se ha realizado, hasta el momento observación alguna.

En este orden de ideas y advirtiendo que ni fueron aportadas, ni solicitadas pruebas adicionales en punto de demostrar la objeción y habiéndose apoyado el perito en documentos integrantes del contrato, debidamente aceptados por las partes en su oportunidad, a este colegiado no le quedará camino distinto que declarar infundada la objeción por error grave que se presentara por parte del convocante al dictamen pericial rendido por el perito ALFONSO ARGUELLES ALARCON.

15. Tema Jurídico Sustantivo:

15.1. Sobre el contrato de cuentas en participación:

Pretensiones	Excepciones en contra
<p><u>"...Primera Pretensión</u></p> <p><i>Que se declare que el señor</i> ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ incumplió el contrato <i>de cuentas en participación</i> <i>firmado con la sociedad</i> INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. hoy INVERSIONES AVANADE & CIA S.A.S. el 21 de <i>Diciembre de 2009.</i></p>	<p>1. Ausencia de los requisitos para la validez del contrato:</p> <p>1.1. Incapacidad jurídica de la sociedad INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. Para celebrar contratos de cuentas en participación.</p> <p>1.2. Ausencia del consentimiento válido por la existencia del error como vicio.</p>
<p><u>Segunda Pretensión</u></p>	

⁷ Inciso final cláusula tercera contrato de cuentas en participación aportado con la demanda

<p><i>Que como consecuencia de ello se declare la terminación del contrato de cuentas en participación, por causa imputable al demandado ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ.</i></p>	<p>2. Incumplimiento del contrato de cuentas en participación por falta de la entrega del aporte económico del partícipe no gestor.</p>
<p><u>Tercera Pretensión</u></p> <p><i>Que se condene al demandado ALBERTO HENRÍQUEZ ÁLVAREZ al pago de la cláusula penal pactada en el inciso tercero de la cláusula séptima del contrato de cuentas en participación. La liquidación de la pena se hará conforme se estableció en el contrato.</i></p> <p><i>La cuantificación se hará con fundamento en lo siguiente:</i></p> <p><i>Conforme a lo establecido en la cláusula séptima del contrato de cuentas en participación, se realice la proyección de las utilidades netas que generará LA EGN en el tiempo que resta para finalizar el contrato. Tomando como base en promedio de ventas mensuales de 80.000 m³ de gas.</i></p> <p><i>Teniendo en cuenta lo anterior, se estima que en los 13.6 años que faltan por ejecutar del contrato, se generarían unas utilidades netas</i></p>	<p>3. Improcedencia de las causales de incumplimiento alegadas por la parte demandante.</p>

<p><i>(después de impuestos) de dos mil ochocientos doce millones de pesos (\$2.812.000.00) razón por la cual el valor de la penalidad por incumplimiento del contrato se estima en mil cuatrocientos seis millones de pesos (\$1.406.000.000)...⁸</i></p>	
---	--

Habiéndose completado los antecedentes del trámite arbitral que nos ocupa, resulta menester avocar el estudio de las pretensiones que han sido sometidas a consideración y que constituyen el objeto del conflicto que convoca a las partes, con el fin de obtener la decisión que aparece en la parte resolutive de este laudo.

Es así como se pretende hacer un estudio detallado y cuidadoso de cada una de las pretensiones contenidas tanto en la demanda arbitral inicial como en su escrito integrador de reforma de la demanda, así como de las excepciones de mérito propuestas para, de esa manera, proferir la decisión a que en derecho haya lugar.

En primer término, la convocante pretende se declare que el convocado ha incumplido sus obligaciones respecto del contrato de cuentas en participación suscrito entre ellos el día veintiuno (21) de Diciembre de 2009, y como consecuencia de esto se decrete la terminación del mismo y se condene al pago de la clausula penal pactada.

Corresponde a este Tribunal, entonces, indagar y establecer la prosperidad o no de estas pretensiones que, en últimas, enmarcan una discusión en torno al cumplimiento o incumplimiento del contrato de cuentas en participación, su eventual terminación y la viabilidad de aplicación de su clausula penal estableciendo, en caso de que ello fuese posible, el monto de la condena por este concepto.

15.2. Aspectos generales del contrato de cuentas en participación:

⁸ Reforma demanda arbitral de INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. vs. ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ, del 5 de julio de 2011.

El contrato de cuentas en participación no es una figura comercial de reciente creación, por el contrario los antecedentes se remontan a épocas pasadas y su consolidación normativa deviene del siglo XIX en Europa. Surge por la necesidad de participar en los negocios que desarrollaba otra persona, sin la obligatoriedad de asociarse en forma más o menos permanente.

El negocio de participación o denominado "*association commercial en participation*" fue inicialmente tratado por la legislación francesa en su código de comercio de 1807, al igual que en el de comercio español de 1829, siendo la constante en todos ellos, el negarle a esta figura comercial la categoría de ente societario con personería jurídica propia e independiente.

En virtud de estas legislaciones se consideró a la asociación en participación como un contrato especial de colaboración, o sociedad accidental o momentánea, pero sin la condición de tener personería jurídica⁹.

Sin embargo y no obstante lo anterior, para antes de la expedición del código de comercio francés de 1807 ya existía en ese país las llamadas sociedades "*ocultas o no ostensibles*" las cuales se denominaron *sociedades anónimas*, antecedentes de lo que el código en mención identificó *asociación comercial en participación*, pero que ante la falta de norma especial que lo reglamentara, fue confundido, en algunas ocasiones y por alguna corriente de la doctrina francesa de la época, con la sociedad en comandita y la difusa relatividad del tratamiento de la responsabilidad o no de los socios o partícipes.

En estos inicios a las cuentas en participación se les trató de asimilar, o por lo menos tratar, como un contrato de sociedad. Desde sus comienzos la discusión en torno a este aspecto fundamental ha sido intensa y en forma pendular se ha inclinado hacia un extremo y otro.

Podríamos indicar, a modo de resumen, que la denominada "*association commercial en participation*" que trata el código de comercio francés de 1807 se caracteriza por su condición oculta, la cual no se manifiesta ante terceros y por tanto, no representaba a las partes que intervienen en él, solamente para efectos de quien contrataba.

⁹ Efraín Hugo Richard. Sobre el negocio de cuentas en participación. Bicentenario del Código de Comercio Francés, dictado por la Academia de ciencias políticas y sociales de Venezuela. 2.008.

Richard determina sus características y más importantes connotaciones de la siguiente manera:

"... Aparecían difusamente cuatro variedades:

1. la cuenta en participación correspondiente a la relación en virtud de la cual un negociante recibía una mercancía y otro participaba en los beneficios o pérdidas que resulten de su venta;

2. la relación entre varios negociantes para importar y vender mercancías en circunstancias excepcionales, encargándose uno de ellos de realizar las operaciones, el cual es el único conocido por el público;

3. la sociedad formada en las ferias para no hacerse concurrencia en las ofertas de precios y repartirse las mercancías en una proporción convenida; y

4. un acuerdo entre comerciantes que han acaparado diversos productos para cederlos a un precio convenido entre ellos¹⁰.

Sin duda son las dos primeras formas las que dan origen al negocio de cuentas en participación.

Lo que aparece como caracterizante de esta société anonyme es su carácter de oculta o que no se manifiesta ante terceros como tal sociedad, sin nombre por no ser conocida de nadie y porque no interesa al público, no representando los negocios obligaciones para los socios sino exclusivamente para aquél que contrataba. La Ordenanza francesa de 1673 no menciona la referida relación ni ninguna

¹⁰ SAVARY Le parfait negociant 2ª parte pág. 25, citado por SOLÁ de CAÑIZARES, Felipe El contrato de participación en el derecho español y el derecho comparado, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, pág. 7.

otra forma equivalente, pero al no prohibirlas seguían existiendo en la práctica.

El Código de Comercio de 1807 las reconoció y reglamentó denominándolas "asociaciones en participación". Inmediatamente se plasmó una discusión dogmática sobre si eran o no sociedades¹¹...¹²

Igual discusión se presentó años más tarde en América Latina, en Argentina, por ejemplo, a pesar de haber denominado al contrato como "*sociedad accidental en participación*", no se hace una remisión normativa para su tratamiento a las normas que gobiernan en dicho país a la sociedad colectiva, lo que permitió concluir que, efectivamente, este particular negocio jurídico no constituye una sociedad ni muchos menos un sujeto de derecho capaz de adquirir para sí obligaciones de cualquier naturaleza.

Posteriormente y con la expedición del código civil francés de 1921, se identifica al contrato de cuentas en participación como uno que comparte el carácter de "*sociedad*"; sin embargo y luego de un complejo debate doctrinario se llega a determinar que el término sociedad implica una concepción amplia o lata y otra restringida. Dentro de la concepción lata se encuentran sociedades "*no personificadas*", es decir, aquellas que carecen de personería jurídica, por tanto, la distinción entre sociedad en sentido estricto y en sentido lato, es la misma que existe entre una sociedad propiamente dicha y una simple relación contractual.¹³

Siguiendo nuevamente a Richard sobre este importante aspecto se permite concluir que:

"... Si bien centramos nuestra atención en los 200 años del Código Francés, al margen de ese reconocimiento en el año 21 como sociedades (en sentido lato) de la cuenta en participación, los textos legales franceses dispusieron en

¹¹ POULLE Traité théorique et pratique des sociétés en participation, París 1887. JOBIT L'association en participation, Tesis, París 1912; ADOLPH De l'association en participation, París 1912, citados por Solá Cañizares.

¹² Efraín Hugo Richard. Sobre el negocio de cuentas en participación. Bicentenario del Código de Comercio Francés, dictado por la Academia de ciencias políticas y sociales de Venezuela. 2.008.

¹³ Efraín Hugo Richard. Sobre el negocio de cuentas en participación. Bicentenario del Código de Comercio Francés, dictado por la Academia de ciencias políticas y sociales de Venezuela. 2.008.

dicha oportunidad que se trata de una sociedad cuya existencia no se revela a terceros, que no constituye una persona moral y que cada socio contrata con terceros a nombre personal, negocio que no está sometido a ninguna formalidad de publicidad de las prescritas para las otras sociedades comerciales y que no puede emitirse títulos cesibles o negociables en provecho de los socios (art. 49 reformado en el año 1921); que se forman para los objetos en la forma y las proporciones de interés y demás aspectos convenidos por los socios (art. 48) -pudiendo tener cualquier objeto-, el art. 50 impone que la sociedad puede constatarse conforme a las disposiciones del art. 109, que a su vez dispone "Las compras y las ventas se constatan: por escritura pública, por documento privado, por extractos de cuenta de agente de cambio o corredor debidamente firmado por las partes, por una factura aceptada, por la correspondencia, por los libros de las partes, por la prueba testifical, en el caso en que el Tribunal crea debe admitirla..."¹⁴

Por último, debe indicarse que la tendencia actual se enfoca en encontrar nuevos usos al contrato de cuentas en participación, al punto de incorporarse en legislaciones como la italiana, en razón de la cual se autoriza su empleo para el financiamiento de negocios en las sociedades por acciones.

Bajo estas condiciones y con estas características se incorpora el contrato de cuentas en participación en nuestra legislación mercantil y se consagra la figura en los artículos 507 y siguientes del código de comercio.

15.3. El contrato de cuentas en participación en el derecho colombiano:

15.3.1. Definición:

¹⁴ Efraín Hugo Richard. Sobre el negocio de cuentas en participación. Bicentenario del Código de Comercio Francés, dictado por la Academia de ciencias políticas y sociales de Venezuela. 2.008.

Nuestro código de comercio en su artículo 507 lo define 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 participantes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida"*.

Por su parte, y sobre el mismo aspecto, nuestra Corte Suprema de Justicia lo trata como un: *"contrato 'de colaboración', 'de carácter consensual' y en virtud del cual 'se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas, llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida', razón por la cual 'su existencia, en principio, no se revela (...), pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta', de donde 'es claro que unas son las relaciones externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes', las cuales 'se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad', sin que tenga lugar el 'surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial, precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese patrimonio"*¹⁵

De igual modo, y sobre este mismo aspecto Arrubla Paucar¹⁶ indica que el de cuentas de participación es un contrato que permite que algunas personas puedan participar, sin mayores requisitos, en los negocios de otros, bien sea aportando dinero, bienes de cualquier naturaleza, sean estos corporales o incorporeales, muebles o inmuebles. Es, en general, una especie de los contrato de colaboración.

¹⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, sentencia del 4 de diciembre de 2008, expediente No. C-1100131030271992-09354-01.

¹⁶ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

Siguiendo al mismo autor, éste determina cuales son, a modo general, las características del contrato, distinguiendo, entre otras, las siguientes: a) es un contrato de colaboración; b) uno de los partícipes será el partícipe activo y deberá ejecutar la operación u operaciones bajo su propio nombre y crédito personal; c) los demás partícipes permanecen ocultos en las relaciones con terceros; d) deben tener la calidad de comerciante (aunque en este punto, su interpretación no resulta estricta); e) la colaboración se establece para una o varias operaciones determinadas; f) los aportes de cada uno de los partícipes puede pactarse en diferentes tipos de bienes, sin ningún tipo de limitación o restricción. Al respecto este tratadista textualmente dice al interpretar del texto del artículo 507 ibídem: *"el legislador usó la expresión "toman interés" que es bastante amplia y permite que los aportes puedan consistir en diferentes cosas"*¹⁷; g) los partícipes deben convenir en el contrato la forma y proporción sobre la cual participarán sobre las ganancias y pérdidas¹⁸.

El cumplimiento de estas características permitirá al Tribunal determinar si el contrato de cuentas en participación, que es objeto de estudio y reclamo de incumplimiento, se encuadra dentro de lo que se considera como de cuentas en participación, para, de esa manera atribuirle los efectos propios de este tipo de figura negocial.

Establecido lo anterior, es válido abordar el estudio de su naturaleza jurídica

15.3.2. Naturaleza jurídica:

No existe acuerdo en la doctrina sobre la naturaleza del contrato de participación, algunas posiciones sostienen que se trata de uno que involucra el mandato, otro de una comisión, de un préstamo, de arrendamiento de obra, de depósito, y finalmente y lo cual ha sido la más discutida, como antes se observó, de uno de sociedad.

Sin embargo, tal y como fue mencionado anteriormente, el contrato de cuentas en participación se encuentra expresamente regulado como una figura contractual autónoma y con características propias en diversas legislaciones

¹⁷ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

¹⁸ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

como la francesa, la alemana, la chilena y la mexicana, en donde se reconoce que no constituye una sociedad y por tanto carece tanto de patrimonio como de personería jurídica que le permita ser un sujeto de derecho capaz de adquirir obligaciones.

Agregando a lo antes anotado que son coincidentes todas las fuentes anotadas en establecer que el contrato de cuentas en participación constituye un contrato de colaboración y no un contrato de asociación, como se ha venido explicando reiteradamente en el presente laudo.

En el mismo sentido autores como Broseta Pont sostienen que *"Las cuentas en participación fueron y son un contrato de colaboración económica, frecuentemente estipulado por el que uno o varios sujetos aportan capital o bienes a otro, para participar en los resultados prosperos o adversos de un acto o actividades que éste desarrolla enteramente en su nombre, y aparentemente, por su única cuenta"*¹⁹

En consecuencia, para la legislación mercantil colombiana, y ello se desprende de su definición, se trata de un contrato típico, nominado, de carácter oneroso, consensual, bilateral y con evidente conmutatividad de sus obligaciones. También es posible sostener que, sobre el mismo, existe libertad de estipulación contractual, y en consecuencia, los únicos límites los impone la voluntad de las partes, el orden público, y las normas de carácter imperativo.

15.3.3. Características:

Tal como antes se dijo, resulta importante determinar las características de este contrato y por tanto de lo antes expuesto y de su definición se desprenden las siguientes:

15.3.3.1. Tener la calidad de comerciante:

La ley exige que tanto partícipe como gestor, tengan la calidad de comerciantes de conformidad con los requisitos establecidos en los artículos 10 y 55 del código de comercio; sin embargo algunos doctrinantes entre los cuales encontramos a Jaime Arrubla Paucar, consideran que solamente es necesario que el partícipe activo sea el comerciante. Sobre este aspecto el

¹⁹ BROSETA PONT, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. 6ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1985. Página 357.

mencionado autor señala que *“si en la participación uno de los partícipes no es comerciante, de todas maneras se aplica el régimen de participación comercial”*²⁰, lo anterior con base en lo consagrado en el artículo 21 ibídem, por cuanto basta con que una de las personas sea comerciante para que se rija por la ley mercantil, mientras que si ninguna de las partes son comerciantes se regiría por la ley civil y al ser un contrato atípico para dicha legislación, se aplicaría por analogía, la legislación comercial.

Sin embargo, para este colegiado el mandato contenido en el artículo 507 ibídem, es determinante de la condición de comerciantes que deben tener tanto el partícipe inactivo como el gestor, situación que, desde ahora se indica, se cumple en el caso particular, tanto para la convocante como para el convocado.

Ahora, debemos recalcar que este tipo de contrato puede ser celebrado por personas jurídicas, en ningún acápite normativo se supedita su existencia o validez al tener la condición de persona natural. Debiendo recalcar que es menester que si se trata de una sociedad comercial, ésta debe encontrarse legalmente constituida además *“de acuerdo con la exigencia contenida en el artículo 99 ejusdem, según el cual la capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad previsto en su objeto, es necesario que las operaciones a las que se contraiga el contrato de las cuentas en participación guarde relación de medio a fin con el objeto social de la compañía* (Supersociedades, Ofi 220 – 5051, mar. 2/94)²¹.

En conclusión, es posible que una de las partes, o ambas, sean sociedades comerciales, y el único requisito, además del estar legalmente constituida, es que las operaciones por las cuales se genera el contrato de cuentas en participación guarden cierta relación con el objeto social de la empresa; es decir, no es necesario que se determine en su objeto el que se encuentran habilitadas para celebrar contratos de cuenta en participación, sino que la actividad a desarrollar tenga coherencia con su finalidad social.

15.3.3.2. Es un contrato de colaboración, en el cual intervienen dos o más personas y se busca un fin común:

²⁰ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo I – 2da Edición / Biblioteca Jurídica

²¹ El artículo 99 se trata del Código de Comercio.

Esta resulta en una de sus principales y mas útiles de sus características, la cual, además, motivó su nacimiento como figura contractual, y como herramienta necesaria para la ejecución de ciertos y determinados negocios en los cuales las partes no se encontraban interesadas en conformar una asociación definitiva con un carácter más o menos permanente y que tuviese la capacidad para ser sujeto de derechos y contraer obligaciones.

15.3.3.3. Una de las partes será un partícipe activo o gestor, quien deberá ejecutar la operación u operaciones acordadas en nombre propio y bajo su crédito personal, los demás partícipes no gestores o partícipes inactivos permanecen ocultos en las relaciones con terceros y por lo tanto, no comprometen su responsabilidad frente a ellos:

El gestor será reconocido como único dueño del negocio en las relaciones internas de la participación, su responsabilidad será ilimitada. El artículo 510 del Código de Comercio textualmente dice: *“Los terceros solamente tendrán acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecerán de ella contra los terceros”*.

La responsabilidad del partícipe no gestor se limita al valor de su aporte, sin embargo, aquellos partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad, responderán ante terceros en forma solidaria con gestor, así lo dispone el artículo 511 del Código de Comercio cuando dice que: *“dicha solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe”*. Sin embargo, sea o no conocida la calidad del partícipe inactivo este tendrá derecho a revisar todos los documentos de la participación y el gestor debe rendirle informe de su gestión.

Salvo modificaciones resultantes de la naturaleza jurídica de la participación, esta producirá entre los partícipes los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, conforme lo dispuesto por el artículo 513 del código de comercio. En lo no previsto en las normas propias del contrato de participación se aplicarán lo dispuesto para la sociedad en comandita simple y, en cuanto éstas resulten

insuficientes, las generales del título primero del libro segundo del Código de Comercio.

Sobre este aspecto nuestra Corte Constitucional ha dicho que:

"la naturaleza y las responsabilidades del gestor como único dueño y de los partícipes no gestores, previstas en el contrato de cuentas en participación del Código de Comercio, encuadran dentro del postulado constitucional de la buena fe de las actuaciones privadas".

*Señala la Corte Constitucional "El contrato de cuentas en participación por sus especiales características, dispone la naturaleza 'oculta' del partícipe no gestor. **Este aspecto, atado exclusivamente a la relación interna con el gestor, persona que asume la representación, obligaciones y responsabilidades externas del negocio jurídico, se contrae a su objeto en estricto, definido en el artículo 507 del Código, en función del cual la "secrecía" se establece para rendición de cuentas, por esa estrecha relación o nexo, sin que por ello se estén fraguado conductas ilícitas, ni que la responsabilidad del gestor ante terceros disminuya, salvo que los partícipes no gestores revelen su calidad, en cuyo caso ésta será solidaria y no se limitará al valor de la aportación (arts. 510 y 511 ib.)".***

Señala la Corte que el contrato en participación es una figura jurídica liada a un tipo de asociación mercantil, así lo señala el artículo 514 al remitir lo no prevista las normas de las sociedades en comandita simple y a las normas generales sobre comerciantes y asuntos de comercio...²² (Negrillas fuera de texto).

15.3.3.4. Es un contrato consensual:

²² CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-790 DE 2011 Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA.

Conforme lo dispuesto por el artículo 508 del código de comercio, la participación no estará sujeta en cuanto a su formación a las solemnidades establecidas para la constitución de las compañías mercantiles, toda vez que la mencionada norma dispone que: "... el objeto, la forma, el interés y las demás condiciones se registrarán por el acuerdo de los partícipes..."

Al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado diciendo que: "...No puede pensarse en un contrato de cuentas en participación, pues las pruebas relacionadas no revelan la intención de ajustar uno de esa estirpe, por virtud del cual estuviesen obligadas a efectuar determinados aportes, con el fin de desarrollar el proyecto de construcción tantas veces mencionado, proyecto cuya ejecución debiese adelantar una de ellas, en su propio nombre y bajo su exclusiva responsabilidad, con cargo de rendir cuentas a la otra, y **con la finalidad común de repartirse las utilidades o pérdidas que pudiesen resultar de la operación, en la proporción convenida, que son los caracteres que le dan fisonomía a la citada modalidad contractual**".²³ (Negrillas fuera de texto).

Lo anterior es apenas lógico toda vez que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que la participación no constituye una persona jurídica y carecerá de nombre, patrimonio social y domicilio, tal y como lo indica el artículo 508 ibídem: "... su formación, modificación, disolución y liquidación podrán ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos o cualquier otra prueba legal..."

En este sentido se ha pronunciado nuestra Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, cuando al respecto ha dicho que:

"1.- El contrato de cuentas en participación, regulado en los artículos 507 a 514 del Código de Comercio, bien se sabe, es un negocio de colaboración de carácter consensual, en virtud del cual se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACION CIVIL. Magistrado Ponente: JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil dos (2003). Expediente No. 6995.

adelantada por una de ellas, llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida.

No se trata, desde luego, del surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial, precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese patrimonio. El partícipe gestor, por lo tanto, como lo tiene explicado la Corte, es el único que se "obliga y contrae derechos frente a terceros, puesto que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal"²⁴, salvo que los partícipes ocultos revelen o autoricen que se conozca su calidad de tales, en cuyo caso responderán con aquél ante terceros en forma solidaria.

Las ventajas del contrato de que se trata son innumerables, porque como no requiere ninguna formalidad para su existencia, su formación es simple y rápida, inclusive frente a otro tipo de contratos. Así, por ejemplo, propietarios de lotes urbanizables que no tienen el conocimiento suficiente o el capital requerido para adecuarlos y construirlos, aunque sí empresas constructoras con la experiencia y habilidad para gestionar los créditos y adelantar el desarrollo que precisa la propiedad, las cuentas en participación se erigirían en una respuesta inmediata para la colaboración mutua requerida...²⁵ (Negritas fuera de texto).

²⁴ Sentencia 125 de 13 de septiembre de 2006, expediente 00271. En igual sentido, en términos generales, sentencia de 10 de junio de 1952, LXXXII-402.

²⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL. *Magistrado Ponente*: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR. Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de dos mil ocho (2008). Referencia: C-1100131030271992-09354-01.

15.3.3.5. La participación puede ser para una o varias operaciones determinadas:

Se debe aclarar qué esta figura no puede ser utilizada para negocios en general dado que estaría en contra de su finalidad económica. Tampoco debe ser de duración indeterminada.

15.3.3.6. Los aportes, de acuerdo a la remisión dado por el artículo 514 C.Co. pueden ser en dinero, especie o, incluso, en industria. Según el autor, al el legislador señalar en su definición "toman interés" no excluye ningún tipo de aporte²⁶:

En este particular aspecto, se repite lo antes anotado. Los partícipes pueden aportar cualquier clase de bienes, en su más amplia definición, Arrubla Paucar, siguiendo a nuestra Corte Suprema de Justicia, dice que: *"Los partícipes pueden aportar diferentes bienes, como por ejemplo: dinero, valores, inmuebles; incluso puede ser en industria. Lo usual, es que el partícipe activo aporte su industria, pero nada se apone a que también aporte otros bienes. En este sentido es más amplia la legislación colombiana que la de otras legislaciones, que aluden a una participación en dinero."*²⁷

15.3.3.7. Los participantes deben convenir en el contrato, la proporción con la que participarán en las ganancias o pérdidas:

Siguiendo el texto del ya citado artículo 507, la norma en comento indica que el gestor y sus partícipes deben dividir *"las ganancias y pérdidas en la proporción convenida"*.

15.3.4. Diferencias con el contrato de sociedad:

Se señala que en Colombia, la participación no es un contrato de sociedad, y sobre este particular se han establecido las siguientes diferencias:

²⁶ Para autores como José Ignacio Narváz, en Tipos de Sociedad, los participantes inactivos no podrían realizar aportes en industria debido a que se le rige en esos casos por las normas de las sociedad en comanditas con relación a los socios en comanditarios.

²⁷ ARRUBLA Paucar Jaime, Ob cit.

1. En el contrato de cuentas en participación, a diferencia del de sociedad, no se crea una persona jurídica. La diferencia entre las sociedades irregulares y las cuentas en participación es que éstas últimas no forman patrimonio común.
2. No existe patrimonio común entre el gestor y los partícipes.
3. En las cuentas en participación, la gestión del negocio se realiza exclusivamente por el partícipe activo.
4. En las cuentas en participación no existe ánimo de permanecer en sociedad para realizar fines comunes, sino para participar en negocios determinados.

Finalmente señala que: *"Por todo lo anterior, concebimos la participación como un contrato autónomo, que goza de muchas semejanzas con otras figuras, especialmente con la sociedad, pero que tiene una naturaleza jurídica propia, con una regulación específica para los intereses que en ella se aglutinan, que implica una gestión individual, pero con resultados comunes y repartibles"*²⁸.

Así mismo nuestra Corte Suprema de Justicia ha establecido las diferencias entre el contrato de cuentas en participación y los consorcios y sociedades de hecho, resumiéndose en lo siguiente:

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

²⁸ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo I – 2da Edición / Biblioteca Jurídica

que es él y sólo él quien interactúa con ellos, en su propio nombre y bajo su crédito personal.

La sociedad de hecho, a su turno, lo mismo que el consorcio, no da origen a un sujeto de derechos diferente a sus miembros. Sin embargo, a diferencia de éste, y como toda sociedad, debe tener un capital constituido por los aportes de los socios, que no es imprescindible en el consorcio, y se encamina a la obtención de una utilidad repartible entre aquéllos, objetivo que en el consorcio se enfoca más al favorecimiento de sus partícipes que a una ganancia patrimonial divisible. Por lo demás, es propio de los socios de hecho pedir en cualquier tiempo la liquidación de la sociedad, mientras que en el consorcio, como contrato de duración que es, sus integrantes deben someterse al plazo fijado para su duración...²⁹.

15.3.4. Obligaciones para las partes:

De las normas mercantiles que regulan el contrato de cuentas en participación en Colombia, es posible extraer, lo que se considera son, las principales obligaciones, tanto del gestor como del partícipe inactivo. Estas podemos resumirlas de la siguiente manera:

15.3.5.1. Obligaciones de los partícipes inactivos:

1. Este se encuentra obligado a realizar la aportación, la cual debe ser entregada al partícipe activo según los términos acordados. Si no se entrega el aporte, el gestor podrá demandar su entrega. Los terceros no tienen acción para exigir la entrega de la aportación al partícipe, salvo la acción oblicua si se dan las condiciones. *"En Colombia no se requiere la transferencia del dominio para el perfeccionamiento del contrato y no hay discusión alguna, pues se trata de un convenio consensual..., a no ser que se pacte lo contrario"³⁰.*

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006). Expediente No. 88001-31-03-002-2002-00271-01.

³⁰ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

2. Según lo señalado, no se debe inmiscuir en la gestión del negocio. El artículo 512 establece el límite de la injerencia del partícipe inactivo en la gestión del negocio *"en cualquier tiempo el partícipe inactivo tendrá derecho a revisar todos los documentos de la participación y a que el gestor le rinda cuentas de su gestión"*³¹.

15.3.5.2. Obligaciones del gestor o partícipe activo:

1. Obligación de realizar la operación. *"El gestor es el dueño del negocio y ordinariamente lo dirige a su gusto"*³². El partícipe inactivo puede actuar según el acuerdo de las partes sin dejar de conservar su carácter de oculto. El gestor no puede transformar unilateralmente el objeto de la empresa o cambiar de operación sin consultar a los demás partícipes. Tampoco puede abandonar su gestión y siempre hacerla de manera adecuada.
2. El gestor debe emplear la diligencia y cuidado ordinario en el buen desempeño de su gestión. Debe obrar con la diligencia que emplea un buen comerciante en sus propios negocios. La obligación es de medios.
3. No puede disponer el gestor de la empresa sin la autorización de los otros partícipes. Respecto a si el gestor podría hacerle competencia a la empresa señala Arrubla *"En la legislación colombiana no hay norma expresa que prohíba al gestor realizar operaciones similares de la naturaleza del encargo que recibe en la participación"*³³.
4. El gestor debe rendir cuentas a su gestión a los demás partícipes.

15.3.6. Responsabilidad:

Se han determinado las siguientes:

1. Responsabilidad del partícipe activo:

³¹ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

³² ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

³³ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

En las relaciones externas con terceros el gestor es el único dueño del negocio (artículo 510 C.Co.). El gestor no actúa ni como representante ni como mandatario de los demás partícipes, *"actúa en su propio nombre y solamente compromete su responsabilidad y patrimonio"*³⁴. El partícipe inactivo no se inmiscuye en la gestión del gestor, ni tiene acción contra terceros, ni estos tienen acción contra ellos. *"Excepcionalmente, los terceros tendrían acción contra los partícipes inactivos, como cuando el gestor no los demanda para que participen en las pérdidas y ellos lo hacen mediante el ejercicio de la acción subrogatoria; o también, cuando ejercitan la acción pauliana"*³⁵.

2. Responsabilidad del partícipe oculto.

No se compromete frente a los terceros, no obstante si revelan u autorizan su calidad de partícipe, responde frente a los terceros de forma solidaria (artículo 511 C.Co.). Si no da su consentimiento los terceros no podrían ejercer acciones contra él. Sin perjuicio de lo anterior, en ningún caso se observa que el partícipe inactivo u oculto que revele su condición y actúe en orden del contrato pierda tal connotación; es decir, la sanción legal establecida para esta situación de hecho es la responsabilidad solidaria del partícipe oculto por las operaciones que haya celebrado el partícipe gestor en desarrollo del contrato.

15.3.7. Terminación del contrato:

Varias causas pueden extinguir el contrato en cuenta de participación.

1. Realización de la operación encomendada:

Esto se deriva del artículo 507, en donde señala como objeto del contrato una o varias operaciones mercantiles: *"Cuando el gestor realiza las operaciones, le quedará faltando rendir cuentas y proceder a la distribución de los beneficios o pérdidas, para que pueda hablar de una extinción total del contrato"*³⁶.

2. Por vencimiento del plazo:

³⁴ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

³⁵ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

³⁶ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

Las partes pueden convenir un plazo para que se realice las operaciones mercantiles, una vez concluido ese plazo el gestor no podrá continuar con la ejecución de las operaciones. Sólo debe rendir cuentas a los partícipes inactivos. Para que se prorrogue el plazo debe deducirse una mutua voluntad de las partes de continuar con el contrato.

3. Por mutuo acuerdo de las partes.

4. Por desahucio de cualquiera de las partes:

Es posible, a veces conveniente, que se establezca en el contrato la posibilidad de cada parte pueda darlo por terminado avisando a la otra con un término prudencial

5. Por la imposibilidad de realizar la operación u operaciones objeto del encargo.

6. Por la quiebra del partícipe activo:

La quiebra del gestor sobrelleva la extinción del contrato. *“La participación implica un encargo de confianza y como es propio en todo este tipo de encargos, la quiebra de quien recibe el encargo termina el contrato”.* (Artículo 319 C.Co.).

Para el Arrubla la quiebra del partícipe inactivo no tiene porqué terminar la participación. *“Sin embargo, en algunos casos, como cuando el gestor solamente tenía la tenencia de los bienes del partícipe inactivo, lo que es posible, se tendrá que terminar la participación, por la imposibilidad de desarrollar su objeto, pues esos bienes pueden secuestrarse en el respectivo proceso concursal”*³⁷.

7. La muerte del partícipe gestor termina el contrato, salvo que se haya estipulado que el contrato continúa con los herederos del gestor fallecido (Artículo 319 núm. 1 del Código de Comercio).

³⁷ ARRUBLA Paucar Jaime Alberto, Contratos mercantiles, Tomo I, 2ª edición.

Luego de la terminación del contrato, sea cual fuere su causa, el partícipe gestor debe inmediatamente rendir cuentas de la gestión para proceder a su liquidación. Luego de la rendición de cuentas, se repartirá entre los partícipes activos e inactivos, las utilidades o las pérdidas en la proporción indicada en el contrato. Si nada se indicó en el contrato, las utilidades y las pérdidas se repartirá en proporción a la participación del capital que cada partícipe realizó.

15.4. Pretensiones de la demanda arbitral que hacen referencia al incumplimiento del contrato de cuentas en participación:

Para el Tribunal resulta importante antes de abordar el estudio de la situación particular, determinar cuál es el tipo de contrato que se configura entre las partes, toda vez que a más de haberse suscrito entre las partes un denominado "contrato de cuentas en participación" es menester establecer si se cumplen o no las características establecidas por la ley para determinarlo como tal, veamos:

1. Calidad de comerciante de las partes:

A folios 13, 14, 15, 16 y 17, se aprecia cómo tanto convocante como convocado acreditan esta calidad. La sociedad INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. (En liquidación, al momento de presentar la demanda arbitral, pero no al momento de suscribir el contrato), se encuentra debidamente inscrita ante la Cámara de Comercio de Barranquilla, lugar de su domicilio principal, a más de encontrarse, según lo observado, debidamente constituida; de la misma manera encontramos, cómo dentro de su objeto social se establecen actividades mercantiles, destacándose dentro de estas "... a) *El almacenamiento, distribución, expendio, transporte, comercialización, importación y exportación de todo tipo de combustibles derivados del petróleo, aceites, lubricantes y aditivos para vehículos automotores, naves, aeronaves e instalaciones comerciales o industriales que generen energía a partir de combustibles, así como la venta de gas vehicular.*"³⁸, actividad directamente relacionada con el objeto del contrato de cuentas en participación que motiva esta demanda arbitral.

³⁸ Certificado de existencia y representación legal de INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A., visible a folios 13 a 15 del cuaderno principal.

Igual sucede con el señor ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ quien, según se ha acreditado en el proceso con la respectiva prueba documental visible a folios 16 y 17 del expediente, se encuentra inscrito como comerciante, persona natural ante la Cámara de Comercio de esta misma ciudad; del certificado en cuestión se extrae que aparece matriculado como tal desde el trece (13) de Junio de 1986, con un total de activos, según lo que allí consta, de DOS MIL CIENTO CINCUENTA MILLONES CIENTO CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS TRECE PESOS (\$2.050.152.213), propietario de los establecimiento de comercio denominados: "Serviestaciones", ubicado en la calle 56 No. 9D - 147 de la ciudad de Barranquilla, otro denominado "ESTACION DE SERVICIOS BIOMAX No. 1" ubicado en la calle 56 No. 9M - 141 de esta ciudad y un último denominado "E.D.S. PETROGRAS No. 1" ubicado en la misma dirección anterior y, cuya actividad comercial es *"la venta de gas natural vehiculas a través de estaciones de servicio automotriz"*.

En consideración a lo anterior, no le queda duda alguna a este colegiado, las partes que concurrieron a celebrar el contrato cuya demanda arbitral motiva el presente laudo, tienen la condición de comerciantes, y más específicamente aun, ambos dedicados al suministro de combustibles, en todas sus manifestaciones, por lo que entiende el Tribunal cumplida cabalmente esta primera característica del contrato de cuentas en participación.

2. Interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas:

En la cláusula primera del contrato de cuentas en participación (fls. 18 a 29) textualmente se dice:

"OBJETO: se constituye e integra mediante el presente documento un contrato de cuentas en participación regulado por los artículos 507 y siguientes del Código de Comercio, en adelante EL CONTRATO, con el objeto de edificar, operar y explotar económicamente la EGN que estará ubicada en el municipio de Barranquilla, en la dirección Calle 56 No. 97 - 147 y estará dedicada a la venta minorista de Gas Natural Vehicular y arrendamiento de los locales comerciales, edificación que mientras dure el contrato será de propiedad de las partes, en común y pro indiviso, en un 50% para cada una. La EGN estará construida sobre un lote de propiedad de EL GESTOR, para lo cual EL GESTOR concede el derecho a utilizar

una parte del inmueble identificado con la matricula inmobiliaria No. 040-105501. Se adjunta como ANEXO No. 1 el plano en el cual se delimita el área del predio cuyo derecho se uso aporta EL GESTOR para los fines de EL CONTRATO y que, en consecuencia, podrá ser utilizada para la EGN llevara el nombre de EGN PETROMIL – GAS PETROMIL CORDIALIDAD y comenzará a ser operada por EL GESTOR, a nombre propio pero por cuenta de EL PARTICIPE y de si mismo, bajo las condiciones pactadas en el presente contrato, a partir del día catorce (14) de Noviembre de 2009 por un plazo de quince (15) años³⁹ .
(Subraya y negrilla fuera de texto)

En este punto debe precisarse que, de modo expreso las partes determinan que se encuentran celebrando un contrato de cuentas en participación, de tal suerte que, a renglón seguido, remiten al texto normativo del artículo 507 del Código de Comercio en lo que a esos aspectos concierne.

Este hecho, no puede pasar desapercibido para el Tribunal, todo lo contrario, desde ahora cobra una connotación importante puesto que allí mismo se identifica cuál fue el interés y la intención de las partes en la celebración del contrato que hoy se solicita declarar incumplido.

Del texto del documento en cuestión se obtiene que lo celebrado fuera un contrato de cuentas en participación, de aquellos regulado por nuestra legislación mercantil.

Ahora, en lo que respecta al cumplimiento de otra de sus características, es decir, la celebración bajo su regulación de uno o más negocios determinados, esta también se encuentra acreditada. Textualmente se indicó que el objeto del contrato era la explotación a cargo del partícipe gestor, el convocado en este caso, de la EGN ubicada en la Calle 56 No. 97 – 147, cumpliendo cabalmente con esta condición. De igual manera también debe mencionarse que esta operación fue ejecutada, y la EGN en mención fue encontrada en funcionamiento, tal y como se acreditó en la correspondiente diligencia de inspección judicial allí practicada, indicándose sobre este particular que: *"... encontrándose en una Estación de Servicio de venta de gasolina y gas natural vehicular ubicada frente a una almacén SAO Olímpica en la carretera LA*

³⁹ CLAUSULA PRIMERA, contrato de cuentas en participación de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009 suscrito entre INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. y ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ

CORDIALIDAD la cual ostenta avisos de color verde con el nombre BIOMAX existiendo también un aviso PETROMIL GAS SS GAS CORDIALIDAD diagonal a dicho almacén SAO OLIMPICA. No se observa nomenclatura urbana, pero se nos informa que es la calle 56 No. 9M - 141. Existe en el área de venta de combustibles una Isla con cuatro surtidores de gasolina colores verde y blanco de igual forma se encuentra otra Isla con dos surtidores de gas natural vehicular color amarillo y blanco y el nombre de PETROMIL. Ambas se encuentran techadas con sus canopis correspondientes al fondo del establecimiento se encuentra un local en el cual nos encontramos en donde funcionan las oficinas administrativas de la empresa y comercializadora DOICOM y una bodega. A su lado a mano izquierda se encuentra un espacio libre y al fondo, un cuarto de compresores y un sitio de reparación de llantas. A la izquierda del sitio en donde nos encontramos se encuentra un baño y tres locales comerciales, uno de ellos doble. En uno de estos locales funciona un establecimiento de SERVIENTERGA abierto al público y los dos restantes que incluyen el doble, desocupados, solo existiendo en ellos algunos muebles y enseres menores. Una vez suministradas las llaves de los establecimientos desocupados el Tribunal ingresa en ellos, encontrando uno con pisos de cerámica dos baños algunas láminas en yeso cartón de cielo raso del techo colocadas y dos puertas de acceso en vidrio. En el local restante, en su puerta de vidrio de entrada, aparece marcado el nombre el nombre de SINCOTAX BAR y de igual forma se encuentran pisos de cerámica, algún mobiliario y alguna parte del techo en yeso cartón, cuyo sector deteriorado informa, quién nos atiende, se debió a un fuerte viento. Hasta aquí la diligencia de inspección solicitada por la convocante. A continuación y prosiguiendo con la diligencia se proceden a inspeccionar lo pedido por la parte convocada y que consiste en: dos surtidores para gas natural vehicular. Con sus respectivo servipuntos para cada uno de ellos, así como sus canopis correspondientes, se indica que su estado actual de funcionamiento es normal. Posteriormente nos dirigimos al cuarto de compresores allí se encuentran los surtidores propios de la operación de gas junto con un equipo denominado "cascada" su estado actual de funcionamiento es que está trabajando bien..."⁴⁰

Es claro entonces que para este Tribunal se denota el cumplimiento de esta condición, es decir, el contrato fue celebrado para la ejecución de uno o más actividades, de uno o más negocios, claramente determinados en él, y lo que

⁴⁰ Diligencia de inspección judicial practicada el día primero (1) de Noviembre de 2011. Fls. 251 a 256.

da cuenta la citada inspección es que los mismos, en lo que a esa especial circunstancia se refiere, fueron ejecutados de esa forma.

3. Existencia de un gestor y un partícipe:

Se observa que en el denominado contrato de cuentas en participación de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009 se estableció que el señor ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ sería el denominado GESTOR, y asumiría las obligaciones a su cargo las allí contenidas y, de otro lado, se tendría como PARTICIPE a INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A.

Como ya ha manifestado el Tribunal de manera reiterada, una de las características principales de este tipo contractual es la existencia del denominado partícipe gestor quien, siguiendo las voces del artículo 510 del Código de Comercio será "*reputado único dueño del negocio*".

Así pues, de cardinal importancia resulta el hecho de establecer que en la ejecución de este contrato nos encontramos con la existencia de este partícipe gestor que en últimas será contra quien se dirijan los terceros en caso de incumplimiento de las obligaciones o contratos que este, en nombre del "negocio" hubiese celebrado.

El contrato celebrado determina en su cláusula segunda las funciones del gestor, y a este en virtud del contrato, se le asignan las siguientes "*realizará adquirirá, prestará y ejecutará en su solo nombre y bajo su crédito personal todos (sic) las actividades, bienes, servicios, erogaciones, contrataciones y gestiones que resulten necesarias y convenientes para administrar, operar y explotar económicamente la EGN, debiendo rendir cuenta de ello al partícipe y dividiendo por partes iguales las ganancias o pérdidas que se deriven de lo anterior...*"⁴¹

Más adelante en el mismo texto del documento contractual al que nos venimos refiriendo, se determina, clausula cuarta, que el "*GESTOR operará directamente la EGN, en su propio nombre y por cuenta de ambas partes. La*

⁴¹ CLAUSULA SEGUNDA, contrato de cuentas en participación de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009 suscrito entre INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. y ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ

utilidad que genere la EGN será distribuida en igual proporción entre EL PARTICIPE y EL GESTOR”.

Así mismo, se indica en la clausula sexta que el “... GESTOR llevará la contabilidad separa del contrato y cargará a él todos los gastos en que incurra y al mismo reflejará los ingresos brutos que perciban...”⁴²

Este mismo razonamiento se observa en la respuesta que diera el representante legal de la sociedad convocante en el interrogatorio de parte que absolvió el día dos (2) de Noviembre de 2011, ante pregunta que formulara el apoderado del convocado:

*“... **CONVOCADO:** Diga donde se encuentran las actas donde conste que la junta de dirección del contrato se reunió después de firmado el contrato.*

INTERROGADO:** Como les comente anteriormente, el señor Alberto Henríquez fue muy participativo, estuvo muy pendiente de firmar el contrato, pero una vez que se firmo el contrato y comenzó a recibir el dinero para el desarrollo de la construcción y estructura para la venta de gas comenzó a no presentarse a evadirse a excusarse y no da la cara el señor Alberto Henríquez desde que comenzamos a desarrollar el negocio, nos preocupó mucho y sabíamos que iba a terminar en algo así como se está haciendo hoy, el no acostumbra a dar la cara, yo realmente no lo conocía pero como en nuestro negocio que es un negocio de venta mayorista siempre encontramos afiliados y socios que están en el entorno del negocio, realmente como persona no lo conocí incluso no solo hicimos el negocio de cuentas en participación para vender el gas si no que el señor Alberto Henríquez fue a través de una compañía suya de construcción quien desarrollo todas las obras, **quien compró todos los equipos, quien construyó y desarrolló el negocio hasta ponerlo a punto y quien lo

⁴² CLAUSULA SEXTA, contrato de cuentas en participación de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009 suscrito entre INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. y ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ

operó y quien lo opera en este momento es el señor Alberto Henríquez con su compañía , como les digo después que el recibió el dinero para el desarrollo del negocio después de que comenzó a desarrollarlo mientras la construcción se dejó ver un poquito , cuando necesitaba dinero aparecía se llevaba el dinero, cuando ya comenzó a desarrollarse el negocio yo no lo volví a ver, no volvió a dar la cara incluso cuando el revisor fiscal que fue asignado para mirar cómo estaba evolucionando y cuáles eran los resultados financieros del negocio cuando el revisor iba no lo dejaba entrar, no lo dejaba participar y no le mostraba las cuentas, lo que manifestó era que le caía mal el señor y que no lo iba a dejar entrar porque textualmente no le daba la gana, porque no le caía bien, por eso la junta como tal no se reunió por que el señor Alberto Henríquez nunca aparecía, nunca apareció y nunca cumplía las citas siempre decía a las 10:00 a.m estoy allá pero no decía de que día, nunca llegaba y nunca lo encontrábamos, nunca fue puntual y nunca asistió, por el contrario se convirtió en una persona agresiva y bastante difícil de tratar y a las personas que se aparecía en el negocio a pedirle cuenta era bastante grosero y bastante agresivo con ellos de tal manera que estamos en estas instancias precisamente porque con él no pudimos poder hablar entonces tuvimos que buscar ayuda en personas y entidades que nos pudieran ayudar a dialogar con él y a encontrar una solución a que nos pueda permitir a ver las cuentas, a mirar los resultados financiero y el desarrollo del negocio..."⁴³ (Subraya y negrilla fuera de texto)

En similar sentido, y sobre el contrato firmado se pronuncia el convocado, quien sobre este particular expresó en interrogatorio de parte que rindiera el día diecisiete (17) de Noviembre de 2011, así:

"... CONVOCANTE: Diga usted si es cierto o no que usted obrando con su propio nombre como persona natural celebró

⁴³ Interrogatorio de parte del señor Fernando Ardila Pardo, de fecha dos (2) de Noviembre de 2011

con Inversiones Avande y compañía SCA un contrato de cuentas en participación para la construcción y operación de una estación de servicio de gas natural vehicular sobre partes de su propiedad manejado por estación de Texaco número 1.

INTERROGADO: *Si celebré ese contrato con el señor de Inversiones Avande basado siempre en el principio de la buena fe...*⁴⁴

Sin embargo, y no obstante la anterior respuesta que presentara el convocado, expresa en su interrogatorio que no reconoce que la sociedad convocante hubiese realizado una inversión, que en su parecer había entendido, sino que, por el contrario, lo que ocurrió fue un préstamo (mutuo con intereses); sin embargo estas afirmaciones no alcanzan a desvirtuar su condición de partícipe gestor en el contrato celebrado, así como tampoco enervan su obligación de presentar la contabilidad y rendir las cuentas de su gestión, como el mismo en la diligencia en cuestión aceptó reconocer cuando sobre este aspecto dijo:

"... CONVOCANTE: *Preguntado. Como se calculaban las utilidades al repartir en el contrato de participación celebrado entre usted e Inversiones Avande.*

INTERROGADO: *Esa es una parte netamente contable eso era entre el contador mío y el contador de inversiones Avande esa información no la manejo yo.*

CONVOCANTE: *Preguntado. Quien cobraba y administraba los recursos de la venta de gas usted o Inversiones Avande.*

INTERROGADO: *La empresa petrogas número 1.*

CONVOCANTE: *Preguntado. Lo hacía Alberto Henríquez u otra persona natural o jurídica.*

⁴⁴ Interrogatorio de parte del señor Alberto Henríquez Álvarez, de fecha diecisiete (17) de Noviembre de 2011

INTERROGADO: La persona que manejaba la estación por autorización directa del señor Carlos Henao, son mi esposa y mi persona.

CONVOCANTE: *Pregunta. Usted llevaba una contabilidad separada de los ingresos por cuenta de participación y cuando digo separada me refiero separada de los demás ingresos propios que usted tenía en su estación de líquidos.*

INTERROGADO: *Ahora que fueron hacer la revisión se pudieron dar cuenta que esa es contabilidad totalmente independiente.*

CONVOCANTE: *Pregunta, es cierto que la estación de gas operada por Alberto Henríquez bajo el contrato de cuentas en participación al que nos hacemos referencia fue clausurada por más de 60 días por parte de la superintendencia de industria y comercio.*

TESTIGO: *No exactamente 60 días aproximadamente 45 días...*⁴⁵

Por estas circunstancias y de acuerdo con la prueba documental y testimonial que fue arrimada al proceso para el Tribunal el contrato celebrado cuenta efectivamente con un gestor, que lo fue el señor ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ, el cual así se denominó, de esa manera actuó y asumió las obligaciones propias e inherentes a tal condición, de igual manera se estableció la existencia de un partícipe inactivo, la sociedad INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A., denominado simplemente partícipe en el contrato, cuya principal obligación, según se establece en varios apartes del documento contractual, consistía en suministrar con recursos propios, o "provenientes de un crédito" los recursos que demandaron las obras de construcción y la operación de la EGN.

Por lo anterior, el Tribunal da por cumplida esta condición en el contrato de cuentas en participación que ha sido objeto de estudio en este trámite arbitral.

⁴⁵ Interrogatorio de parte del señor Alberto Henríquez Álvarez, de fecha diecisiete (17) de Noviembre de 2011

4. Aporte del partícipe y del gestor:

Tal y como antes fue explicado, el aporte del partícipe oculto o inactivo puede consistir en cualquier clase de bienes, sean estos muebles o inmuebles, corporales o incorporales. Sobre este punto ya se hicieron algunas consideraciones al analizar las características generales del contrato de cuentas en participación.

En este caso particular, este aspecto ha sido motivo de excepción por parte del convocado, resulta entonces de mucha importancia el establecer cuál fue el aporte del partícipe inactivo. Al efecto, se observa en la cláusula tercera (3ª.) del contrato que las obras de construcción de la EGN y los equipos que demanda tanto esta etapa como la operación de la misma serán *"pagados con recursos propios de EL PARTICIPE o provenientes de un crédito (leasing o arrendamiento financiero) que contraerá y contratará directamente EL PARTICIPE en su propio nombre, hasta por la suma de \$ 1.196.284.755."*⁴⁶

En punto a lo anterior, y si bien es cierto que el contrato no determina de modo preciso ni las obligaciones, ni los aportes que asumen las partes en el desarrollo del contrato, del contexto del mismo y de su interpretación, es posible sostener que el aporte del partícipe inactivo, INVERSIONES AVANDE Y CIA S.C.A en éste caso, consistía en suministrar los fondos, hasta la suma allí indicada para la construcción y operación de la EGN en los términos convenidos y conceder el uso del nombre y la imagen de la marca PETROMIL.

No considera el Tribunal que el aporte del partícipe inactivo, la sociedad convocante en este caso, consistiera, como lo ha indicado el apoderado del convocado, en la entrega definitiva y en propiedad de los recursos a suministrar al gestor, el convocado en este caso, para que este los involucrara en el negocio a realizar, sin más consideraciones.

El Tribunal no lo entiende de esa manera. Por el contrario, varias son las disposiciones contractuales que indican otra cosa, al ejemplo, se establece en el contrato que tanto la construcción resultante y todas las instalaciones

⁴⁶ CLAUSULA TERCERA, contrato de cuentas en participación de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009 suscrito entre INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. y ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ.

muebles que se agreguen a ella para el funcionamiento de la EGN, serán de propiedad pro-indivisa entre ambos contratante (clausula 3ª.); así mismo, en la misma clausula a la que nos venimos refiriendo, se pactó que el pago de estos dineros se efectuaría por parte de la operación de la EGN, allí textualmente se dijo "(...) el costo financiero y de capital será atendido por EL GESTOR tomando fondos del producido que arroje la EGN...". Además y en el mismo sentido se acordó que en caso que la operación mensual de la EGN no generase los fondos suficientes para atender esa obligación, ambos partícipes la atenderían directamente, en una proporción del cincuenta por ciento (50%) cada uno de ellos.

De antemano el Tribunal advierte que estas clausulas no riñen con el contrato de cuentas en participación, ni desvirtúan su esencia y naturaleza.

Ahora bien, en el dictamen pericial rendido por el perito María Nuris Cañas Quintero, y sobre el aporte del partícipe se dice que:

"... Así mismo se constató que las inversiones realizadas en desarrollo del contrato de cuentas en participación se encuentran registradas en el código contable 1260-INVERSIONES-CUENTAS EN PARTICIPACION, los cuales fueron soportados mediante 151 folios, de los cuales se extracta siguiente información...

*(...) TOTAL INVERSION CUENTAS EN PÁRTICIPACION
\$1.149.677.387..."⁴⁷*

Esta suma corresponde, en gran medida, a lo pactado en la cláusula tercera (3ª.) del contrato en cuestión y que se refiere al valor total de los dineros que debía entregar el partícipe para la construcción, montaje y operación de la EGN, presentando con la cifra allí determinada una diferencia, en términos cuantitativos poco significativa.

Se anota que este dictamen no fue objetado por las partes.

⁴⁷ Dictamen pericial María Nuris Cañas Quintero, Folios 314 a 324

Sin embargo, se repite, el Tribunal no entiende que la obligación del partícipe inactivo hubiese sido pactada en el sentido de efectuar una inversión sin retorno de las sumas acordadas en el contrato; todo lo contrario, el aporte del partícipe inactivo estaba determinado en la obtención efectiva de estos recursos, los cuales debían ser cancelados por la operación de la EGN, junto con los rendimientos financieros que fueron acordados en el mismo documento.

No es posible asimilar esta obligación a un contrato de mutuo con intereses, son figuras totalmente diferentes.

El contrato de mutuo, regulado en nuestra legislación civil en los artículos 2221 y siguientes, es uno mediante el cual una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo a restituirlas en otras tantas del mismo género y calidad; así mismo el artículo 2222 *ibídem* indica que este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa mutuada que implica una real transferencia de dominio.

Para el Tribunal resulta claro que nos encontramos en el caso en estudio en presencia de una obligación contractual, adquirida en razón del contrato de cuentas en participación y que, si bien es cierto puede nutrirse de cualquier otra figura comercial, no lo es menos que la obtención de recursos, sea cual fuere la opción empleada, era una de las obligaciones a cargo del partícipe inactivo, en este caso INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A.

INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. no puede tener entonces, bajo este entendido la condición de acreedor y deudor de una parte de la cosa mutuada, ya que entenderlo de esa manera equivale a desnaturalizar el contrato celebrado, el suministro de los recursos es una obligación propia y autónoma del partícipe, y su restitución una obligación del contrato de cuentas en participación a cargo de ambos partícipes en el evento en que la misma operación de la EGN no resultare suficiente para atenderla.

Sobre este aspecto se estableció de manera reiterativa en el contrato que la restitución de los dineros entregados por parte del partícipe inactivo se efectuaría tomándolos de los ingresos que arrojará de la operación de la EGN, y que en caso de que estos no fueren suficientes *ambas partes lo asumirán en*

igual proporción; lo anterior quiere decir que si la operación del negocio en participación no era suficiente para cubrir los recursos suministrados para la construcción y operación de la EGN, su amortización estaría a cargo de ambos, lo cual desdibuja la naturaleza del mutuo.

Igual connotación merece el hecho de que se estableciera que durante la construcción de la EGN y mientras la operación de la misma alcanzaba a generar los fondos suficientes *"el valor de las cuotas mensuales de la obligación será atendido directamente tanto por el PARTICIPE como por el GESTOR"*⁴⁸.

Corroborando lo antes anotado, para el Tribunal resulta claro que si bien es cierto del contrato de cuentas en participación pudo derivarse una obligación a cargo de la operación de reintegrar la inversión, junto con sus rendimientos financieros, ello no quiere significar que tal obligación, propia del contrato de mutuo, fuese el objeto del contrato celebrado.

De otro lado, al Tribunal le queda vedado inmiscuirse en el trámite del proceso ejecutivo que cursa en el Juzgado Octavo (8) Civil del Circuito de Barranquilla, entre las mismas partes, las decisiones que allí se profirieren son autónomas y se sujetaran a lo establecido en dicho proceso.

Pero resulta además que el partícipe tenida que efectuar otro aporte, sumado a la obligación de suministrar los recursos, también se obligó a aportar la *"imagen, marca, nombre y signos distintivos de PETROMIL tal y como se determinó en su cláusula octava"*⁴⁹, todo lo cual se evidenció en la correspondiente diligencia de inspección judicial cuando el Tribunal dijo: *"... se procede por parte del Tribunal a identificar el sitio en el cual se practica la diligencia encontrándonos en una estación de servicio de venta de gasolina y gas natural vehicular ubicada frente a un almacén SAO – Olímpica en la carretera la cordialidad la cual ostenta aviso de color verde con el nombre de BIOMAX existiendo también un aviso con el nombre PETROMIL GAS S.S. GAS"*

⁴⁸ CLAUSULA TERCERA del contrato de cuentas en participación de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009 celebrado entre INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. y ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ

⁴⁹ CLAUSULA OCTAVA: USO DE LA IMAGEN DE PETROMIL: EL PARTICIPE declara y garantiza que cuenta con la facultad legal para explotar comercialmente la imagen, marca, nombre y signos distintivos de PETROMIL, derechos que aporta igualmente a este contrato, exclusivamente para que sean utilizados en la EGN. Para tal efecto, se adjunta como ANEXO No. 3 el contrato celebrado por EL PARTICIPE con C.I. PETROMIL S.A.

*CORDIALIDAD...*⁵⁰. Por lo allí encontrado el Tribunal entiende que efectivamente este aporte, obligación del participe fue cumplido.

En lo que respecta al gestor, se observa que en el contrato se pactó también que este, a más de su actividad en la administración y manejo de la EGN, aportaría el derecho de uso sobre un inmueble en la cual esta funcionaría; al efecto en la cláusula primera del contrato se estableció que *"La EGN estará construida sobre un lote de propiedad del GESTOR para lo cual el GESTOR concede el derecho de utilizar una parte del inmueble identificado con la matrícula No. 040-105501. Se adjunta como anexo No, 1 el plano en el cual se delimita el área del predio cuyo derecho de uso aporta el gestor para los fines del contrato..."*⁵¹. (Subrayas fuera de texto).

En suma el Tribunal observa sobre este aspecto que, si bien las obligaciones no quedaron específicamente definidas y determinadas en el contrato bajo estudio, podemos concluir que el mismo cuenta con un participe gestor, que es el señor ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ, que además de su actividad, y crédito personal aporta un derecho de uso sobre una parte de un inmueble, y un participe inactivo, INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A., que como tal se obligó a suministrar los recursos para construcción y operación de la EGN y el uso del nombre e imagen de PETROMIL en los términos pactados en el contrato.

En consideración a lo antes expuesto, el tribunal considera que esta característica del contrato de cuentas en participación se encuentra cumplida.

5. Los participantes deben convenir en el contrato la proporción con la cual participarían en las ganancias o pérdidas:

En la cláusula sexta del contrato de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009 se acordó: *"CLAUSULA SEXTA – DETERMINACION Y DISTRIBUCION DE LOS BENEFICIOS: EL GESTOR llevará la contabilidad por separado del CONTRATO y cargará a él todos los gastos en que se incurra, y al mismo tiempo reflejará los ingresos brutos que se perciban. Para la distribución de los beneficios, se aplicarán las siguientes reglas: Mensualmente se liquidará la utilidad neta que*

⁵⁰ Diligencia de Inspección judicial llevada a cabo el día primero (1) del mes de Noviembre de 2011. Fl. 253

⁵¹ CLAUSULA PRIMERA, contrato de cuentas en participación de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009 suscrito entre INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. y ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ.

arroje la operación de la EGN, para lo cual se define como UTILIDAD NETA el valor en pesos correspondiente de restar de los ingresos brutos derivados de la venta de combustible, los siguientes conceptos... (...) **Si una vez descontados los gastos antes señalados de los ingresos brutos, se determinase alguna utilidad o excedente, corresponderá al PARTICIPE el 50% de la misma y al GESTOR el otro 50%.** En caso de existir pérdidas, estas se acumularan para ser compensadas contra las utilidades de periodos futuros, sin perjuicio que las partes acuerden realizar nuevos aportes para sufragar las pérdidas. En todo caso, de llegar a registrarse pérdidas definitivas o liquidadas parcialmente a lo largo de la duración del contrato o a su finalización, serán asumidas por ambas partes en igual proporción...⁵² (Negritas y subrayas fuera de texto).

Por lo anterior, también el Tribunal encuentra cumplido este requisito para el contrato y conforme a lo antes expuesto, se concluye que estamos en presencia de un contrato de cuentas en participación que viene reuniendo todos los elementos y características que tanto legal como doctrinariamente se consideran necesarios para su existencia y formación.

Habiendo precisado entonces la existencia del contrato, y encontrando además que efectivamente este es uno de cuentas en participación, es menester dilucidar lo tocante a la responsabilidad contractual que se le endilga al convocado.

Para abordar su estudio analizaremos en primera instancia el hecho de encontrarnos frente a un contrato válido o no.

15.4.1. El incumplimiento del contrato de cuentas en participación reclamado por parte de la sociedad convocante:

15.4.1.1. El primer elemento de la responsabilidad civil contractual: la existencia de contrato válido celebrado entre las partes de este proceso:

⁵² CLAUSULA SEXTA, contrato de cuentas en participación de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 209 suscrito entre INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. y ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ

Al encontrarnos frente a un contrato típicamente mercantil, en lo que respecta a su formación y a los requisitos que se determinan para su validez, debemos manifestar que prima el principio de la consensualidad del acuerdo de voluntades que da lugar u origina su nacimiento.

Este principio es recogido directamente por el artículo 508 del Código de Comercio, ya citado, que determina que *"la participación no estará sujeta en cuanto a su formación a las solemnidades prescritas para la creación de compañías mercantiles"*, lo cual sumado a la disposición contenida en el artículo 824 ibídem hace posible determinar que es válida para su formación cualquier forma de expresión de la voluntad en el cual los contratantes manifiesten su intención de celebrar un contrato de cuentas en participación.

Esta manifestación del principio de consensualidad de los actos mercantiles se evidencia aun más cuando no se establecen mayores condiciones para la celebración del contrato en cuestión. Aquí prima la libertad de estipulación, el mismo artículo 508, indica que el objeto, la forma, el interés y demás condiciones que se quieran pactar en el contrato solamente se rigen por el acuerdo que sobre estos puntos hagan las partes.

El límite lo imponen las mismas partes y el cumplimiento de las características propias del contrato que antes señalamos. Por esto, es preciso establecer que en este contrato pueden converger otra u otras figuras contractuales negociales, sin que esto implique una modificación o una conversión del contrato en otro negocio jurídico distinto.

Habiéndose ya determinado que basta para su nacimiento el simple acuerdo de voluntades, es necesario, con el fin de analizar la validez o no del contrato sometido a estudio, y que constituye también motivo de un primer grupo de las excepciones planteadas por el convocado, determinar el cumplimiento de todos los elementos necesarios que permitirían pregonar la validez del contrato bajo el mandato contenido en el artículo 899 del Código de Comercio, en lo que respecta a la nulidad absoluta, así como al que señala el 900 ibídem respecto de la anulabilidad o nulidad relativa, tomando como base para ello y en virtud de la remisión normativa que da el artículo 822 del mismo estatuto, lo también dispuesto por los artículos 1502 y siguiente del Código Civil, así

como lo dispuesto por los artículos 1740, 1741 y demás del mencionado estatuto civil.

Algunos de estos aspectos han sido invocados por la parte convocada a fin de plantear las excepciones propuestas por su parte y que en un grupo de ellas tocan con la validez del contrato. Al analizarlos de igual manera lo estaremos haciendo con la argumentación que en este sentido presentara el apoderado del convocado.

Al hablar de validez de los actos jurídicos hablamos en últimas de sus causales de nulidad. Debiendo manifestar sobre este particular que el apoderado del convocado aunque precisa atacar la validez del contrato, no invoca ninguna declaratoria de nulidad absoluta en términos mercantiles, y/o anulación, solamente sobre este último aspecto, manifiesta la existencia de un aparente error en la celebración del contrato.

En punto a establecer lo anterior y de esta forma también abordar el estudio de la excepción numerada como 1 en sus dos manifestaciones (1.1 y 1.2) planteadas por el apoderado del convocado, debemos analizar la validez tanto del contrato celebrado, como si sobre este concurre algún vicio del consentimiento o error que lo haga susceptible de ser anulable.

A manera de introducción sobre la validez del contrato y de los actos jurídicos en general podemos decir que:

"... Acto valido es aquel que reúne todos los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo. A contrario sensu, y según el art. 1740 del C.C., acto nulo es aquel que "a que falta uno de los requisitos que la ley prescribe par el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de la personas"⁵³.

⁵³ALESSANDRI BESSA define a la nulidad como "la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto, según su especie y la calidad o estado de las partes que en el intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos, estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado". Ob. Cit., t. I. pág. 4.

Por su parte, LUIS MARIA BOFFI BOGERO considera que la nulidad es la "La legal privación, pronunciada por el órgano judicial, de los efectos que la ley estima queridos por las partes en virtud de causas que nacen a la formación de acto jurídico en contra de lo legalmente pronunciado". En *Enciclopedia jurídica omeba*, t. XX, pág. 455.

El acto valido y el acto nulo existen, es decir, poseen los requisitos esenciales para cobrar vida jurídica; por consiguiente, como es apenas obvio, no se podría predicar la validez o la nulidad de un acto inexistente⁵⁴.

El acto valido, al igual que el acto inexistente no admite grados; la perfección o la inexistencia del acto no puede ser mayor o menor: si se llenan todos los requisitos, el acto es perfecto y su validez absoluta: si no se observa los requisitos esenciales, el acto no nace a la vida jurídica, es inexistente. Pero los actos nulos si admiten grados, porque puede haber mayor o menor grado de imperfección, de invalidez. Así, existen como lo establece el art. 1740 del C.C., dos clases de nulidad: absolutas y relativas⁵⁵...⁵⁶

Ahora, en materia civil las causales de nulidad absoluta se encuentran contenidas en el artículo 1741 del Código civil que indica que “*la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos...*” son nulidades absolutas; la misma norma en cita indica que cualquier otra clase de vicio genera *nulidad relativa*.

Por su parte la legislación mercantil, y aplicable íntegramente al contrato de cuentas en participación, determina en su artículo 899 las causas que generan nulidad absoluta, y de acuerdo con la norma en cita, estas son:

⁵⁴ RAFAEL ROJINA VILLEGAS anota al respecto: “ podemos sostener que en tanto la validez es la existencia perfecta del acto, la nulidad es la existencia imperfecta del mismo, y que todo acto nulo es un acto existente; que habrá, por consiguiente una contradicción no solamente de derecho positivo, sino de tipo lógico, en quien afirme que en un acto es a la vez inexistente y nulo, porque quien afirma que un acto es nulo, está diciendo en otras palabras que es un acto inexistente, pero que tiene existencia imperfecta; los actos nulo, por consiguiente, son siempre actos existentes”. Ob. Cit. XI, pág. 479.

⁵⁵ La doctrina extranjera, sobre todo la francesa, habla de actos nulos y de actos anulables. Dentro del primer concepto cabe el acto inexistente y el acto nulo de nulidad absoluta; dentro del segundo se comprende el acto nulo de nulidad relativa. Así, por ejemplo, FRANCESCO MESSINEO escribe: “La anulabilidad del contrato es, respecto de su nulidad, un grado menos grave de invalidez. Se llama también impugnabilidad”. Doctrina general de los contratos, t. II, trad. de R. O. Fontanarrosa, Santiago Sentis Melendo y M. Volterra, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1952, pág. 227. En el mismo sentido, COLIN Y CAPITANT, curso elementales de derecho civil, t. III, trad. de la última ed. Francesa por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid (España), Edit. Reus, 1924. Y MARCEL PLANIOL, quien afirma que “por una rareza, todas las legislaciones derivadas del derecho romano admitan, el lado de la nulidad verdadera que priva el acto de todo efecto desde el primer momento, una simple anulabilidad, que puede destruirlo después de haberlo dejado producir sus efectos durante un tiempo más o menos largo. En este caso el contrato no será nulo inmediatamente, sino más tarde cuando se ejerza la acción de nulidad y a consecuencia de la cual se pronuncie la sentencia de anulación”. En FEDERICO D. QUINTEROS, *Resolución y rescisión de los contratos*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1962, págs. 5 y 6.

⁵⁶ CANOSA Torrado Fernando. La resolución de los contratos. Incumplimiento y mutuo disenso. Tercera Edición. 1993

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

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

En cuanto a la nulidad relativa, tratada en la legislación mercantil como anulabilidad, se previene que esta ocurre cuando se encuentra viciado el consentimiento (error, fuerza o dolo) o cuando el contrato es celebrado por alguien relativamente incapaz. El artículo 900 ibídem la determina así:

"Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

Esta acción sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado"

Ahora, resulta necesario también mencionar que el artículo 898 determina en su inciso final que el negocio jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las formalidades sustanciales que la ley exige para su formación o cuando falte alguno de sus elementos esenciales.

No podemos ser coincidentes en sostener que esta sanción negocial, tratada en la legislación mercantil como inexistencia, sea también una causal de nulidad absoluta de los actos jurídicos en materia civil, son dos fenómenos diferentes, ya que si bien podría pensarse en que existen supuestos de hecho similares en las normas antes mencionada, también es posible sostener que la misma ley determine otra sanción a imponer en cada caso particular y al efecto se ha dicho que *"en consecuencia como el ordinal 1 del artículo 899 citado establece*

la posibilidad de que la ley consagre otra sanción para la violación de una norma imperativa es aplicable aquellos actos en donde se omitan requisitos ab sustanciam actus en el artículo 898 ibídem”

Hechas las anteriores anotaciones, es deber de este colegiado examinar el contrato, y determinar, con base en la prueba agregada al expediente si, efectivamente existe o no alguna de ellas que permitan establecer la ocurrencia de una nulidad absoluta, o si se tiene por establecido la concurrencia de hechos que configuren su anulación.

En este punto debe el Tribunal indicar que, en materia de excepciones de mérito, y siguiendo el mandato del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, no se podrán declarar de manera oficiosa las de: *“prescripción, compensación y nulidad relativa”*. Sobre este último aspecto, se advierte que el convocado no nominó, de manera expresa como *“nulidad relativa anulabilidad”* una o alguna de las excepciones por él planteadas. Sin embargo, el Tribunal entenderá, en forma amplia, que las excepciones por su parte propuestas y que tienden a cuestionar la validez del contrato, son, en efecto, alegaciones sobre la nulidad, tanto absoluta como relativa, y por tanto hará un análisis sobre las mismas.

Habiendo realizado esta precisión y establecido que la consensualidad es propia de los actos y contratos mercantiles, y que se encuentran especialmente previstas para el contrato de cuentas de participación, hemos de concluir que la ley no previene ningún tipo de formalidad necesaria para su formación.

Basta el simple acuerdo de voluntades debidamente expresado en la forma en que los contratantes consideren más apropiada. En el caso que nos ocupa tal voluntad quedó recogida en el documento contractual de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009, por lo que por este aspecto, el Tribunal no vislumbra ninguna causa que, por este motivo, invalide el contrato celebrado.

Resulta entonces necesario determinar si concurren en el contrato analizado en este proceso algunas de las causales traídas por el artículo 899 del estatuto mercantil que permitiesen declarar su nulidad absoluta. De manera preliminar este colegiado no observa que se configure cualquiera de ellas.

No obstante lo antes dicho, se procederá a analizar los elementos esenciales de todo acto o contrato, con el fin de establecer su procedencia en el caso que nos ocupa. El artículo 1502 del Código Civil consagra los requisitos generales y mínimos que deben estar presentes en todo contrato para poder predicar su existencia y validez, y estos son: (i) capacidad, (ii) consentimiento libre de vicios, (iii) objeto lícito y (iv) causa lícita. Del mismo modo el citado artículo 899 del Estatuto Mercantil determina adicionalmente que con su celebración no se contraría una norma de carácter imperativo.

1. Capacidad:

Es evidente que este requisito de validez se predica para ambas partes. El artículo 1503 del Código Civil dispone que *"toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declare incapaces"*. Las personas incapaces se encuentran determinadas en el artículo 1504 ibídem y son:

"Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender.

Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos."

Como ya hemos visto, el contrato de cuentas en participación que es motivo de esta litis, fue celebrado por dos personas; una de ellas persona jurídica, y otra,

persona natural. Ambas con la calidad acreditada de comerciantes como también se mencionó.

En lo que respecta a la capacidad de ejercicio, las personas naturales y jurídicas tienen un tratamiento diferente.

En cuanto al convocado, ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ, no se aprecia ni se ha invocado ninguna causal que permita inferir incapacidad absoluta o relativa alguna; por lo que para este Tribunal y al ser persona mayor de edad, no existe duda acerca de su plena capacidad de goce y ejercicio.

Ahora, en cuanto a la sociedad convocante, INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A., se anota que, en cuanto a la manifestación de su capacidad de ejercicio, que esta debe *"actuar siempre por conducto de uno o varios representantes legales"*⁵⁷, debidamente facultados para ello; y en cuanto a su capacidad de goce esta se encuentra *"circunscrita al desarrollo de aquellas actividades o negocios que estén previstos en el objeto social"*⁵⁸, que se encuentra delimitada por lo establecido en el artículo 99 del Código de Comercio que dispone: *"La capacidad de la sociedad se circunscribe al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad."*

De lo anterior se desprende la necesidad de dar cumplimiento a dos (2) condiciones para establecer la plena capacidad de ejercicio y goce de la sociedad convocante, cuestionadas por el convocado al presentar excepciones de merito y estas son: (i) que el representante legal de la sociedad haya actuado dentro del ejercicio de funciones, es decir que no tenga limitación alguna para suscribir el contrato o que, en caso de tenerla, haya tenido autorización del órgano societario competente para otorgársela, y que (ii) la actividad se circunscriba al desarrollo del objeto social. De antemano se observa, que, para este Tribunal ambos requisitos se encuentran cumplidos.

⁵⁷ REYES Villamizar Francisco. Derecho societario. Tomo I.

⁵⁸ REYES Villamizar Francisco. Derecho societario. Tomo I.

Se aprecia en el certificado de existencia y representación legal visible a folio 17 y siguientes del cuaderno principal, en el aparte correspondiente a "administración" que allí se indica textualmente que el socio gestor y representante legal de la sociedad en comandita INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A., el señor Fernando Ardila Pardo, no tenía limitación de ninguna naturaleza para celebrar el contrato de cuentas en participación que es objeto de este trámite arbitral; sobre este particular se dice que el socio gestor podrá: *"Celebrar en nombre de la sociedad todo acto o contrato requerido para el desarrollo del objeto empresarial, sin limitación alguna..."* cumpliéndose así la primera condición necesaria para la establecer la capacidad de la sociedad convocante.

Ahora, en cuanto a su capacidad de goce, la cual implica que la actividad a realizar se circunscriba y enmarque dentro del desarrollo de su objeto social, tenemos que, tal y como fue mencionado anteriormente, INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. tiene contemplado dentro de su objeto social el *"...almacenamiento, distribución, expendio, transporte, comercialización, importación y exportación de todo tipo de combustibles derivados del petróleo, aceites, lubricantes y aditivos para vehículos automotores, naves, aeronaves e instalaciones comerciales o industriales que generen energía a partir de combustibles, así como la venta de gas vehicular..."*; por lo anterior, este Tribunal encuentra entonces que la celebración del contrato de cuentas en participación cuyo objeto principal es el establecimiento, operación y explotación económica de la EGN, se encuadra dentro del objeto principal de la sociedad antes mencionado por lo que cuenta con la respectiva capacidad de goce para adelantar esta actividad celebrando los contratos que, consecuentemente, sean necesarios para su ejecución.

Alega el convocado que la sociedad convocante posee una *"incapacidad jurídica de la sociedad INVERSIONES AVANADE & CIA S.A.S. para celebrar contratos de cuentas en participación"*; se fundamenta en su formulación en que según lo observado por su parte, la convocante *"... no tiene contemplada la posibilidad de celebrar contratos de cuentas en participación pero si contratos de mutuo, que es su actividad social principal..."*.

Como ya se indicó, en el objeto social de la convocante se establecen varias actividades que puede ejecutar la sociedad, y las cuales tendrían el carácter de

principales, y es una de estas el participar y desarrollar aquellos negocios que tengan que ver con el almacenamiento, la distribución y el suministro de combustibles, y esto es lo que se considera como actividad principal; ahora, que esa capacidad de goce pueda desarrollarse en la celebración de contratos de diversa naturaleza constituye una de las formas de ejercerla, pero esto en sí mismo no constituye la limitante que plantea el apoderado del convocado.

En el mismo certificado al cual hace referencia el convocado también se dice: *"... celebrar y ejecutar todo tipo de actos y contratos necesarios para desarrollar sus operaciones..."*, por lo que el Tribunal concluye de lo anterior, que el contrato de cuentas en participación es uno de aquellos celebrado para desarrollar sus operaciones de transporte, almacenamiento y suministro de combustible y por tanto cuenta con la plena capacidad de goce para tal fin, no vislumbrando, en consecuencia, ninguna causa que permita suponer la existencia de una causal de nulidad ni absoluta, ni relativa que, por falta de capacidad, ataque la validez del contrato objeto de estudio por las circunstancias planteadas.

2. Consentimiento libre de vicios:

Tamayo Lombana define el consentimiento como *"la común intención de los contratantes, su acuerdo de voluntades"*⁵⁹. Marty y Raynaud como aquel que *"se realiza por el encuentro de las voluntades de los contratantes, lo que supone que cada uno de los contratantes haya tenido la voluntad necesaria y que esas voluntades hayan concurrido para formar una convención. Las dos voluntades deben manifestarse, la de quien se obliga y la de quien acepta como beneficiario. El contrato presupone entonces, para su formación válida, un acuerdo entre dos o mas personas..."*⁶⁰.

Para el Tribunal ha quedado establecido que en el documento que recoge la celebración del contrato de cuentas en participación que ha motivado esta litis, se encuentra contenida la voluntad de las partes, allí manifestada en la concreción del negocio que se proponían realizar.

⁵⁹ Tamayo Lombana Alberto. Manual de obligaciones Teoría del Acto jurídico y otras Fuentes. 2004

⁶⁰ G. MARTY y P. RAYNAUD. Droit Civil. Les Obligations, Paris, Sirey, 1962.

El consentimiento se puede ver afectado por la existencia o configuración de alguno de los siguientes vicios: error, fuerza o dolo, y la sola presencia de uno de ellos, con la entidad suficiente para hacerlo, convierte el acto en anulable y el consentimiento en ineficaz.

En el interrogatorio de parte que absolviera el señor Fernando Ardila Pardo indica como el convocado estuvo atento y participativo tanto en las tratativas preliminares del contrato así como en el proceso que llevó a su formación, lo cual, sumado a las restantes piezas procesales, permite concluir, de modo razonable, que existía una explicación del negocio a realizar, bajo la figura contractual de cuentas en participación.

El señor Ardila Pardo sobre este aspecto indica textualmente:

"CONVOCADO: Preguntado. Diga si es cierto o no? Y yo afirmo que lo es, que el contrato de cuentas en participación cuyo incumplimiento se alega en este proceso fue diseñado y elaborado en toda su integridad por la sociedad Inversiones Avanade?

INTERROGADO: Claro que si, fue un acuerdo el contrato de cuentas en participación, es una figura que se utiliza en este negocio, fue totalmente acordado con el señor Alberto Henríquez, fue realizado después que el señor Alberto Henríquez buscara a nuestra compañía, buscara a Fernando Ardila para proponerle que realizáramos una explotación de la venta de gas vehicular en el negocio de su propiedad, después de muchas conversaciones y realmente teniendo en cuenta nosotros mas la trayectoria de su padre que en paz descanse que fue una persona que desarrolló este negocio de venta de combustible durante muchos años, durante toda su vida en la ciudad de barranquilla, pues con esa referencia y esa imagen positiva que tengo de su padre, contemplamos la posibilidad de desarrollar **el negocio con el señor Alberto Henríquez y de común acuerdo estipulamos todo el contenido del negocio de cuentas en participación y nosotros elaboramos el borrador lo**

analizamos, nos pusimos de acuerdo y después lo firmamos conjuntamente, lo firmo el cómo representante de su sociedad y lo firme yo como representante de Inversiones Avanade.⁶¹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por su parte el convocado en interrogatorio de parte que absolviera sobre este mismo aspecto indicó:

"CONVOCANTE: *Diga usted si es cierto o no que usted obrando con su propio nombre como persona natural celebró con Inversiones Avanade y compañía SCA un contrato de cuentas en participación para la construcción y operación de una estación de servicio de gas natural vehicular sobre partes de su propiedad manejado por estación de Texaco número 1.*

INTERROGADO: Si celebré ese contrato con el señor de Inversiones Avanade basado siempre en el principio de la buena fe.⁶² (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De los interrogatorios a las partes, y muy específicamente en lo que toca a la celebración del negocio acordado, ambos son coincidentes en sostener que, efectivamente, celebraron un contrato, y que este, además, tuvo un proceso de preparación, cuyo resultado final fue el de cuentas en participación que hoy es motivo de litis.

A lo anterior debemos agregarle el contenido de la declaración del señor Carlos Henao González, quien sobre el particular hace una exposición detallada, que este colegiado considera importante transcribir en este laudo. En ella, se describe tanto el inicio de las conversaciones como el desarrollo y ejecución inicial del contrato celebrado entre las partes. Este testimonio, que no fue tachado durante el transcurso de la diligencia, expresó sobre estos aspectos lo siguiente:

⁶¹ Interrogatorio de parte Fernando Ardila Pardo de fecha dos (2) de Noviembre de 2011

⁶² Interrogatorio de parte Alberto Henríquez Álvarez de fecha diecisiete (17) de Noviembre de 2011

"... **TRIBUNAL:** Cuéntele al tribunal que conocimiento tiene sobre la relación contractual que pudo existir entre el señor Alberto Henríquez Álvarez y la sociedad de Inversiones Avandé y compañía s.c.a.

TESTIGO: Si señor yo.

TRIBUNAL: Favor hablar solo lo que le conste y sepa.

TESTIGO: Ok, sí señor, yo empecé conversaciones con Alberto Henríquez hacia finales del año 2.008 para que Inversiones Avandé participara de un proyecto que él tenía de construcción de facilidades para la venta de gas natural en un lote de propiedad de él que queda en la cordialidad en una estación de servicios que ya tenía funcionando en líquidos conocida como estación de servicio de Texaco número 1, en ese lote el señor Henríquez dijo tener un área disponible para la construcción de unas facilidades de gas natural y nos invitaba a nosotros para que participáramos como Inversiones Avandé de la construcción de ese establecimiento de comercio para la venta de gas natural hacia los primeros días de enero del año 2.009 se concretó el negocio y se le giró el primer anticipo a Serviestaciones que fue la empresa que se definió iba hacer la constructora de la estación de servicio para la construcción de la estación de servicio se convocó una licitación digámosle, se invitaron varios constructores de estaciones de servicio conocidos por nosotros y por el mismo Alberto Henríquez dentro de ellos estaba una firma conocida como AM&M ingenierías otra firma conocida como codesarrollo y una firma que el mismo señor Alberto Henríquez nos propuso que se llama Serviestaciones firma donde el secretario, propietario de ella, Dentro de las cotizaciones recibidas la de mejor la más económica en la oferta fue la de Serviestaciones Alberto dijo que por favor le permitiéramos construir la estación y no vimos ningún

inconveniente en que el que iba hacer el operador se encargara de construirla, quien más que el que decía conocer de construcción de estaciones y sabia del proceso era apropiado, posteriormente él iba quien iba a operar, esto fue en enero y la estación de servicio debía quedar concluida como en 3 o 4 meses después solo hasta el mes de octubre del año 2.009 se concluyó la construcción de la estación y pudimos empezar con, pudo empezar el, con la operación de la estación

TRIBUNAL: *Hasta octubre?*

TESTIGO: *Octubre de 2.009*

TRIBUNAL: *Y durante este proceso de construcción cual fue el papel, la labor que desempeño Inversiones Avana de durante toda esta fase de la construcción.*

TESTIGO: *Si señor, dentro del contrato que se firmo con Serviestaciones se comprometía a ir mostrando avances de obra y por supuesto a recibir unos recursos para la terminación de la obra con base en sus avances, hubo ciertas demoras por parte del constructor que hizo que el cronograma se dilatara mas allá de lo que se había estipulado dentro de la construcción se había planteado edificar unos locales comerciales que se iban a alquilar y que el arrendamiento se iba a utilizar como parte de los ingresos de la sociedad esto nunca se terminó pero dado que ya las facilidades para la entrega de gas natural se habían terminado accedimos a que se iniciaran operación para poder empezar a recibir recursos de toda esa cantidad de dinero que se había sacado, digamos que se le aceptó al constructor, iniciaron operación en un negocio que todavía no había terminado al 100% para evitar que el deterioro económico siguiera creciendo el tema y la expectativa que se había generado alrededor de ese punto de venta y la*

demanda de los clientes nos hizo acceder a iniciar una operación sin haberla terminado 100%

TRIBUNAL: *De acuerdo a como fue concebido el negocio inicialmente quien era la persona o las personas encargadas de suministrar los recursos para que se adelantaran las obras.*

TESTIGO: *Ok, en la parte de los recursos Inversiones Avana de se encargaba de conseguir los recursos para la construcción y para los equipos y entregar todo el dinero necesario para que la estación pudiera funcionar y operar pero siempre fuimos muy claros con Alberto que a pesar de que nosotros conseguíamos los recursos para la construcción de la estación y para los equipos necesarios era él, el responsable del pago de esa deuda y él lo tuvo muy claritico desde el principio.*

TRIBUNAL: *Como eran suministrado los recursos? Forma periódica en fin.*

TESTIGO: *Se firmó un contrato para la construcción de la estación con Serviestaciones que finalmente era él mismo y se estableció que se le entregaría el 40% de de ese presupuesto como anticipo de obra, luego se le iba a entregar un 30% contra ejecución y luego otro 30% para cumplir con el 100% del presupuesto que se había pactado para la construcción*

TRIBUNAL: *Había alguna interventoría o vigilancia certificada?*

TESTIGO: *No la tuvimos.*

TRIBUNAL: *Cuando inicia la operación.*

TESTIGO: *El octubre del año 2.009.*

TRIBUNAL: De aquí en adelante como fue el desarrollo de esa relación?

TESTIGO: Una vez se inició la operación y antes que se iniciara la operación Alberto tenía muy claro cuál era el papel de él en el negocio el sabía que la operación y la administración de la estación le correspondía a él y que mensualmente debía rendirnos una serie de informes sobre lo que se iba ejecutando en base a lo que se había presupuestando debía ser el funcionamiento de la estación, antes de iniciar operación ya teníamos un presupuesto que habíamos revisado conjuntamente con Alberto de lo debía ser el negocio y Alberto tenía la responsabilidad de la operación y administración que se le dejó 100% a él, nosotros simplemente entrábamos a revisar o a mirar la parte de la ejecución del negocio con base a unos informes de contabilidad que él debía presentarnos a finalizar cada mes y pues esto no fue posible porque nunca Alberto nos entregó un informe oficial de la contabilidad del negocio y cuando mandaba a nuestro revisor fiscal allá a las instalaciones de Alberto no le presentaba la información completa o simplemente no le presentaban la información por eso nunca pudimos hacer una auditoría del negocio por otra parte dentro de las obligaciones de Alberto estaba girarle a Inversiones Avana de el dinero correspondiente al pago de la obligación del dinero que se había prestado para la construcción de la estación eso tampoco lo hizo como se había establecido, siempre se atrasó y lo más grave es que como nunca reportaba que utilidades había tenido el negocio entonces tampoco nunca cumplió con la parte de girarnos el 50% de lo que nos correspondía de la utilidad empezamos a llamar a Alberto a invitarlo a que nos presentara los informes a invitarlo a que nos entregara lo que nos correspondía de la utilidades del negocio y pues siempre salía con evasivas de forma renuente a entregarnos informaciones y en el momento cuando ya no fue ni siquiera

posible contactarnos fue que decidimos llegar al tribunal para que nos ayudara a resolver una situación que estaba cada vez creciendo como una bola de nieve eso parecía que ya no iba tener una solución amigable con él, ya no somos capaz con el ya no nos da la cara ya no nos responde ya no nos atiende la solución de aplicar lo que dice en el contrato y pues citar a una conciliación en cámara de comercio que fue lo que hicimos.

TRIBUNAL: *Usted manifestó al inicio de esta declaración que era el director de estaciones de Inversiones Avanade*

TESTIGO: *Si señor.*

TRIBUNAL: *De acuerdo, este esquema que usted ha planteado de negocio se repite en cuantos modelos actualmente por parte de ustedes.*

TESTIGO: *Hoy día tenemos varios en Barranquilla tenemos 2 negocios similares, en Corozal tenemos 1 negocio similar, en Sincelejo tenemos 2 mas y en Montería tenemos 2 mas bajo el mismo esquema contrato de cuentas en participación...⁶³*

En punto a lo anterior, para este Tribunal no existe prueba en el proceso que permita acreditar la existencia de fuerza o dolo en la celebración del contrato, de hecho ni siquiera estas circunstancias, constitutivas de anulabilidad, han sido alegadas por parte del convocado.

Ahora en lo que respecta al error, y sobre el cual centra su ataque la parte convocada, de lo visto y observado, tampoco es posible para este colegiado deducir que existiera uno sobre el objeto, la persona o el contrato que tuviere la entidad o magnitud suficiente para configurar una causal de nulidad relativa o anulabilidad sobre el mismo.

⁶³ Testimonio del señor Carlos Henao González rendido el día veintisiete (27) de Octubre de 2011

El apoderado de la parte convocada aduce la existencia de un error, toda vez que su poderdante consideraba que estaba suscribiendo un contrato de cuentas en participación cuando en realidad, a su parecer, era un contrato de mutuo.

Primariamente debe advertirse, que tanto el contrato de cuentas en participación, como el de mutuo, tienen objetos y procesos de formación completamente diversos, por lo que resulta casi que poco probable la confusión entre uno y otro. Mientras que el contrato de cuentas en participación tiene por objeto la explotación en los términos ya vistos, de una o varias actividades mercantiles determinadas, de la cual surgen obligaciones para ambas partes, dividiendo las ganancias en la forma acordada; por el contrario, el mutuo, solamente tiene por objeto la restitución de la cosa mutuada en los términos pactados, obligación única y *exclusivamente a cargo del mutuario (deudor)*. De igual manera mientras que en las cuentas en participación su formación y existencia solamente requiere el acuerdo de voluntades, para el mutuo, por su carácter real, resulta necesario para su perfeccionamiento y existencia, la tradición de la cosa mutuada (artículo 2.222 Código Civil).

Efectuada esta presentación inicial sobre ambos contratos, tenemos que el error, en términos generales, es un desacuerdo entre la mente y la realidad. En materia contractual, consiste en: *"la falsa o inexacta idea que se forma el contratante sobre uno de los elementos del contrato. Es esa equivocación la que lo lleva a consentir en el acto jurídico"*⁶⁴.

Según el mismo autor, la ley y la doctrina han hecho distinción entre el error de hecho y el error de derecho, con relación al error de hecho indica que existe tres tipos de este: *"(i) un error obstáculo que haría que el acto fuese inexistente y que puede recaer sobre el objeto, la causa o sobre la naturaleza del negocio (ii) un error nulidad que hace que el acto sea anulable y que recaería sobre la sustancia y la persona y (iii) un error indiferente que puede ocurrir sobre los simples motivos, una cualidad no esencial o sobre el valor"*⁶⁵

Debe entenderse que el error que afecta la validez del contrato es aquel que surge con su celebración.

⁶⁴ Tamayo Lombana Alberto. Manual de obligaciones Teoría del Acto jurídico y otras Fuentes. 2004

⁶⁵ Tamayo Lombana Alberto. Manual de obligaciones Teoría del Acto jurídico y otras Fuentes. 2004

Los artículos 1509 y siguientes del Código Civil tratan sobre el error como vicio del consentimiento.

Previene el 1509 ya citado que el error sobre el punto de derecho no vicia el consentimiento; en este sentido la Corte ha dicho: *"... en Colombia es absolutamente nula y aun inexistente la obligación contraída sin más fundamento que en un error de derecho, porque este no puede aprovechar al que lo alega para hacer una ganancia, si no concurre también una capacidad legal, un objeto lícito y una causa jurídica distinta del error mismo, aunque esta causa no sea civil sino apenas natural..."*⁶⁶

Ahora, el artículo 1510 del Código Civil textualmente dispone: *"El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra."*

Según lo entiende nuestra Corte Suprema de Justicia, este error en la sustancia, es lo que se denomina error común creador de derecho, y es una de las especie del llamado error nulidad; en el cual hay consentimiento aunque equivocado.

Siguiendo a Tamayo Lombana, este indica que el error debe recaer sobre situaciones sustanciales y esenciales de la cosa; confluyendo en este aspecto dos corrientes, una de ellas habla sobre la teoría objetiva del error y otra, sobre una subjetiva.

En la teoría objetiva *"se considera que hay error sobre la sustancia cuando la equivocación recae sobre la materia de que está hecha la cosa, sobre sus componente físicos y químicos. Es claro el ejemplo del jurisconsulto Ulpiano: compró un objeto que creyó era de oro y resultó siendo de bronce. La compraventa será nula"*⁶⁷

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Septiembre 30 de 1938

⁶⁷ Tamayo Lombana Alberto. Manual de obligaciones Teoría del Acto jurídico y otras Fuentes. 2004

La llamada teoría subjetiva, imperante hoy en la doctrina, indica que *“no solo hay error sobre la sustancia cuando la equivocación recae sobre la materia componente de la cosa; también lo habrá cuando tal equivocación se refiere a las calidades sustanciales de la misma cosa”*⁶⁸

Concluye sobre este aspecto indicando *“así pues de acuerdo con el aspecto subjetivo la sustancia puede ser cualquier cualidad de la cosa que ejerce influencia sobre el consentimiento. Es entonces en la intención y en las circunstancias que han rodeado la convención, donde debe buscarse la cualidad sustancia, cuya falta será constitutiva del error sobre la sustancia. En últimas el error que vicia el consentimiento es aquel que lo hubiera modificado de tal manera que el contrato no se hubiera celebrado por eso se dice que el error no vicia el consentimiento sino cuando esa condición es el principal motivo que lo induce a contratar”*⁶⁹ (Subrayas fuera de texto).

En el denominado error común creador de derecho, la jurisprudencia nacional ha establecido ciertas condiciones para que este sea considerado; estas son las siguientes: *“... 1. Debe existir una situación que realmente sea contraria a la normatividad, pero oculta, es decir, que no es fácil advertirla, la cual sea necesariamente ajena a su etiología y desarrollo a quien eventualmente resultare perjudicado con la apariencia de juridicidad. Es obvio que quien pretende ser favorecido con la aplicación de la doctrina tuvo alguna parte en los procesos que determinaron la creación de la apariencia de derecho, mal puede invocar a su favor la apariencia de legalidad, que en tales condiciones dejaría de serlo para ello. 2. Que esa situación de apariencia de legalidad este respaldada en hecho, situaciones o documentos cuyo vicio no sea posible advertir con diligencia y cuidados propios de un buen padre de familia. 3. Que la conducta de quien resultó perjudicado con la situación de aparente legalidad está respaldada por una buena fe del particular no simplemente presunta, sino probada, permanente y no transitoria, paradigmática, sin sombra de mácula. Es esa buena fe la que permite que se cree el derecho en donde normalmente no existía, y correlativamente, se extinga en quien verdaderamente era su titular. 4. Que la situación no esté regulada expresamente por una ley imperativa que imponga soluciones diferentes a las que resultarían de la aplicación de la doctrina...”*⁷⁰

⁶⁸ Tamayo Lombana Alberto. Manual de obligaciones Teoría del Acto jurídico y otras Fuentes. 2004

⁶⁹ Tamayo Lombana Alberto. Manual de obligaciones Teoría del Acto jurídico y otras Fuentes. 2004

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Agosto tres (3) de 1983

Una vez realizada esta breve introducción sobre el tema del error, es menester analizar los argumentos expuestos por el apoderado del convocado, para determinar si se configuró o no un vicio en el consentimiento.

Sobre esta excepción el apoderado expresamente dijo *"En el presente proceso se demostrara que durante la etapa precontractual y contractual, el señor ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ, creyó bajo la inducción activa y mediante ejecución de maniobras y manipulaciones engañosas, evidenciadas en el texto del contrato que celebró, que se le hizo creer, que dicha estipulación contractual correspondía inequívocamente a un contrato de cuentas en participación, pero que por contener cláusulas que tipifican obligaciones a cargo del demandado y derechos a favor del demandante, que no corresponde a la esencia o naturaleza del negocio jurídico acordado, se configuró en la realidad un tipo de contrato ajeno a la consentido por el demandado..."*⁷¹

Tal y como fue explicado anteriormente, la coexistencia de obligaciones no desnaturaliza el contrato de cuentas en participación, claro ejemplo de esto es lo contenido en la cláusula sexta del contrato objeto de debate donde en su literal k se estipula que se restaría de los ingresos brutos: *"la suma de \$3.000.000 mensuales de arriendo del lote que serían cancelados al socio Gestor..."* pero esto no quiere decir que el contrato entonces sea en realidad uno de arrendamiento, simplemente nos demuestra la posibilidad de coexistencia de convenciones sin desdibujar el contrato principal.

A lo que se obliga el partícipe, y esto se vuelve a repetir, es a suministrar los recursos establecidos para los fines del contrato, pero, de igual manera, las partes pactaron que estos debían ser reintegrados con la operación de la EGN, es decir se debían tener como un gasto o costo de la misma y la utilidad sería el resultado que se obtenía de restarle a los ingresos de venta de gas vehicular las deducciones por conceptos tales como obligación crediticia, costo de los combustibles, canon de arrendamiento, entre otros.

El Tribunal no concibe que el contrato de cuentas en participación desde sus inicios hubiese sido pactado de una manera diferente, la misma prueba testimonial lo corrobora, el convocado así lo había entendido y consentido; y

⁷¹ Contestación de la demanda de fecha veinticuatro (24) de Junio de 2011

sólo tiempo más tarde y según fue manifestado en la audiencia de alegatos, ante recomendación de un profesional del derecho, el señor HENRIQUEZ ALVAREZ dejó de cumplir con las obligaciones a su cargo por haber encontrado una "justa causa" la cual según su parecer, era el error que se alega.

Por todo lo antes expuesto el Tribunal concluye que lo afirmado por el apoderado del convocado, no constituye un error conforme lo determinado por la doctrina y la jurisprudencia capaz de producir la anulabilidad del contrato, es sencillamente el fruto de una interpretación que realizó su asesor legal sobre la forma del mismo, pero no se encuentra, ni se logró demostrar error alguno o mala fe por parte de la convocante en su celebración.

De hecho, si se observa al detalle lo alegado, y se analiza con el contrato celebrado y ejecutado, se apreciará que tal afirmación no resulta posible configurarla, dada la naturaleza y requisitos de ambos contratos y por tanto no se cumpliría la causal primera determina por nuestra Corte Suprema en la sentencia arriba transcrita, es decir, no existe " *... una situación que realmente sea contraria a la normatividad, pero oculta, es decir, que no es fácil advertirla, la cual sea necesariamente ajena a su etiología y desarrollo a quien eventualmente resultare perjudicado con la apariencia de juridicidad. Es obvio que quien pretende ser favorecido con la aplicación de la doctrina tuvo alguna parte en los procesos que determinaron la creación de la apariencia de derecho, mal puede invocar a su favor la apariencia de legalidad, que en tales condiciones dejaría de serlo para ello*"⁷²

3. Objeto lícito:

Se define el objeto lícito como aquel que: "*debe estar de acuerdo con la ley, el orden público y las buenas costumbres*"⁷³, siendo entonces necesario entrar a verificar si el objeto del contrato, de la operación jurídica bajo estudio es conforme a la ley.

En nuestro ordenamiento jurídico la construcción, explotación y operación de estaciones de gas natural son actividades lícitas, que no han sido prohibidas por la ley y por tanto pueden ser desarrolladas; esta afirmación se hace

⁷² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Agosto tres (3) de 1983

⁷³ Tamayo Lombana Alberto. Manual de obligaciones Teoría del Acto jurídico y otras Fuentes. 2004

basados en el denominado "principio de clausura" instituido por Hans Kelsen bajo el cual *"todo lo que no está prohibido está permitido"*. Es decir, no se requiere que todo esté legislado, es un principio necesario de todo orden jurídico.

Por tanto el Tribunal encuentra que se predica el cumplimiento de este requisito necesario para la validez del contrato objeto de estudio.

4. Causa lícita:

Entendida, según lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 1524 como: *"el motivo que induce al acto o contrato y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden publico"*.

En este caso, esta causal no fue alegada por el apoderado del convocado quien se limitó a manifestar la existencia de un supuesto error, sin embargo, y en aras de realizar un estudio completo de la situación fáctica, en el contrato de cuentas en participación de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009, era la voluntad de las partes el celebrar un contrato de colaboración con el fin de la construcción y explotación de la EGN antes mencionada.

5. No contraría norma de carácter imperativo:

El contrato de cuentas en participación de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009 desarrolla lo dispuesto para esta clase de contratos por el código de comercio, su objeto se encuentra permitido por la ley y ninguna de sus cláusulas contraría disposición jurídica alguna. Por tanto se concluye que este requisito también se encuentra cumplido.

Por lo anterior podemos deducir que el contrato de cuentas en participación fue validamente celebrado por las partes y por tanto es necesario entrar a analizar el cumplimiento de los demás requisitos necesarios para la eventual declaratoria de incumplimiento contractual.

15.4.2. El segundo elemento de la responsabilidad contractual: la obligación a cargo de la parte demandada en este proceso y la cual se alega como incumplida.

En cuanto a la responsabilidad contractual y el incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

" ... En esta materia cabe recordar así mismo que, como el dolo y el caso fortuito no se presumen, sino que deben ser comprobados (C.C., 1516 y 1604), el incumplimiento de una obligación es un hecho antijurídico que por sí mismo entraña una culpa del deudor. De aquí que se halla dicho que ese incumplimiento constituye una presunción de culpa, presunción legal que el deudor puede destruir acreditando su diligencia o cuidado o el caso fortuito..."⁷⁴

De lo anterior se desprende el hecho que cuando nos encontramos ante un contrato validamente celebrado y una de las partes incumple con su obligación se presume su culpa, teniendo esta la posibilidad de desvirtuarla demostrando, en principio, diligencia y cuidado, y en últimas un hecho que tienda a romper el nexo causal.

En el caso que nos ocupa debemos entrar a analizar las obligaciones del convocado para determinar si cumplió o no con cada una de ellas, para de esta forma poder predicar su incumplimiento.

Según el análisis realizado del contrato de fecha veintiuno (21) de Diciembre de 2009, celebrado entre las partes, este Tribunal encuentra que se desprenden las siguientes obligaciones para el gestor ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ:

- 1.** Conceder el derecho de utilizar una parte del inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 040-105501 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena de propiedad del convocado.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha trece (13) de diciembre de 1962

2. Administrar y operar bajo su nombre y crédito la EGN bajo las condiciones pactadas por un plazo de quince (15) años.
3. Cancelar, del producido de la EGN, lo invertido por el participe en la construcción, operación o su funcionamiento.
4. Rendir cuentas mensuales de su gestión al participe inactivo, es decir INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A.
5. Llevar en forma separa la contabilidad del negocio de tal modo que no se pueda confundir contra otra por el utilizada.
6. Permitir que INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. tuviera acceso a los papeles contables del negocio para el ejercicio de su derecho de inspección
7. Distribuir mensualmente las utilidades a que tenía derecho en la explotación de la EGN, en partes iguales a cada uno de los partícipes.
8. Atender el pago de las sumas invertidas en la dotación y funcionamiento de la EGN, en los términos del contrato y con el producto de su operación.
9. Realizar la construcción de la EGN según los planos y diseños aprobados por las partes del contrato de cuentas en participación.
10. Las demás que hubiesen emanado del contrato de cuentas en participación.

15.4.2.1. Necesidad de precisar la obligación contractual que se alega como incumplido.

Como ya hemos dicho previamente, para que exista responsabilidad contractual no sólo debe existir contrato válido entre las partes, el cual aquí ya establecimos es el de cuentas en participación, sino que también, debe existir en éste una obligación cuyo cumplimiento está a cargo de una parte y en

beneficio de la otra, la cual es alegada como incumplida, causando con ello daño a la parte cumplida.

Y aunque a veces nos referimos indistintamente a deber y obligación, en nuestro caso trataremos de referirnos siempre a la "obligación", por lo menos en lo que al análisis de esta pretensión se refiere, incluso cuando inadvertidamente nos refiramos a ésta como deber, pues como lo afirma Uribe-Holguín, *"En el terreno jurídico, deber y obligación son pues cosas distintas: aquel es el género y esta una especie. La diferencia entre los dos radica en que los deberes que no constituyen obligación pesan sobre las personas indeterminadas que forman la sociedad, **en tanto que la obligación no puede existir sino entre personas determinadas: una o más como acreedoras y otra u otras como deudoras**"*⁷⁵. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

En consecuencia, para decidir la procedencia de esta pretensión, y una vez establecido que existe contrato válido, es menester precisar cuál es o son la obligación o las obligaciones incumplidas que emana de dicho contrato, en qué consiste, cuál es su alcance y a cargo de quién ésta su cumplimiento. Solamente luego de precisado éste, podrán analizarse los elementos restantes de la responsabilidad contractual.

Coincidiendo con este criterio que acabamos de plantear, los hermanos Mazeud se expresaron así sobre este particular:

"Distinción del problema de la determinación del contenido del contrato y del problema de la responsabilidad contractual. Cuando se trata de delimitar el ámbito de la responsabilidad contractual, debe evitarse un primer escollo: la confusión entre el contenido del contrato y la responsabilidad contractual. Durante mucho tiempo no se hizo la distinción; muchas de las cuestiones planteadas en la esfera de la responsabilidad contractual, han sido oscurecidas por ello. Se sabe que la obligación nacida de la responsabilidad contractual, del incumplimiento

⁷⁵ URIBE-HOLGUÍN, Ricardo, Cincuenta Breves Ensayos sobre Obligaciones y Contratos, 2ª. Edición Editorial Temis, Bogotá, 1979, página 40. Subrayado y negrillas fuera del texto.

*del contrato, es diferente de la surgida del contrato; pero que la primera no puede existir más que en sustitución de la segunda. **Antes de resolver, por consiguiente, el problema de la responsabilidad contractual, hay que solucionar otro: ¿a que está obligado el deudor por el contrato, cuál es el contenido del contrato?***⁷⁶.
(Negrillas y subrayas fuera de texto)

Precisada la necesidad de establecer este elemento de la responsabilidad contractual, veamos en qué consiste la obligación contractual que el apoderado de la sociedad demandante alega como incumplido por parte del convocado.

15.4.2.2. Las obligaciones que la parte demandante alega como incumplidas en este caso particular:

El Tribunal retomará las citas del escrito de la demanda para identificar las causales de incumplimiento alegadas por el convocante, las cuales se pueden resumir, así:

15.4.2.2.1. Cancelar de cuentas de amortización y \$49.527.545.47 por concepto de participaciones de los beneficios de la EGN conforme certificación anexa de la revisoría fiscal de la sociedad demandante, cumplir con la distribución al partícipe de las utilidades de la EGN en forma mensual:

Sobre este aspecto es menester analizar el dictamen del perito contable para establecer si procede o no el incumplimiento por parte del convocado sobre este supuesto:

1. Renuencia de la exhibición:

En el dictamen de la perito María Nuris Cañas Quintero manifiesta: "**los libros de contabilidad del señor ALBERTO HENRIQUEZ ALVAREZ, y los libros de la EGN NO fueron exhibidos como consta en el auto No. 16 del día**

⁷⁶ MAZEAUD, Henri y León, Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Tomo I, Volumen I, 5ª. Edición, Traducción por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, página 147. Subrayado y negrillas fuera del texto, salvo las del título".

04 de Noviembre de 2011, del Tribunal de Arbitramento, en el mismo AUTO se solicitó que estos fueran puestos a disposición de la perito contador dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, fecha en que tampoco fueron puestos a disposición para realizar la prueba solicitada por el Tribunal de Arbitramento...⁷⁷ (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De esta renuencia del convocado a exhibir los libros y papeles de comercio como fue ordenado, se desprende una sanción legal. Esta se encuentra contemplada por en el artículo 285 de nuestro código de procedimiento civil el cual dispone: "si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquélla se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, **tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar**, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. **En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento**, salvo que dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale..." (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Teniendo en cuenta que el convocado no exhibió su libros contables, ni los de la EGN y que la sociedad convocante si lo hizo poniéndolos a disposición de la perito contable María Nuris Cañas, este Tribunal, fundamentado en lo dispuesto por el artículo 288 ibídem⁷⁸ y teniendo en cuenta que han sido llevados en legal forma, se basará en lo en ellos consignado para determinar el cumplimiento o no de la obligación que alega incumplida.

⁷⁷ Dictamen pericial María Nuris Cañas Quintero, Folios 314 a 324

⁷⁸ Podrá ordenarse de oficio o a solicitud de parte la exhibición parcial de los libros y papeles del comerciante. La diligencia se practicará ante el juez del lugar en que los libros se lleven y se limitará a los asientos y papeles que tenga relación necesaria con el objeto del proceso y la comprobación de que aquellos cumplen con las prescripciones legales. El comerciante que no presente alguno de sus libros a pesar de habersele ordenado la exhibición, quedará sujeto a los libros de su contraparte que estén llevados en forma legal, sin admitírsele prueba en contrario, salvo que aparezca probada y justificada la pérdida o destrucción de ellos o que habiendo demostrado siquiera sumariamente una causa justificativa de su renuencia, dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la exhibición, presente los libros en la nueva oportunidad que el juez señale.

2. Pago a favor del participe por concepto de utilidades y de la obligación a cargo de EGN:

A la pregunta: “*detalle de los pagos efectuados por el gestor Alberto Henríquez Álvarez al participe INVERSIONES AVANADE por participación en el contrato de cuentas en participación*”, la perito contable María Nuris Cañas Quintero contestó que estos fueron realizados por el convocado hasta el día treinta (30) de Diciembre de 2010, demostrándose así como durante el transcurso del año 2011 y 2012 el señor HENRIQUEZ ALVAREZ no realizó pago alguno al participe ya sea por concepto de utilidades generadas por el funcionamiento de la EGN o por la obligación adquirida para su puesta en marcha y que se debía cubrir con los dineros que esta generara.

Lo anterior es corroborado por la declaración del testigo Carlos Henao González quien manifestó:

"TRIBUNAL: *Hoy en día que existe en la estación?*

TESTIGO: ***La estación a pesar de que Alberto dejo de de cumplir con sus compromisos desde hace mucho tiempo creo si mal no recuerdo el ultimo abono al dinero que debía girarnos lo hizo en diciembre del año 2.010 la estación ha seguido operando y pues Alberto se ha venido apropiando del producido de esa estación y nunca más nos volvió a girar ningún dinero ni por concepto del pago de la obligación y muchos menos de las utilidades de la que tenemos derecho del negocio,** se ha quedado con el producido de ese negocio, la estación hace parte de una red de estaciones de gas que tenemos en Barranquilla y pues hemos venido monitoreando la evolución de las ventas y afortunadamente ha estado dentro de los niveles que esperábamos debía ser la venta de la estación por lo que conocemos del negocio y hemos visto de la venta la estación ha venido produciendo los recursos suficientes no solo para el pago de la deuda si no para que Alberto nos girara lo que nos toca, lo que nos corresponde a nosotros por la participación de las utilidades*

*y pues con todos esos recursos se ha quedado*⁷⁹ (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Estas circunstancias, sumado a la renuencia a la exhibición, permiten concluir a este Tribunal, con grado de certeza que, efectivamente, el GESTOR, convocado, ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ, incumplió con sus obligaciones contractuales de pagar la obligación adquirida para ser cancelada con el producto de los ingresos de la EG; de igual manera, incumplió con su obligación de distribuir las utilidades mensuales que venía generado la explotación de la EGN a su cargo.

No encuentra este colegiado causa o hechos que permita inferir que esta actuación del participe gestor fuese soportada en lo que denomina su apoderado "un hecho justo", por el contrario. Lo evidenciado ha sido un comportamiento contractual de su parte sancionable a todas luces. El incumplimiento se muestra incluso, premeditado, y atenta contra las buenas prácticas mercantiles.

Considera el Tribunal que de grave puede calificarse su culpa. El hecho de NO reportar en forma mensual, ni las cuentas, ni las utilidades o pérdidas del contrato, muestra un abierto desprecio por las obligaciones que el mismo adquirió.

No es justificable sostener, como pretende hacerlo, que su incumplimiento manifiesto y reiterado tuvo como fundamento un concepto de sus asesores legales. Las obligaciones se encontraban pactadas, y de acuerdo o no con el tipo contractual empleado, éste debía cumplirlas, salvo en los casos expresamente autorizados por la Ley para ello, cuyo evento no es el que ahora ocupa nuestra atención. No puede olvidarse el convocado que la anulación o declaratoria de nulidad relativa solo opera y produce efectos en razón a la declaratoria judicial correspondiente, anticipar sus consecuencias por la interpretación que del contrato haga una de las partes, como al parecer lo hizo el convocado, equivale a permitir que éste, por sí y ante sí asuma un papel de juzgador que ni la Ley, ni el contrato le asignan y que, por tanto, no le competen.

⁷⁹ Testimonio de Carlos Henao González rendido el día veintisiete (27) de Octubre de 2011

El comportamiento contractual del gestor, aquí convocado, resulta contrario a derecho, así como a la buena fe contractual que debe gobernar toda relación negocial.

Su incumplimiento manifiesto y reiterado será declarado en este laudo, y producirá la terminación del contrato, de conformidad con lo previsto por el artículo 870⁸⁰ del Código de Comercio, y 1.546⁸¹ del Civil.

15.4.2.2.2. No rendir cuentas de su gestión, ni llevar contabilidad en forma separada, ni permitir su revisión:

Aunque ya se encuentra acreditado el incumplimiento del convocado del contrato de cuentas en participación por las causas antes mencionadas, también resalta el Tribunal, que no se evidencia en el proceso que el convocado hubiese presentado cuentas de su gestión, no obstante, haber manifestado en el interrogatorio de parte absuelto por este, que si lo hacía.

La renuencia a la exhibición, también tiene ese efecto. El convocado, confirma su actuar contractual, tampoco suministró la información contable requerida, no obstante haber sido conminado para que lo hiciera.

En el interrogatorio de parte absuelto por el convocado, este, dijo:

"CONVOCANTE: *Diga usted si conforme al contrato, usted rendía cuentas mensualmente a Inversiones Avande de los ingresos obtenidos de la estación y los costos y gastos incurridos?*

INTERROGADO: *Se rendía las cuentas de la manera que usted lo está diciendo doctor pero sin ningún conocimiento de mi parte de saber realmente de que era una negociación engañosa porque a raíz de la situación que se presentó con la superintendencia de industria y comercio que la estación*

⁸⁰ Artículo 870 C. de Cio: En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios.

⁸¹ Artículo 1.546 C.C.: En los contratos bilaterales, va envuelta la condición resolutoria en caso de cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

duró cerrada yo creo que eso es parte de lo que ustedes manejan aquí Inversiones Avande se puso en una posición totalmente agresiva circunstancia que me llevo a consultar con un abogado lo que estaba sucediendo y dentro del estudio que hizo el abogado me pregunta porque es el motivo el cual yo les estoy cancelando a Inversiones Avande algo como préstamo si se supone que el contrato que yo firme con ellos era cuenta de participación me pregunta mi abogado si fue que yo hice con ellos algún negocio en donde le solicitara dinero prestado para la construcción y yo le comento que no que yo en ningún momento me acerco a Inversiones Avande hacerle préstamo para inversión yo fui donde ellos y les comente que tenía una estación de servicios y un local para que ellos invirtieran hay y partiéramos utilidades pero en ningún momento nosotros hablamos de préstamos, ni de amortización, ni de intereses entonces yo hasta el momento en que sabía, perdón, que no sabía aclaro que no tenía que cancelar eso de esa manera pues cumplí pensando que lo estaba haciendo como era.

CONVOCANTE: *Vuelvo y le repito la pregunta ¿usted rendía cuentas mensualmente de las ventas de la estación y los costos?*

INTERROGADO: *Si señor.*

CONVOCANTE: *Ante quien rendía esas cuentas?*

INTERROGADO: *Ante el señor.*

TRIBUNAL: *Perdón la pregunta número 5 hace referencia si usted rendía cuenta, ahora si pase a la sexta pregunta, correcto.*

CONVOCANTE: *Pero no fue clara, no entendí.*

TRIBUNAL: Entonces que no siga el dialogo entre partes entre declarante y apoderado.

CONVOCANTE: Usted rendía mensualmente cuentas de la estación de costos y gastos

INTERROGADO: Si señor.

CONVOCANTE: Ante quien rendía usted las cuentas y de qué forma lo hacía?

INTERROGADO: Lo hacía bajo el señor Vladimir Mora que era la persona que iba revisaba todo lo que concernía a la contabilidad de la estación nunca en ningún momento me negué para que lo hicieran.

CONVOCANTE: Reitero la pregunta. De qué forma lo hacía?

INTERROGADO: Por escrito.

CONVOCANTE: Por escrito?

INTERROGADO: Si señor.

CONVOCANTE: En el momento que se escribió el contrato se pacto que del producido de la estación se pagaría primero la inversión realizada y si quedaba algunas ganancias se distribuyera entre las partes 50 y 50 es eso cierto?

INTERROGADO: No señor en ningún momento, hablamos siempre de utilidad, hablamos siempre de inversión nunca hablamos de préstamo ⁸².

Sobre estos mismos aspectos, es decir sobre la rendición de cuentas mensuales del convocado, y ante pregunta del Tribunal, el testigo Henao González, dijo:

⁸² Interrogatorio de parte, cit.

"TRIBUNAL: *Cuando inicia la operación.*

TESTIGO: *El octubre del año 2.009.*

TRIBUNAL: *De aquí en adelante como fue el desarrollo de esa relación?*

TESTIGO: *Una vez se inició la operación y antes que se iniciara la operación Alberto tenía muy claro cuál era el papel de él en el negocio el sabía que la operación y la administración de la estación le correspondía a él y que mensualmente debía rendirnos una serie de informes sobre lo que se iba ejecutando en base a lo que se había presupuestando debía ser el funcionamiento de la estación, antes de iniciar operación ya teníamos un presupuesto que habíamos revisado conjuntamente con Alberto de lo debía ser el negocio y Alberto tenía la responsabilidad de la operación y administración que se le dejó 100% a él, nosotros simplemente entrábamos a revisar o a mirar la parte de la ejecución del negocio con base a unos informes de contabilidad que él debía presentarnos a finalizar cada mes y pues esto no fue posible porque nunca Alberto nos entregó un informe oficial de la contabilidad del negocio y cuando mandaba a nuestro revisor fiscal allá a las instalaciones de Alberto no le presentaba la información completa o simplemente no le presentaban la información por eso nunca pudimos hacer una auditoría del negocio por otra parte dentro de las obligaciones de Alberto estaba girarle a Inversiones Avana de el dinero correspondiente al pago de la obligación del dinero que se había prestado para la construcción de la estación eso tampoco lo hizo como se había establecido, siempre se atrasó y lo más grave es que como nunca reportaba que utilidades había tenido el negocio entonces tampoco nunca cumplió con la parte de girarnos el 50% de lo que nos correspondía de la utilidad empezamos a llamar a Alberto a invitarlo a que nos*

presentara los informes a invitarlo a que nos entregara lo que nos correspondía de la utilidades del negocio y pues siempre salía con evasivas de forma renuente a entregarnos informaciones y en el momento cuando ya no fue ni siquiera posible contactarnos fue que decidimos llegar al tribunal para que nos ayudara a resolver una situación que estaba cada vez creciendo como una bola de nieve eso parecía que ya no iba tener una solución amigable con él, ya no somos capaz con el ya no nos da la cara ya no nos responde ya no nos atiende la solución de aplicar lo que dice en el contrato y pues citar a una conciliación en cámara de comercio que fue lo que hicimos”⁸³

Como se aprecia, son versiones contradictorias sobre el mismo punto, la presentada por el convocada y la narrada por el testigo. Sin embargo, para el Tribunal, la versión del testigo es corroborada por el informe de la perito María Nuris Cañas, cuando indica, que: “Los libros de contabilidad del señor ALBERTO HENRIQUEZ ALBAREZ y los libros de la EGN **NO fueron exhibidos**”.

Considera este colegiado que hubiese bastado que el convocado acreditara el cumplimiento de su obligación de rendir cuentas mensuales, al presentar copias de los informes escritos que manifestó haber entregado a un representante de la sociedad convocante; sin embargo, ello no fue así, y por el contrario, lo que evidencio por este Tribunal fue su incumplimiento reiterado.

En resumen sobre estos aspectos, queda claro para el Tribunal que el convocado incumplió el contrato de cuentas en participación que ha motivado esta demanda.

15.4.2.3. Contrato No Cumplido:

El convocado sustenta esta alegación en el hecho en que, en su sentir, el participe no realizó su aporte en los términos establecidos en el contrato y que en cuanto a los equipos, estos no fueron los acordados puesto que algunos fueron de segunda mano.

⁸³ Testimonio Carlos Henao Gonzales. Cit.

Gran parte de los fundamentos de ésta excepción ya han sido tratados en otros apartes del presente laudo, muy en especial, lo que se refiere al aporte del partícipe. Solo resta agregar sobre esto, que, si bien es cierto existe alguna diferencia entre lo reportado como inversión por la perito Cañas, con lo establecido en el contrato, no lo es menos, que la misma se ha considerado como poco apreciable y que en su oportunidad ninguna manifestación generó en el convocado.

La diferencia existente de Cuarenta y Seis Millones Seiscientos Siete Mil Trescientos sesenta y ocho pesos (\$46.607,368), representa el 3.8% del su valor total y, hasta el momento de este proceso arbitral, no aparece ninguna inconformidad por parte del convocado sobre este particular, por lo que, puede sostenerse que la suma final invertida fue la señalada en dictamen pericial, siendo la obligación del partícipe, como dispone el contrato, "*hasta por la suma de....*"⁸⁴, por lo que no es posible deducir incumplimiento de la convocante por este aspecto.

De igual modo, alega el convocado que los equipos incorporados a la EGN, eran de segunda, y se apoya en su sustento, en una certificación que presentara el señor Ismael Bolívar, quien a pesar de estar citado, nunca compareció a rendir testimonio.

Si bien es cierto que algunos equipos fueron de segunda mano, no lo es menos que la vida útil de estos apenas comenzaba y por tanto, era posible suponer por las partes contratantes, que los mismos funcionara correctamente, dado el amplio conocimiento que ambas tiene del negocio de suministro y venta de combustibles.

Sobre esto, el señor Edison Álvarez Gómez, y ante pregunta del tribunal, dijo:

"TRIBUNAL: *La última pregunta, en su concepto usted que tiene tanta experiencia en esto, más o menos cuanta es la duración, o se supone que es la duración de un equipo para gas.*

⁸⁴ Clausula Tercera (3ª.) contrato, ya cit.

TESTIGO: Doctor eso depende de muchas variables de uso, manejo, temperatura, humedad.

TRIBUNAL: Lo normal, el promedio normal?

TESTIGO: Un equipo bien mantenido puede durar de 15 a 20 años⁸⁵ (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Habiendo dicho el mismo testigo, que el equipo en cuestión (compresor), tendía solo de uno (1) a dos (2) años de estar instalado, la vida útil era todavía bastante larga, al punto que según se ha observado, el mismo funciona en la EGN hoy en día.

Del mismo modo, tampoco este Tribunal aprecia que el hecho de haber colocado equipos usados en la EGN hubiese sido una imposición de la convocante, por el contrario, de lo expuesto por el mismo testigo se colige que tal decisión provino de una decisión de ambas partes, lo que produjo, dado el carácter consensual del contrato de cuentas en participación, una adición al mismo en dicho sentido.

Refuerza lo concluido por este colegiado el testimonio del señor Álvarez Gómez, cuando afirma que:

"TRIBUNAL: Usted tiene alguna injerencia o dio algún concepto de algunos equipos, para el expendio de gas que adquirieron?

TESTIGO: Básicamente la estación se adquirió y se construyó para unos equipos IMW, durante la etapa de la construcción hubo una demora de 2 meses y más por que el equipo nunca llegó, primero fue un ingeniero de AM&M ingeniería y propuso un equipo que está en Luruaco, después el mismo dueño de la estación Ismael Bolívar fue y propuso la venta de ese equipo en las 2 conversaciones yo estuve presente, después en una conversación que sostuvimos el señor Alberto Henríquez, Ricardo Ardila, Carlos

⁸⁵ Testimonio de Edison Álvarez, rendido el Dos (2) de Noviembre de 2.011.

Henao y yo, no se porque salió a la luz el tema de los equipos de Luruaco, tengo entendido que el señor Ismael Bolívar tenía una deuda con don Fernando salió a la luz y propusieron montar ese equipo porque ya la estación estaba prácticamente lista para vender gas, faltaban eran detalles de construcción en los locales solamente la imagen del cambio, no sé porque salió a la luz y en ese momento eso era la tabla de salvación para el negocio y le propusieron a Alberto que hiciera eso de hecho el estaba renuente aceptar eso y se aceptó a la larga ese equipo sabiendo que íbamos a tener que desarmar mucha parte de lo que habíamos hecho en la construcción por que no es gas, las estaciones se construyen dependiendo de los equipos que se vayan a montar y tuvimos que desarmar gran parte, el patio donde iba el compresor prácticamente hubo que desarmar la tubería y para adaptar la parte eléctrica pero fue un punto que fue la salvación por que tengo entendido que avanade tenía problemas con el fabricante de los equipos y los equipos no llegaron, se planteó eso y en una conversación larga ese día se acepto.

TRIBUNAL: Pero inicialmente, el señor Ismael Bolívar llevo a donde el señor Henríquez a proponerle los compresores?

TESTIGO: Primero fue un ingeniero de M&M ingenierías, después el señor Ismael Bolívar.

TRIBUNAL: Y esa reunión de que usted habla, se llevo a cabo donde?

TESTIGO: Eso fue en la estación de Alberto en la cordialidad.

TRIBUNAL: Y la reunión con el señor Ardila?

TESTIGO: *En las oficinas de la 84.* ⁸⁶ (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Lejos de configurar un incumplimiento, el testigo citado y transcrito indica que este hecho fue aceptado por el convocado, luego de largas conversaciones, como allí se afirma, entonces tal situación no podría considerarse como incumplimiento del contrato por parte de la convocante.

Por tales circunstancias, la excepción de contrato no cumplido, y que consagra el artículo 1609 del Código Civil, no está llamada a prosperar.

Además, la jurisprudencia ha dicho, que para que proceda la excepción de contrato no cumplido, deben darse las siguientes circunstancias: " a) que el excepcionante obre de buena fe; y b) Que no esté obligado a ejecutar en primer lugar sus obligaciones, de acuerdo con las estipulaciones y la naturaleza del contrato."⁸⁷ Estas circunstancias no concurren en el presente caso.

15.4.3. La pena a imponer:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 870 ibídem, el incumplimiento de un contrato, trae como consecuencia inseparable, o bien la resolución, (para los contratos de ejecución instantánea) o bien su terminación (para los de tracto sucesivo, como el caso que nos ocupa), en ambos casos, junto con la correspondiente indemnización de perjuicios.

De acuerdo con lo pedido en la demanda arbitral, pretende la convocante, como ya se anotó, el pago de la pena determinada en el contrato. Esta estipulación contractual se encuentra en la cláusula séptima (7ª.) del contrato, cuando se dispuso: "...En este último evento, la parte incumplida pagará a la otra una penalidad que será estipulada de la siguiente forma: Se tomará la proyección de las utilidades netas que generará LA EGN en el tiempo que reste para finalizar el contrato, y se dividirá en dos. El valor resultante será lo que deba pagar como penalidad por terminación anticipada. Si las partes tuviesen algún desacuerdo sobre el cálculo de esta proyección, deferirán su

⁸⁶ Testimonio Edison Álvarez Gómez, ya cit.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia Septiembre 14 de 1.954, Sala de Casación Civil.

cálculo y determinación definitiva a un perito contador o economista o experto financiero, designado por la Cámara de Comercio de Barranquilla.(...) ⁸⁸.

En cuanto a la cláusula penal, el Código Civil establece que: *"La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal"* por su parte el artículo 867 del Código de Comercio determina que: *"Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella. Cuando la prestación principal no esté determinada ni sea determinable en una suma cierta de dinero, podrá el juez reducir equitativamente la pena, si la considera manifiestamente excesiva habida cuenta del interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación. Lo mismo hará cuando la obligación principal se haya cumplido en parte."*

Para la doctrina y la jurisprudencia, cláusula penal y pena significan lo siguiente:

Para Arrubla Paucar: *"... Es toda estipulación contractual, que previendo el incumplimiento de alguna de las partes establece una obligación accesoria, la cual deberá pagar el contratante incumplido, a título de indemnización o de pena"*⁸⁹. Destaca de ella las siguientes características:

- 1. Es una cláusula accidental. Las partes pueden estipularla o no.*
- 2. Con la cláusula se quiere predeterminar las consecuencias del incumplimiento y demás obligaciones del contrato.*
- 3. Obligación accesoria que tiene doble carácter:
Indemnización del perjuicio ocasionado por el*

⁸⁸ Clausula Séptima (7ª.) contrato de cuentas en participación, ya cit.

⁸⁹ ARRUBLA Paucar Jaime, ob. Cit.

incumplimiento o una simple pena por incumplimiento. La obligación es el objeto de la cláusula.

La pena convencional o indemnización convencional es el objeto propio de la cláusula y presente las siguientes características:

1. Su fuente es la cláusula penal

2. Consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Casi siempre se trata de una suma pecunaria, caso en el cual se denomina "cláusula penal pecunaria".

3. Generalmente es sustitutiva (de la indemnización de perjuicios) aunque las partes pueden estipularla como compensatoria o moratoria...⁹⁰

Es el sentir indicar que la cláusula penal lo que contiene es una estimación anticipada de los perjuicios y eventuales perjuicios que pueden derivarse del incumplimiento del contrato. De igual manera también la ley determina cuáles son sus límites. Al efecto el artículo 867 ya mencionado, indica en su inciso segundo que *"cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella"*; ahora cuando la prestación principal no sea determinable en dinero la pena podrá deducirse en forma equitativa por parte del juez si esta se considera excesiva, dependiendo del interés del acreedor en la obligación incumplida; de igual manera se procederá cuando la obligación se hubiese cumplido en parte.

En cuanto al límite de la pena, nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"En efecto, como la cláusula penal generalmente se proyecta en función de un incumplimiento total, suficientemente es conocido que el deudor no puede ser compelido a que pague, a la vez, la obligación principal y la pena, salvo que esta última se hubiere estipulado, entre otros casos, por el

⁹⁰ ARRUBLA Paucar Jaime, ob. Cit.

simple retardo (artículo 1594 del Código Civil). Por esto, pese a que el acreedor, en principio, no está obligado a recibir por partes lo que se le debe (artículo 1649, ibídem), es claro que si "acepta" en parte el cumplimiento de la obligación principal, la norma transcrita, para evitar un "enriquecimiento indebido"⁹¹ o un "doble pago"⁹², respecto de la parte honrada, otorga a éste el derecho para que la pena estipulada por el simple incumplimiento de esa obligación principal, sea rebajada en la proporción efectivamente ejecutada. De ahí que cuando el acreedor acepta el cumplimiento parcial de la obligación principal, éste puede pedir el valor de la sanción convencional, pero únicamente en el equivalente a la parte incumplida"⁹³.

Ahora, es claro que este Tribunal procederá a imponer la pena al convocado, como sanción derivada de su incumplimiento. Como se anotó en inicios de este laudo el dictamen pericial que rindiera el perito Arguelles Alarcón, destinado a la cuantificación de la pena y que fuera por parte de la sociedad convocante, se ha mantenido en firme por este Tribunal. El objeto de dicha pericia se encaminaba en determinar y cuantificar el valor de la pena a imponer.

La pericia se fundamentó en el documento denominado Anexo No. 2 que contenía unas proyecciones y estimaciones que las partes señalaron al momento de suscribir el contrato. No habiendo encontrado error grave en la pericia señalada, el Tribunal la toma con propia a efectos de establecer y limitar la pena a imponer, todo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 867 ibídem del código de comercio.

En este orden de ideas y aplicando la clausula pactada, y antes transcrita el valor resultante como utilidad faltante durante la ejecución del contrato y anotado en el dictamen referido, será dividido por mitades como lo señala la disposición contractual en cuestión y su resultado será la pena que este Tribunal impone de conformidad con lo antes expuesto.

⁹¹ Cfr. Sentencia 102 de 7 de junio de 2002, expediente 7320.

⁹² Sentencia 7 de octubre de 1976 (CLII-450).

⁹³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casacion Civil Cuatro (4) de Diciembre de 2009

Así las cosas la pena a imponer será la suma de **NOVECIENTOS VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$929.581.662)**, tal y como se determinó en la aclaración al dictamen pericial que presentó el perito Arguelles Alarcón, y cuyo monto corresponde a la utilidad que le correspondería a INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. a la finalización del contrato como fue establecido al momento de pactar la cláusula penal correspondiente.

V.- Pronunciamiento expreso sobre las excepciones contra la demanda:

- (i) Ausencia de los requisitos para la validez del contrato:
 - 1.1. Incapacidad jurídica de la sociedad INVERSIONES AVANADE & CIA S.C.A. Para celebrar contratos de cuentas en participación: De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo esta excepción no prospera.
 - 1.2. Ausencia del consentimiento válido por la existencia del error como vicio: De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo esta excepción no prospera.
- (ii) Incumplimiento del contrato de cuentas en participación por falta de la entrega del aporte económico del partícipe no gestor: De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo esta excepción no prospera.
- (iii) Improcedencia de las causales de incumplimiento alegadas por la parte demandante: De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este laudo esta excepción no prospera.

No encontró el Tribunal probada alguna excepción que pudiera ser declarada de manera oficiosa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

VI.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, y siendo, en este caso, la parte convocada, a ella se le impondrá la totalidad de la condena en costas.

Por lo antes dicho, este el Tribunal emitirá una condena en costas plena, así:

Concepto	Porcentaje aplicable	Valor
Gastos de funcionamiento y honorarios del Tribunal	100% de lo sufragado por la parte convocada por este concepto.	\$51.088.428 IVA incluido.
Honorarios del perito contable, arquitecto y financiero.	50% de los gastos sufragados por la parte convocada por este concepto.	\$3.500.000
Agencias en derecho	100%	\$10.000.000
Total Costas		\$64.588.428

Este pago deberá efectuarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo y así se decretará en la parte resolutive de esta providencia.

VII.- PARTE RESOLUTIVA.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal de Arbitramento, en ejercicio transitorio de las funciones jurisdiccionales consagradas en el artículo 116 de la Constitución Nacional y, por tanto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

Resuelve:

Primero: Declarar no probada la objeción parcial por error grave formulada respecto del dictamen pericial rendido por el perito Alfonso Arguelles Alarcón.

Segundo: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el convocado de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: Declarar que el señor ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ incumplió el contrato de cuentas en participación celebrado con INVERSIONES AVANADE Y CIA S. C.A. (hoy INVERSIONES AVANADE & CIA S.A.S), de fecha Veintiuno (21) de Diciembre de 2.009, cuyo objeto consiste en la edificación, operación y explotación económica de la EGN que está ubicada en el Municipio de Barranquilla, en la dirección Calle 56 No. 97-147, por las cusas expuesta en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Declarar, en consecuencia, terminado el contrato de cuentas en participación de fecha Veintiuno (21) de Diciembre de 2009, celebrado entre INVERSIONES AVANADE Y CIA S. C. A. (hoy INVERSIONES AVANADE Y CIA S.A.S) como PARTÍCIPE y el señor ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ como GESTOR.

Quinto: Condenar al convocado ALBERTO ENRIQUE HENRIQUEZ ALVAREZ, al pago a favor de la convocante de la suma de **NOVECIENTOS VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$929.581.662)** por concepto de la pena causada por el incumplimiento generado. Esta suma deberá cancelarla el convocado dentro de los Diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria del presente laudo, y en caso de mora en su pago, devengará intereses moratorios a la tasa legal más alta permitida desde dicha fecha hasta su cancelación total.

Sexto: Condenar en costas a la parte convocada y a favor de la parte convocante, por la suma de: **SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS VEINTIOCHO MILLONES DE PESOS (\$\$64.588.428)**, suma que deberá pagarse dentro de los Diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo.

Séptimo: Expídanse copias del presente laudo con destino a las partes por intermedio de sus apoderados para su cumplimiento, según lo previsto en los artículos 154 del Decreto 1818 de 1998 y 115 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

Octavo: En firme el presente laudo el Presidente procederá a la protocolización del expediente en una notaría del círculo de Barranquilla, de conformidad con lo previsto en el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998; e igualmente rendirá cuenta a las partes de los gastos del proceso y, si hubiere lugar a ello, las requerirá para que por partes iguales y en un plazo máximo de ocho (8) días hábiles, asuman los valores faltantes para cubrir los gastos de protocolización.

Noveno: Expídanse sendas copias auténticas del presente laudo con destino a las partes, así: una copia es con destino a la parte convocante, y una copia en un único ejemplar a la parte convocada. Una vez vencido el término de ejecutoria, es decir, transcurridos los cinco días de que trata 161 del Decreto 1818 de 1998, o una vez dictada providencia que aclarare, corrija o complemente el presente laudo si fuere el caso, expídase constancia de mérito ejecutivo para hacer efectivas las obligaciones por concepto de costas procesales decretadas a favor de la parte convocada en la copia respectiva.

Décimo: Por la secretaría del Tribunal y con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla, expídase y entréguese copia del presente laudo, una vez ejecutoriado.

Notifíquese en estrado y cúmplase.

Erwin Arteta Román
Presidente

Gabriel Diago García
Árbitro

Vicente Noguera Carbonell
Árbitro

Claudia Flórez Mahecha
Secretaria