



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL – FAMILIA

Magistrada Ponente	DORIS YOLANDA RODRIGUEZ CHACON
Radicado	19001 31 03 006 2019 00007 02
Proceso	VERBAL – DECLARACION DE EXISTENCIA, DISOLUCION Y LIQUIDACION DE SOCIEDAD COMERCIAL DE HECHO
Demandante	WALTHER ABEL MONCADA ARREDONDO ¹
Demandado	JENNIFER PAOLA SANTILLANA MOSQUERA ²
Asunto	Revoca la sentencia apelada. No se encuentran acreditados los requisitos para el reconocimiento de la sociedad comercial de hecho

Popayán, quince (15) de marzo de dos mil veintidós (2022)

(Proyecto discutido y aprobado en sesión de Sala del quince (15) de marzo de dos mil veintidós (2022). **Acta No.004**)

ASUNTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes (demandante y demandada), contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2021, por el JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, dentro del asunto de la referencia. Lo anterior, una vez agotado el trámite previsto en el Decreto 806 de 2020 en materia del recurso de apelación contra sentencias³.

ANTECEDENTES

La demanda

El señor WALTHER ABEL MONCADA ARREDONDO, formuló demanda de “*declaración de sociedad comercial de hecho y su posterior disolución y liquidación*” contra JENNIFER PAOLA SANTILLANA MOSQUERA, solicitando se declare la existencia de la sociedad comercial de hecho surgida entre el demandante y la demandada, desde el 01 de julio de 2017 hasta el 30 de agosto de 2018, y en consecuencia, se declare disuelta la sociedad comercial, ante el

¹ Representado por apoderado Dr. EIDER FABIAN IDROBO HURTADO, correo electrónico: fabianidrobo8@hotmail.com – móvil: 318 772 6098. El demandante WALTHER ABEL, correo electrónico: abelitomoncada@gmail.com

² Apoderada: Dra. ALEXANDRA SOFIA CASTRO VIDAL – Correo electrónico: alexandrasofiac@hotmail.com – alexandrasofia@hotmail.com Celular: 314 821 4900 – La demandada: paolasantillana14@gmail.com

³ Por auto del 26 de mayo de 2021, se corrió traslado a las partes apelantes (demandante y demandada), para sustentar el recurso de apelación por escrito, y mediante proveído del 8 de junio de 2021, se corrió traslado a la parte demandante del escrito de sustentación presentado por la demandada, y al mismo tiempo, se corrió traslado a la demandada del escrito de sustentación presentado por la demandante, en ejercicio del derecho de contradicción.

incumplimiento de las obligaciones de la parte demandada, y se decrete su liquidación, pagando a cada socio la participación que en su favor resulte, y se reintegre el valor de capital invertido por el demandante, más la utilidad esperada y se reconozcan perjuicios, más las costas a cargo de la parte demandada.

Las pretensiones se apoyan en los siguientes hechos: Que las partes de la litis conformaron una sociedad comercial de hecho, cuyo objeto principal ha sido *“desarrollar, estructurar, promocional, parcelar, comercializar, construir obras necesarias para el urbanismo, escriturar y demás actividades relacionadas con proyectos inmobiliarios sobre los predios de propiedad de la demandada”*, y los aportes de cada socio fueron los siguientes: La señora JENNIFER PAOLA se comprometió a transferir el derecho de dominio y posesión para el desarrollo del objeto social de la sociedad, los predios con M.I. No. 120-41182, 120-178307, y 120-49529, Lote 1, 2 y 3, respectivamente; mientras WALTHER ABEL se comprometió a ejecutar el objeto social para el cual se constituyó la sociedad, invirtiendo *“dinero y trabajo personal”*. Que los trabajos acordados se realizarían para *“poder parcelar el predio, realizar la venta de éstos, y obtener una utilidad para los socios fruto de la venta de los lotes”*, y así, los trabajos mancomunados realizados fueron los siguientes: El pago de un topógrafo, \$1´800.000 que canceló WALTHER; el 28 de septiembre de 2017, WALTHER y JENNIFER suscribieron un contrato de obra con DANIEL VELASCO para la realización de las obras de vías de acceso, y acomodamiento de tierra del lote, por un valor de \$10´000.000 que también canceló WALTHER; el 13 de septiembre de 2017, WALTHER hizo la contratación de elementos publicitarios con *“INTERACTIVO”*, por un valor de \$428.000 m/cte, y el 20 de septiembre de 2017, WALTHER pagó por concepto de honorarios profesionales a la abogada DIANA MARCELA ARROYAVE, la suma de \$850.000 por la realización de un contrato de participación, que conforme lo acordado previamente sería suscrito entre WALTHER y JENNIFER PAOLA.

Que igualmente, las partes acordaron, que por el trabajo realizado WALTHER ABEL recibiría una remuneración mensual de \$1´500.000, que por 12 meses de trabajo, asciende a \$18´000.000 m/cte, más la suma de \$6´812.000 por concepto de viáticos [generados por 48 semanas, por concepto de desayunos (\$384.000), almuerzos (\$668.000), y gasolina (\$5´760.000)], y la inversión realizada por el demandante sobre los predios de su socia, debía generar una utilidad del 4% mensual, esto es, \$1´515.600 m/cte, que durante un año, equivalen a frutos civiles por valor de \$18´187.200 m/cte.

Que la demandada tiempo después de que WALTHER ABEL realizó la inversión en los predios, cumpliendo los compromisos adquiridos, se negó a firmar documento alguno de sociedad y a reconocer utilidad alguna por las futuras ventas, y es así, como en la actualidad JENNIFER PAOLA ejerce actividades de explotación comercial sobre los predios, con base en las inversiones realizadas por el demandante, quien quedó en estado de insolvencia económica, sin recursos para atender sus necesidades personales y familiares, al punto, que fue reportado negativamente en las bases de datos financieras. Finalmente aduce, que las diferencias no han permitido a los socios llegar a un acuerdo, para declarar, disolver y liquidar la sociedad.

Al momento de subsanar la demanda, WALTHER ABEL informa que figura como comerciante registrado ante la Cámara de Comercio, siendo persona natural, bajo el establecimiento AVEL INMOBILIARIA, y así aparece en el documento de pago al topógrafo, que también suscribe JENNIFER PAOLA como propietaria de los predios objeto de la sociedad, reiterando, que entre las partes se formó una sociedad comercial de hecho [anexa minuta de documento privado dando cuenta del objeto social, documento titulado “**contrato cuentas en participación**”]

Trámite procesal

La demanda fue admitida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán – Cauca mediante auto del 8 de marzo de 2019⁴; proveído notificado a la demandada por conducto de su apoderada⁵.

Trabada la relación jurídica procesal, el 17 de septiembre de 2020 se llevó a cabo inicial del artículo 372 del C.G.P., y en audiencias realizadas el 26 de noviembre de 2020 y 21 de enero de 2021, se agotó la etapa de instrucción y juzgamiento, emitiéndose la correspondiente sentencia.

Contestación de la demanda

JENNIFER PAOLA SANTILLANA MOSQUERA, por conducto de apoderada, se opone a las pretensiones de la demanda, manifestando que entre JENNIFER PAOLA y WALTHER ABEL “*nunca existió el ánimo de conformar una sociedad comercial, simple y llanamente hubo un acuerdo de voluntades para la venta de*

⁴ Folio 37, cuaderno principal

⁵ Folio 43, cuaderno principal

unos lotes, con la expectativa de cancelar una comisión por venta”, no existiendo una relación contractual ni siquiera aparente, ni un acuerdo de voluntad “en llevar a cabo esta modalidad de sociedad”, ni un contrato de únicas por participación, lo único que existió fue una comisión por venta de cada lote, “pero como no se ha vendido hasta el momento ninguno” no se puede pagar ninguna comisión, y tampoco se pactó exclusividad en la venta de los lotes, “pues la persona o comisionista que los vendiera se le cancelaría la comisión por dicha venta”.

En relación con los hechos, expresó: Que fue el señor WALTHER junto con CRISTIAN quienes contactaron a MAXIMILIANO SANTILLANA, padre de la demandada, ofreciendo sus servicios como intermediarios para la venta de los lotes de propiedad de la demandada, advirtiéndole, que el lote No. 1 denominado “La esperanza” identificado con la M.I. No. 120-219858 [no se encontraba dividido], por lo que para parcelarlo y venderlo junto con su padre decidiendo dividir el predio; que nunca hubo compromisos, ni el ánimo de la demandada de conformar una sociedad de hecho con el demandante, razón por la que no suscribieron ningún contrato; que JENNIFER PAOLA nunca se comprometió a entregar el dominio y posesión de los inmuebles con M.I. No. 120-14482, 120-178307 y 120-49529, y que lo que hubo “fue acuerdo para lograr la venta de lotes parcelados” del lote No. 1, pues la demandada nunca entregaría a una persona que no conoce la propiedad y posesión de sus bienes inmuebles, máxime cuando con ABEL solo conversaron sobre una comisión por cada lote que vendiera.

Agrega, que fue ABEL MONCADA quien le dijo a la demandada, que él había trabajado con otras personas bajo la modalidad de contratación de cuentas por participación, y que le enviaría un documento, pero al revisarlo, claramente le respondió [en una conversación en su casa, estando presente MAXIMILIANO y CRISTIAN] que de esa manera no se trabajaría, pues sólo se pagaría una comisión por venta de cada lote; que no se le informó que el contrato remitido para su revisión tendría un costo, pues no conoce a la abogada; que entre las partes no hubo ninguna relación contractual, ni relación como socios, aclarando, que el lote con M.I. No. 120-41182 jamás ha sido de la demandada, siendo de propiedad de GENNY SANTILLANA, y el lote con M.I. No. 120-178307 tampoco es de su propiedad, sólo el predio con M.I. No. 120-49529 es de propiedad de JENNIFER PAOLA, cuyos linderos se encuentran determinados en la escritura No. 2355 del 27 de julio de 2018, lote que desenglobado, salieron 14 lotes, de los cuales, no se ha vendido ni un solo lote hasta el momento.

Que frente al contrato remitido por WALTHER ABEL a la señora JENNIFER PAOLA, no hubo ningún acuerdo, pues ésta no aceptó constituir ninguna sociedad comercial, ni se realizó acuerdo de participación, aun cuando WALTHER dijo conocer un topógrafo que podía explicar el inmueble y adecuarlo por la suma de \$1'800.000 m/cte, lo que aceptó la demandada, firmando un documento, y el dinero se canceló, aun cuando lo realizado fue *“un rayado sobre el terreno”*, y el demandante sólo estaba facultado *“para mostrar los lotes”* y contratar el topógrafo a que se hizo alusión, pero *“no es cierto que de alguna manera...haya dado pie a reconocer y crear una sociedad de cuentas por participación”*, porque nunca se había hablado de ello.

Que no es cierto que suscribió un contrato con el señor DANIEL VELASCO, siendo WALTHER ABEL quien le dijo que era más fácil ofrecer los lotes haciendo una vía de acceso, de la que él podía asumir ese costo [en el momento], y JENNIFER se comprometió a devolver dicha suma, a la venta de un lote, obligación que no desconoce, y aunque ha realizado ofertas de pago, éstas han sido rechazadas; que durante todo el año no se vendió ni un solo lote, razón por la que JENNIFER PAOLA decidió no continuar con los trámites, y ABEL MONCADA *“sólo fue un par de veces a visitar el predio durante el primer mes, es más, cambio de sitio de domicilio, primero en la ciudad de Armenia, y luego en Cali”*.

Que en Colombia por costumbre comercial el valor de la comisión es del 3% *“pero nunca se vendió ni uno solo de los lotes”*, y la contratación de cualquier empresa publicitaria se realizó sin su autorización, al igual que la contratación de los servicios de una abogada, que no eran necesarios, porque la demandada *“es abogada”*, y al parecer, tales servicios fueron contratados por el señor WALTHER para su asesoría, y tampoco es cierto que se acordó una remuneración mensual y viáticos para el señor WALTHER ABEL, porque como reiteradamente se ha indicado, se *“acordó la venta de unos lotes y una comisión”*, de la que no hubo pago, porque no se ha vendido ni un solo lote. Que tampoco hubo trabajadores en el predio, la única obra realizada, fue la vía de acceso que estuvo a cargo de DANIEL VELASCO, y además, ABEL no continuó con lo acordado, quedando en reemplazo CRISTIAN, quien tampoco continuó.

Que es falso que exista explotación comercial sobre el predio, pues no se ha vendido ni un lote, no hay cultivos, ni explotación económica que suponga una entrada de dinero para la demandada.

Como excepciones de mérito se formularon las siguientes:

a) *“Falta de legitimación en la causa”*, porque sobre los inmuebles determinados en la demanda no se pactó ningún contrato de cuentas de participación, lo que existió fue el compromiso del demandante de vender unos lotes, y sobre la venta la demandada le pagaría una comisión del 3% por cada uno, no habiéndose comprometido la demandante a realizar una sociedad, y menos, sobre inmuebles que no son de su propiedad.

b) *“Mala fe de parte del demandante”*, que no existen hechos ni acuerdos entre las partes que determinen la existencia del contrato cuya declaración se pretende.

c) *“Excepción innominada”*, se solicita reconocer todo medio exceptivo que aparezca probado.

Habiéndose corrido traslado de las excepciones al demandante, éste guardó silencio⁶.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán – Cauca, mediante sentencia proferida 21 de enero de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y en su lugar, declaró la existencia, disolución y liquidación de un contrato de cuentas de participación entre WALTHER ABEL MONCADA y JENNIFER PAOLA SANTILLANA, condenando a la demandada al pago de las siguientes sumas de dinero: \$10´000.000 por concepto de realización de vías de acceso – contrato de obra; \$2´785.000 por concepto de pagos realizados con tarjeta éxito y que corresponden al 50% de los gastos realizados por el demandante; \$425.000 por concepto de pagos realizados a la profesional del derecho MARCELA ARROYAVE, correspondiente al 50% de los gastos cubiertos por el demandante, y \$214.000 por gastos de publicidad con la empresa INTERACTIVA asumidos por ABEL INMOBILIARIA y que corresponden al 50% de los gastos asumidos por el demandante, sin que haya lugar al reconocimiento de otras sumas, por cuanto no existe prueba que sustente los numerales 9, 10 y 11 de la demanda, y no acreditados los perjuicios alegados no hay lugar a indemnización alguna.

⁶ Folio 72, cuaderno principal

Lo anterior, luego de considerar la funcionaria de primer grado, que el “*contrato de cuentas en participación*” es un acuerdo de colaboración entre dos personas naturales o jurídicas para invertir en un negocio, así uno de los contratantes realiza una aportación que puede ser o no dineraria, está integrado por un gestor que ejecuta todas las operaciones y responde ante terceros, y los demás participes permanecen inactivos, advirtiendo, que dicho contrato no da lugar al nacimiento de una persona jurídica nueva, ni a un patrimonio autónomo, por lo que no da lugar al surgimiento de una sociedad, dado que entre los integrantes no existe *affectio societatis*. En este orden, teniendo en cuenta la prevalencia del derecho sustancial y el mandato constitucional de búsqueda de la verdad, que faculta al juez para garantizar la realización de la justicia material, el despacho pasó a determinar si es procedente liquidar el contrato de cuentas en participación arrimado al proceso, dado que las operaciones estaban dirigidas a celebrar un contrato de cuentas en participación, contrato comercial no sujeto a solemnidad alguna.

En este orden, estima la funcionaria, que la pretensión del demandante “*se dirige a liquidar el contrato de cuentas en participación*”, que se debe declarar, disolver y liquidar, cuya existencia acepta el Juzgado, con base en el contrato de obra arrimado al proceso, y que la demandada pretende desconocer, pero del análisis de las pruebas se verifica la existencia de un contrato de cuentas en participación, que corresponde al Juzgado liquidar conforme la participación de cada uno en el contrato, sin que haya lugar a utilidades, porque no se acreditó la venta de ningún lote, y los gastos deberán ser asumidos en un 50% por cada integrante.

Fundamentos del recurso

Inconforme con el anterior pronunciamiento, tanto la parte demandante como la demandada interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de instancia. La parte actora, formula los siguientes reparos: Que se ratifica en el escrito de la demanda y sus pretensiones, con el propósito de establecer si existe una sociedad comercial de hecho o no, entre las partes en disputa, solicitando se reconozcan los gastos topográficos y demás gastos acreditados, a lo que no hizo alusión el Juzgado, advirtiendo, que como se indicó en el alegato de conclusión, la disputa se dirigió a la existencia de un contrato de participación, y no a la existencia de una sociedad comercial de hecho. Que entre los perjuicios causados al demandante, se encuentra su reporte negativo en las centrales de riesgo, y la penalidad derivada del incumplimiento del contrato de obra, que debe ser cancelada al accionante.

Por su parte, la apoderada de la demandada, aduce: Que está conforme con lo manifestado en el despacho, en el sentido de que *“se debe liquidar la sociedad comercial existente supuestamente”* entre WALTHER ABEL y JENNIFER PAOLA, pero su inconformidad radica en los valores a cuyo pago se condena a la demandada, porque no reposa en el expediente recibo de pago del contrato de obra por valor de \$10´000.000 en favor del señor DANIEL VELASCO, y el perito indicó que el valor de esta obra es de \$2´713.000 m/cte, dictamen que no fue considerado por el Juzgado; respecto de la tarjeta éxito no aparece reporte de los gastos, en qué utilizó el dinero, a fin de determinar que se gastó ese dinero en una obra o emolumento necesario para la venta de los lotes, por lo que solicita no se tenga en cuenta esta suma; frente los \$425.000 en favor de la abogada, no es una suma que haya sido aceptada por la demandada, y los gastos por gasolina y demás emolumentos no aparecen acreditados en el proceso, y el señor WALTHER no estuvo 12 meses promocionando dichos lotes. Finalmente aduce, que las partes del proceso no son comerciantes; razones suficientes que demuestran la inconformidad con el fallo.

Agotado el trámite del Decreto 806 de 2020, el apoderado del demandante sustentó el recurso de apelación, en los siguientes términos:

(i) Que la funcionaria de primera instancia declaró que estamos frente a un contrato de cuentas de participación, pero en el mismo se requiere que tanto demandante como demandado tengan la calidad de comerciantes, calidad que no ostenta JENNIFER PAOLA SANTILLANA MOSQUERA; que no hubo rendición de cuentas y mucho menos se dividieron ganancias; que en el contrato de participación uno de los dos *“va a dar la cara, responder ante terceros y va a facturar”*, y la otra persona llamada partícipe inactivo u oculto, es quien invierte un dinero o algo en especie para ser partícipe en el negocio, y en el caso concreto, WALTHER invirtió dinero, trabajo personal y tiempo *“lo que se traduce como aporte a una sociedad comercial de hecho, aporte que no se le ha devuelto”*, y la sociedad comercial nace cuando *“dos o más personas de común acuerdo se comprometen y obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y con fines de lucro”*. Agrega, que aunque la demandada pretende hacer creer que no conoce a WALTHER ABEL, si acepta que le firmó un contrato, y en el expediente obran sendos documentos que dan cuenta *“de acuerdos mutuos con las características de una sociedad entre las partes”*, en la que hubo acuerdo de voluntades y aportes de capital y en especie, que encuadran en lo que la jurisprudencia considera una *“sociedad comercial de hecho”*, con las siguientes características: *“a) Que se trate*

de una serie coordinada de hechos de explotación común; b) Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; c) Que la colaboración se desarrolle en un pie de igualdad, y d) que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios”.

Agrega, que la actuación del demandante “*dista mucho de la de un comisionista*”, en virtud del trabajo desplegado por WALTHER ABEL, su aporte en dinero, e incluso, las obras adelantadas y reconocidas por JENNIFER PAOLA, por lo que se puede asegurar, se está en presencia de “*una sociedad comercial de hecho*”, que debe ser declarada, disuelta y liquidada, a fin de que se pague la participación del demandante en la misma, según ocurre con el contrato de obra suscrito por la suma de \$10´000.000 que la demandada se comprometió a restituir con la venta de un lote, o en un año como máximo, dineros que en la actualidad, no han sido restituidos al demandante, configurándose el incumplimiento de lo pactado en el contrato de obra (cláusula quinta), sumado el valor cancelado al topógrafo [\$1´800.000], y que la demandada acepta deber al demandante.

Que igualmente, deben considerarse las demás erogaciones reclamadas en la demanda, pues el demandante invirtió todo su capital, quedando en estado de insolvencia económica para cumplir sus obligaciones personales y familiares, por lo que se vió en la necesidad de cubrir los gastos de su familia con la tarjeta de crédito ÉXITO, cuya deuda asciende a \$5´570.000 m/cte.

(ii) Que la Juez a-quo incurre en un yerro en la valoración del material probatorio, lo que configura un defecto fáctico.

En consecuencia, solicita se declare que entre las partes de la litis “*se formó de hecho una sociedad comercial*”, y en consecuencia, se declare disuelta “*la sociedad comercial de hecho*”, ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la parte demandada, y su consiguiente liquidación, a fin de que se reintegre al demandante el capital invertido, con la utilidad esperada, y se le reconozcan perjuicios.

A su turno, la parte demandada sustentó el recurso de apelación, en los siguientes términos:

(i) Que el contrato de cuentas en participación está definido en el artículo 507 del C. de Comercio, y su existencia no está sujeta a ninguna formalidad, siendo suficiente un documento privado suscrito entre los participantes de la

colaboración, y en el caso concreto, JENNIFER PAOLA nunca firmó un documento del que se estableciera la existencia de un contrato de cuentas en participación, y tampoco demostró el demandante tener la calidad de comerciante.

Agrega, que la demandada nunca tuvo ánimo de formar una sociedad, o contrato alguno con el demandante, y entonces se pregunta, cómo entrar a liquidar un contrato cuya existencia no se encuentra acreditada?.

(ii) En cuanto a las restituciones impuestas a la demandada, aduce, que no puede predicarse el pago de la suma de \$10´000.000 en un contrato de obra, cuando conforme el dictamen pericial el descapote tiene un costo de \$2´713.000; peritazgo que no fue objetado por la parte demandante. Aunado, que no está acreditado el pago de la suma de \$10´000.000, motivo por el cual, la demandada no debe cancelar dicho valor.

Que en relación con los gastos de publicidad, no hay soporte de pago de ninguna suma por tal concepto, y en la supuesta propaganda no se hace alusión a la venta de lotes de propiedad de la demandada, y en el evento de tener que asumir dicho pago, debería ser en un 50%.

Respecto del pago realizado a la profesional del derecho, no le corresponde a la demandada asumir dicha suma, cuando no existe un recibo que demuestre que efectivamente el demandante canceló dicha suma de dinero, y además, la señora JENNIFER PAOLA no tuvo conocimiento de dicha gestión.

Frente a los gastos de la tarjeta de crédito ÉXITO, no está de acuerdo con los mismos, porque no se sabe en qué pudo haber gastado el demandante dicho dinero, dado que no aportó recibo de gastos, y tampoco demostró que la demandada hubiera autorizado otro tipo de gastos [v/gr. en gasolina].

Que *“en resumidas cuentas no existen pruebas suficientes que determinen que efectivamente”* entre las partes de la litis existió un contrato de cuentas en participación, porque lo único que existió entre las partes fue un acuerdo para la venta de unos lotes, en el que WALTHER ABEL se comprometió a ayudar a vender a cambio de una comisión del 3% por la venta de cada lote, efectivamente vendido, labor que venía ejerciendo varias personas por su cuenta, sin que hasta el momento se haya vendido el primer lote.

Que en este orden, la demandada no tuvo ánimo alguno de realizar una sociedad, ni de firmar el contrato que hoy pretende se declare por el demandante, y las supuestas ganancias son una mera expectativa, porque no habiéndose vendido

ningún lote no es posible el reconocimiento de una comisión; razón por la que solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

De los anteriores escritos, se corrió traslado a su respectiva contraparte, replicando la apoderada de la demandada, que no se cumplen las condiciones para declarar que se formó de hecho una sociedad comercial, dada la falta de animus entre las partes, no existiendo una sociedad comercial ni una sociedad de cuentas en participación, por lo que no puede decretarse la liquidación de una sociedad que nunca existió, ni reportó ganancias, porque no se ha vendido ningún lote.

CONSIDERACIONES

1. Competencia:

Es competente esta Corporación para decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán - Cauca, en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 num. 1 del Código General del Proceso, y ante la no existencia de causal de nulidad capaz de invalidar lo actuado.

2. Legitimación:

El señor WALTHER ABEL MONCADA ARREDONDO reclama la declaratoria de existencia, disolución y liquidación de una sociedad comercial de hecho que dice haber constituido con JENNIFER PAOLA SANTILLANA MOSQUERA, y por lo tanto, las partes están legitimadas por activa y por pasiva para concurrir en el presente asunto, siendo la demandada la llamada a contradecir las pretensiones de la demanda. Además, las partes actúan en el proceso debidamente representadas por sus mandatarios judiciales.

3. Problema Jurídico:

Se plantea en esta oportunidad: (i) Si en el caso concreto se encuentran acreditados los elementos estructurales para el reconocimiento de la sociedad comercial de hecho que reclama la parte actora.

4. Análisis del caso concreto:

Previo a resolver de fondo el asunto, conviene precisar, que la parte actora propugna por la declaratoria de existencia de una sociedad comercial de hecho, como expresamente lo indica en las pretensiones de la demanda, desde el 1 de julio de 2017 hasta el 30 de agosto de 2018, y en el mismo sentido obran los alegatos de

conclusión, en los que insiste se configura una sociedad comercial de hecho, en virtud del aporte en trabajo y capital realizado por el demandante sobre el predio de la demandada, y en la sustentación del recurso de apelación, se reitera, que WALTHER ABEL invirtió dinero, trabajo personal y tiempo *“lo que se traduce como aporte a una sociedad comercial de hecho, aporte que no se le ha devuelto”*, por lo que se puede asegurar, se está en presencia de *“una sociedad comercial de hecho”*, que debe ser declarada, disuelta y liquidada, a fin de que se pague la participación del demandante en la misma. No obstante lo anterior, la parte demandada desde la contestación del libelo, se opone a la declaratoria de existencia de un contrato de cuentas en participación, alegando, que nunca firmó un documento del que se estableciera la existencia de un contrato de cuentas en participación, jamás tuvo la intención de formar una sociedad, y además, lo único que existió entre las partes fue un acuerdo para la venta de unos lotes, en el que WALTHER ABEL se comprometió a ayudar a vender los lotes a cambio de una comisión del 3% por cada lote efectivamente vendido, sin que hasta el momento haya vendido el primero.

Diferencias en cuanto a la naturaleza del negocio celebrado entre las partes, que al parecer se suscitan, del hecho de que al inadmitirse la demanda la funcionaria de conocimiento requirió a la parte actora para que allegara el contrato de cuentas en participación que la demandada se negó a firmar [hecho 8° del libelo⁷], y en cumplimiento a dicho requerimiento, la parte actora allegó minuta de un contrato de cuentas en participación, sin firma de las partes (folios 29 a 34), y también en el comprobante de pago visible a folio 4 del expediente, se hace constar que AVEL INMOBILIARIA [establecimiento de comercio de propiedad de WALTHER ABEL MONCADA ARREDONDO⁸] pagó la suma de \$1'800.000 por concepto de topografía de tres (3) predios, de los cuales la señora JENNIFER PAOLA *“es la dueña de los terrenos”*, y *“que por mutuo acuerdo celebramos el contrato de cuentas por participación, lo cual nos permite invertir en sus predios como parte de la negociación allí pactada”*.

No obstante, no cabe duda alguna de que la parte demandante reclama la declaratoria de existencia, disolución y liquidación de una sociedad comercial de hecho, pues en el escrito de apelación, recaba que la funcionaria de primera instancia declaró que estamos frente a un contrato de cuentas de participación,

⁷ Refiere: *“El día 20 de septiembre de 2017, mi mandante el señor WALTHER ABEL MONCADA ARREDONDO, realizó el pago de honorarios profesionales a la doctora DIANA MARCELA ARROYAVE HERMOSA, profesional del derecho, en un valor de ochocientos cincuenta mil pesos (\$850.000), por la realización de contrato de participación, que se esperaba fuera suscrito por la señora JENNIFER PAOLA SANTILLANA MOSQUERA, y el señor WALTHER ABEL MONCADA ARREDONDO, según se había acordado previamente”*.

⁸ Certificado de la Cámara de Comercio, visible a folios 35 a 36

cuando en el mismo se requiere que tanto demandante como demandado tengan la calidad de comerciantes, calidad que no ostenta JENNIFER PAOLA SANTILLANA MOSQUERA; que no hubo rendición de cuentas y mucho menos se dividieron ganancias, y en el caso concreto, WALTHER invirtió dinero, trabajo personal y tiempo *“lo que se traduce como aporte a una sociedad comercial de hecho”*, concurriendo las características de una verdadera sociedad comercial; razón por la que a juicio de esta Corporación, atendiendo el principio de congruencia de la decisión judicial, previsto en el artículo 281 del C.G.P., según el cual, *“la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla...”*, y no pudiendo condenarse al demandado *“por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”*, el análisis del asunto se realizará bajo el manto de la figura de la sociedad comercial de hecho.

Lo anterior, sin que sea admisible, so pretexto de interpretar la demanda, encausar la acción por el sendero del contrato de cuentas en participación, porque como se indicó con anterioridad, lo que pretende el demandante es que se declare la existencia, disolución y liquidación de una sociedad comercial de hecho, y no de un contrato de cuentas en participación⁹. Recuérdese, que *“el fallador está obligado a desentrañar el auténtico y adecuado sentido de la demanda, especialmente en aquellos eventos en los que la descripción fáctica incluida en esa pieza procesal sea ininteligible, o refleje una contradicción insalvable entre los hechos relatados y las pretensiones; pero si lo que ocurre es que el convocante eligió de manera diáfana una acción equivocada, esa mediación excepcional del funcionario se tornaría injustificada, pues el deber de interpretación no puede conducir a que la jurisdicción recomponga la estrategia procesal de los litigantes, o la sustituya por otra más adecuada para la gestión de sus intereses”*. De ahí, que ante la claridad con que procedió la parte demandante, no hay lugar a

⁹ PEÑA NOSSA LISANDRO, *“Contratos Empresariales Nacionales e Internacionales”*, ECO Ediciones, Sexta Edición, págs. 345 a 347, dentro de las características esenciales del contrato de las cuentas en participación, se destaca: *“No constituye una persona jurídica diferente de los contratantes, y por lo tanto carece de los atributos de personalidad (nombre, patrimonio, domicilio, capacidad, nacionalidad)”*; *“La participación es un contrato que exige la calidad de comerciante en las partes que intervienen”*; *“Este contrato no está sujeto a formalidades en su constitución, podrá celebrarse mediante documento privado en el que se especifique quién ha de ser el socio gestor, quiénes los socios ocultos y en qué porcentaje han de participar. Además no requiere registrarse ante la Cámara de Comercio”*; *“Existe distribución de utilidades o pérdidas del resultado de la actividad”*; *“En la participación existen partícipes inactivos y un partícipe activo o gestor, que será reputado único dueño del negocio y por lo tanto responde en forma personal e ilimitada frente a terceros. Los partícipes inactivos responden hasta el monto de su aporte, salvo que revelen o autoricen el conocimiento de su calidad de partícipes, caso en el cual responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor, desde el momento en que haya desaparecido el carácter oculto de su participación. Es importante anotar que si los socios ocultos se dan a conocer frente a terceros, además de lo expresado en materia de responsabilidad, se desnaturalizaría la esencia del contrato”*.

interpretaciones, y lo pertinente será verificar la concurrencia de los elementos que configuran la existencia de una sociedad comercial de hecho, para entrar a resolver sin limitaciones, dado que ambas partes apelaron la sentencia (art. 328 inciso 2° del C.G.P).

4.1. Sociedad comercial de hecho:

Efectuada la anterior precisión, conviene traer a colación lo expresado por la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en la sentencia SC2635- 2021, al manifestar:

“...como el bastión sobre el que se erigió la reclamación fue la existencia de la empresa de facto, los esfuerzos demostrativos del actor debieron encausarse, en primer lugar, hacia esta meta,...

4.2. Para explicar conviene traer a presente que, según el artículo 98 del Código de Comercio, «[p]or el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social», el cual deberá constar por escritura pública (artículo 110) e inscribirse en el registro mercantil (artículo 111), con el fin de que «forme una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados».

Cuando a pesar de existir la intención de asociarse (animus contrahendi societatis), la sociedad comercial «no se constituya por escritura pública», se considerará que es de hecho (artículo 498), la cual puede emanar de la decisión de los socios al omitir el instrumento público o conformarse por el mero ejercicio de una actividad conjunta.

La Corte, refiriéndose a la materia, ha precisado:

[A]l lado de las sociedades regulares e irregulares, es decir, las que se constituyen y funcionan legalmente..., existen dos tipos de sociedades que se forman de hecho, unas por derivación y otras a raíz de los mismos hechos... Las primeras surgen cuando a pesar del consentimiento expresamente manifestado, los socios han omitido una o varias de las solemnidades exigidas en la ley para su formación, mientras que las segundas nacen sin que los constituyentes se lo hayan propuesto, a partir de un consentimiento implícito... (SC, 5 dic. 2011, rad. n.º 2005-00504-01, reiterada SC, 13 dic. 2012, rad. n.º 2006-00005-01).

El interesado, para acreditar la existencia de una sociedad de este tipo, puede acudir a cualquier instrumento de convicción que le permita demostrar la concurrencia de sus elementos esenciales, a saber: «la calidad de asociado, los aportes y la participación o distribución de riesgos, pérdidas y utilidades (artículos 2079 Código Civil y 98 Código de Comercio), cohesionados en el acuerdo asociativo (animus contrahendae societatis, animus societatis, affectio societatis)» (SC, 30 jun. 2006, rad. n.º 2000-00290-01).

Sin embargo,

[C]omo dichas sociedades tienen una conformación y ejecución fáctica, pues surgen de una serie de circunstancias que las indican, al punto que es la realización fáctica social que en definitiva consolida tales elementos con el transcurso del tiempo, basta que los mismos simplemente se encuentren presentes... En ese orden, el aporte... y el ánimo contrahendae societatis, son elementos esenciales de la sociedad de hecho, entre otros, no así, en términos absolutos, la precisión de aquéllos, tampoco la forma de aplicación de las utilidades, porque al margen de su ejecución fáctica, son aspectos que

se entroncan es con su liquidación, que no con su existencia, pues es allí donde los socios concretan el derecho a que se les pague su participación, o a que saquen lo que han aportado (SC, 5 dic. 2011, rad. n.º 2005-00504-01).¹⁰

En este orden, el artículo 498 del Código de Comercio, establece que la sociedad comercial será de hecho, cuando no se constituye por escritura pública, pero su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley; sociedad que puede abrirse paso mediante el consentimiento expreso de los asociados, o en virtud de la colaboración de dos o más personas que realizan una actividad común y que permite inferir la presencia de un consentimiento implícito para la conformación de la sociedad.

La jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, ha señalado como requisitos o elementos esenciales para el reconocimiento de las sociedades de hecho, sean civiles o mercantiles¹¹, los siguientes: i) Pluralidad de socios, ii) Aportes comunes, iii) Propósito de lucro para repartir utilidades o pérdidas producto de la actividad social, e iv) Intención de constituir la sociedad (animus o affectio societatis).

En sentencia del 31 de agosto de 2011, con ponencia del Magistrado Arturo Solarte Rodríguez, la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, agregó:

“en tratándose de sociedades de hecho “que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas (...)”, deben cumplirse “las siguientes condiciones: 1º Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2º Que se ejerza una acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3º Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4º Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios”¹² (Resaltado fuera del texto)

Revisado el expediente, observa la Sala, que el demandante WALTHER ABEL MONCADA ARREDONDO pretende se declare la existencia de una sociedad comercial de hecho, entre el actor y JENNIFER PAOLA SANTILLANA MOSQUERA, durante el período comprendido entre el 01 de julio de 2017 hasta el

¹⁰ CSJ SC2635-2021, 30 jun. 2021, Rad. No. 68001-31-03-004-2010-00127-01

¹¹ CSJ SC 07 jun. 2013, Rad. No. 11001-3103-038-2007-00089-01 MP. Dr. Jesús Vall De Rutén Ruiz

¹² CSJ SC, 31 ago. 2011, rad. 27001-3103-001-1994-04982-01 MP. Dr. Arturo Solarte Rodríguez. Criterio reiterado en SC 19 dic. 2012, rad. 76147-3103-002-2003-00118-01 MP. Dr. Arturo Solarte Rodríguez.

30 de agosto de 2018, alegando haber realizado inversiones de capital y trabajo personal en los inmuebles de la demandada.

Para acreditar los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, rindió declaración a instancia de la parte demandante ORIEL ENEDIO NARVAEZ GAVIRIA y CARLOS IVAN REYES ARREDONDO. En este orden, ORIEL ENEDIO NARVAEZ GAVIRIA [fisioterapeuta y comerciante, amigo del demandante desde hace 4 años], informa tener conocimiento que WALTHER ABEL y JENNIFER establecieron una sociedad para el alistamiento de un predio y posterior venta de parcelas, siendo el deponente la persona que presentó al señor SANTILLANA con ABEL, porque sabía que la hija del señor SANTILLANA tenía unos predios que pretendía venderlos o parcelarlos, y así, se hace una reunión [no recordando la fecha, ni el lugar] en la que estuvo presente con WALTHER y el señor SANTILLANA [de quien no recuerda su nombre], acordando establecer una sociedad, en la cual, WALTHER habló de un mejoramiento en el predio para poder vender las parcelas, porque resultaba más rentable, pero de los porcentajes no tiene conocimiento. Advierte, que el señor SANTILLANA a nombre de su hija colocaba el predio, porque él siempre dio a entender que tenía plena facultad para decidir sobre el predio [no presentando ningún documento], y WALTHER ABEL se encargaba del mejoramiento para la comercialización de las parcelas, pero *“ella no llegó a la reunión”* [haciendo alusión a PAOLA SANTILLANA], y ese mismo día *“se realizó un acuerdo verbal, donde se iban a establecer unas condiciones, para plasmarlas en un documento escrito”*, porque *“todo fue verbal”*, y *“el acuerdo lo hizo el señor SANTILLANA y el señor ABEL”*. También tiene conocimiento, que hubo posteriores reuniones, y le consta que ABEL llevó maquinaria para hacer la intervención del predio, porque el testigo visitó el lote [ya intervenido con la maquinaria], verificando un cambio notorio, y después WALTHER ABEL le comentó que la señora [hija del señor SANTILLANA] *“no estaba en disponibilidad de firmar”*, habiéndose ya gastado un dinero en el predio, por lo que iba a iniciar un proceso. Indagado por las inversiones, contestó: *“los montos los desconozco”*.

CARLOS IVAN REYES ARREDONDO [ingeniero en automática industrial, laboraba en el Colegio Mayor del Cauca en el área TIC, y hermano de WALTHER ABEL], refiere, que no conoce a JENNIFER PAOLA, y básicamente no tiene conocimiento de la negociación que se le indaga, porque su hermano *“no le comentó nada”*, aunque informa que iba hasta el parque de Cajibío para llevar *“algunas veces, almuerzos o desayunos...no todos los días”* [no teniendo conocimiento a quién se los entregaba ABEL], y a final de mes, su hermano le cancelaba, siendo los almuerzos y desayunos a

\$8.000 “por el desplazamiento e iban en desechables”; actividad que ejecutó durante 5-6 meses como hasta noviembre de 2017, porque en el año 2018 vendió el restaurante.

De otro lado, a solicitud de la parte demandada, se recepcionó el testimonio de MAXIMILIANO SANTILLANA y JAIME IVAN MOSQUERA LUBO. Manifestando, el señor MAXIMILIANO, que es el padre de JENNIFER PAOLA, propietaria del predio La Esperanza, en el que no existe sembrados, predio que era muy bonito hasta cuando le hicieron ese rayado o descapote, que dañó el lote. Refiere, que el lote se estaba vendiendo, y a WALTHER lo conoció por medio de ORIEL, quienes fueron a visitar el predio, siendo ésta la primera reunión que hicieron entre ellos, a mediados de junio de 2017, ofreciéndole WALTHER ABEL parcelar el lote, porque no tenía dinero para comprarlo, y dicha propuesta la puso en conocimiento de su hija, diciéndole que “él entraba a vender y se le reconocía una comisión por cada lote”, pues se suponía que se iba a vender sobre el plano. Agrega, que WALTHER “metió un Bulldozer sin autorización de la hija”, y luego le remitió un contrato de participación por correo, respecto del que se le dijo personalmente “que no se le iba a firmar ese contrato de participación, porque él estaba pidiendo posesión del lote, exclusividad en la venta del lote”, y su hija [que es abogada] se negó a entregar la posesión del lote a WALTHER ABEL, y ante tal diferencia, “él renunció prácticamente a eso, como al mes, mes y medio, no volvió a ofrecer los lotes, dejó eso prácticamente abandonado”. Agrega, que “se llegó a un acuerdo, de que vendían un lote y se le pagaba la comisión por la venta de cada lote...el 3% por cada lote...nosotros no lo contratamos como comisionista, él se ofreció a vender los lotes...y él hizo una inversión sin ninguna autorización, sin ningún permiso”, y respecto del plano levantado, aduce que su hija le dio \$400.000 para esos gastos, quedando pendiente \$1´400.000 que pagó WALTHER, y ese dinero no se le ha devuelto al demandante. Refiere, que en la segunda reunión [realizada 15 después], WALTHER llevó el contrato de participación que su hija se negó a firmar, y luego de que ABEL “se retiró”, su hija adelantó los trámites pertinentes para la división de los lotes ante Planeación. Aduce igualmente, que luego de ejecutado el descapote, su hija firmó un contrato o recibo de pago por dicho trabajo, por un valor que considera “exagerado”, aclarando, que fueron 2 meses aproximadamente que estuvieron en relaciones con WALTHER, quien finalmente, reclamaba el pago de ese dinero (\$9´000.000 que invirtió en la apertura de la vía). Acto seguido, preguntado al deponente, si las partes de la litis acordaron una remuneración mensual por el trabajo realizado por WALTHER, contestó: “No, nunca...no, para nada, que yo sepa eso nunca se habló...él estaba cobrando una

comisión por la venta de un lote...", aclarando, *"que 2 veces fue lo que él estuvo hablando con nosotros, de resto, fue llamadas telefónicas"*, y respecto de viáticos *"nunca se llegó a hablar, porque él es un comisionista"*, y es un lote de 2 hectáreas y media, por lo que es *"falso"* que se haya hablado de viáticos, gastos para desayuno y almuerzos. Indagado si WALTHER ABEL es comisionista cómo realizó obras en el predio de JENNIFER, respondió: *"él lo hizo sin permiso, él lo hizo porque él estaba casi ciento por ciento seguro que él iba a vender, y que eso era muy fácil de vender...que vendía muy fácil, pero al mes y medio, dos meses si lo mucho renunció,...ya él cuando llamaba era a cobrar"*, y la única obra que hizo WALTHER ABEL fue *"el rayado mal hecho...más obras no hay,...más obras no ha hecho"*, y su hija aceptó reconocer lo que se gastó en ese rayado, por lo que se adeuda a WALTHER ABEL la suma de \$9'000.000.

JAIME IVAN MOSQUERA LUBO [vecino del predio de la demandada], aduce, que el predio de JENNIFER PAOLA se llama la Esperanza y colinda con el lote del declarante, y tiene conocimiento que levantaron un plano topográfico para la venta de unos lotes, venta que se realizaría con un comisionista al que se le pagaría una comisión del 3%, e indagado si conoce a WALTHER ABEL, respondió: *"No lo conozco"*. Informa, que el lote estaba dividido en potreros con cercos muy bien tenidos, se veía muy bien, pero en una ocasión llegó un Bulldozer para dividir el predio en dos partes, y después de esa obra *"el lote ya no es tan llamativo como estaba inicialmente...el predio se deterioró,...y quedó con una pendiente muy terrible...quedó un barrizal"*, obra en la que nunca vio trabajadores, y *"en una sola ocasión vio dos personas en el lote,...era una pareja y otra persona"*. Refiere igualmente, que el lote *"sigue siendo un solo predio, partido por la brecha que se hizo"* con ese Bulldozer.

También reposa en el expediente el dictamen pericial presentado por la parte demandada y rendido por el ingeniero civil VIRGILIO ALONSO GALVIS PAZ [miembro de la Lonja de Propiedad Raíz del Cauca, desde hace 25 años, e informa que ha presentado experticios en la Rama Judicial desde hace más de 20 años], señalando, que las obras desarrolladas son el inicio de una vía pública o de una servidumbre en el predio La Esperanza, en el que se iban a desarrollar unas viviendas campestres, siendo la única obra que encontró una explicación [*in situ*], sin que se haya hecho cuneteo para que el agua de escorrentía salga y no deteriore la vía, y tampoco se realizó compactación, razón por la que se ha producido deterioro y erosión en el terreno, lo que refleja su mala conservación, y así *"lo que se había hecho, se dañó"*; razón por la que avalúa la obra realizada en \$2'713.000 m/cte, pues

faltarían 5 obras más para que el trabajo quede bien hecho. Agrega, que en el predio no se ha materializado ninguna subdivisión o loteo.

En aras de garantizar el derecho de contradicción previsto en el artículo 228 del C.G.P., en la audiencia de instrucción y juzgamiento, se concedió el uso de la palabra a la apoderada de la parte demandada, quien indagada al perito si es viable la venta de lotes en las actuales condiciones, a lo que respondió, que no sería tan responsable sacar un proyecto sin servicios públicos y también se necesita de un permiso para vender, sin el cual no es posible iniciar la venta de lotes, aclarando además, que lo que llaman “rayado” técnicamente se conoce, como “*apertura de una futura vía de servidumbre*”, o “*descapote*”, y en el caso concreto, lo que se hizo en el terreno fue descapotar, para una futura vía. A su turno, el apoderado del demandante, pregunta si el paso del tiempo puede alterar las condiciones físicas del predio, respondiendo el perito, que además de la vetustez del predio encontró “*mucho deterioro*”.

Finalmente, conviene traer a colación lo expresado por las partes en la diligencia de interrogatorio de parte, manifestando JENNIFER PAOLA SANTILLANA MOSQUERA, que es propietaria de un lote ubicado en el municipio de Cajibío – Cauca, al que no se le han hecho adecuaciones, sólo se hizo el desenglobe en documentos, pero no materialmente, y respecto de los hechos del proceso, aduce, que fue WALTHER ABEL quien se comunicó con su padre - MAXIMILIANO SANTILLANA, “*porque yo con él nunca he tratado, él conmigo no hablaba*”, con el fin de hacer un rayado para poder vender los lotes, diciendo que él colocaba ese dinero, y en un mes vendía todos los lotes, advirtiendo, que dicho trabajo se hizo sin autorización, “*en un día no más*”, y con la venta de un lote se tomaría el valor de \$9'000.000 como costo de dicha obra, y “*con ese ánimo yo le firmé el documento, que es un contrato de obra, que dice que debo devolverle*” ese dinero, y aunque ha ofrecido pagarlo, WALTHER no lo quiere recibir. Agrega, que fue WALTHER quien se acercó a su papá para ofrecerle sus servicios para la venta de los lotes, porque él tiene una inmobiliaria con su socio CRISTIAN RINCON, y de lo que se trataba era de que vendía los lotes y recibía una comisión, pero nunca se habló de otro gasto adicional, ni de publicidad para la venta de los lotes. Que WALTHER le remitió por correo un documento, pero no sabía que había contratado una abogada para elaborarlo, cuando “*yo lo había podido hacer*” [dado que es abogada], advirtiendo, que tiene conocimiento que WALTHER fue 2 o 3 veces a los lotes, pero “*no que creo que haya tenido que estar todo un día allá*”, por lo que no puede haberle generado gastos, “*jamás, jamás, nunca, nada*” porque como comisionista “*van ofrecen un lote, le gustó, no, y ya*”. Seguidamente, a instancia

del apoderado de la parte demandante, aclaró, que conoció a WALTHER *“una vez que estaba hablando con mi papá, en mi casa...me presenté con él y ya, no crucé más palabra con él”*, y su padre no estaba autorizado para negociar el lote, respecto del cual existían otros vendedores *“que llevaban sus clientes para ver si podían vender, y se les pagaba una comisión”*, pero *“no tengo ningún contrato con nadie”*, y a nadie se le ha podido pagar la comisión, porque no se ha vendido ningún lote. Agrega, que se firmó un documento con el topógrafo, porque WALTHER dijo *“que él nos podía prestar el dinero, y que con la venta del primer lote, él sacaba su dinero y se le pagaba la comisión”*, y de lo único que se habló *“fue de una comisión,...yo nunca hice un contrato con ABEL, nunca, jamás tuve un contrato con ABEL, ni hubo un acuerdo de sociedad, ni laboral, de ningún tipo, lo único es una comisión,...el acuerdo que yo hice con él es de una comisión”*.

WALTHER ABEL MONCADA ARREDONDO [de ocupación agente inmobiliario], aduce que conoció a JENNIFER PAOLA *“a través del papá de ella [MAXIMILIANO SANTILLANA], que me direccionó porque ella era la dueña del predio...porque ellos estaban vendiendo ese predio”*, yo les ofrecí una oportunidad de negocio diferente, *“y ya me citaron a la casa de ellos...para hablar de negocios,...ellos como personas naturales y yo como una empresa”*, advirtiendo, que el predio objeto del negocio es un predio rural, iniciando unas obras, que no se realizaron *“de manera irrespetuosa y sin autorización”*, porque fueron previamente planificadas *“planificamos todo lo que era la topografía, todo lo que era el descapote, todo lo que era el proceso de desenglobe”*, yo les dije *“hagamos una negociación, cuál era la negociación, no era simplemente un vínculo de comisionista...la propuesta mía fue la siguiente, yo les dije a ellos, yo tengo mi empresa, yo tengo un dinero, si ustedes me permiten hagamos una sociedad donde yo invierto el dinero, pongo el trabajo y hago todo el proceso de venta, y al final de cada venta de cada lote o de todas las ventas en total, el 40% es para mí, y el 60% es para ustedes, después de que saquemos todos los gastos que se hagan...ellos estuvieron de acuerdo, pero qué pasó, yo comencé a trabajar, comencé a cuadrar con el topógrafo, invertí dineros,...en la maquinaria...en publicidad, en trabajos de diligencias, de asesoramiento, acompañarlos, explicarles...cuando ellos vieron de que habían las comisionistas, un día me llamaron y me dijeron...tenemos comisionistas que nos están cobrando más barato...yo les dije, yo no estoy jugando un papel de comisionista, yo ya estoy invirtiendo un dinero, y nuestro pacto inicial fue 40 - 60,...entonces ellos dijeron de que no,...yo les dije yo no puedo seguir trabajando así, entonces,...devuélvanme mi dinero...me dijeron que no tenían, que no podían”*, razón por la que inició la presente acción judicial.

Refiere igualmente, que las veces que habló con ella [porque es una persona ocupada] aunque “ *fueron pocas*”, quedó “*pactado de que yo iba a iniciar la gestión del maquinista, del topógrafo, del arquitecto, el tema de la publicidad, el tema de las ventas,...lo que pasa es que en la mayoría de las veces llegamos a hablar con el papá porque como ella mantenía tan ocupado trabajando, me decía hable con mi papá, y el papá también decía hable conmigo...la mayoría de las veces fue siempre ese triángulo, hablábamos con el papá de ella, él iba y le decía a ella, ella daba en conjunto una respuesta con él y nos transmitía a nosotros...pero si nos reunimos con ella, y si hablamos con ella sobre la mesa en algunas ocasiones*”, ellos “*aprobaron esos gastos de inversión*”, y “*las únicas objeciones era de que encontráramos alguien que no cobrara tan costoso*”, siendo DANIEL VELASCO el que menos cobraba por el despacote, y el topógrafo, es conocido por el papá de ella, y la mayoría de las sumas que se invirtieron fueron “*reportadas y avaladas por ellos*”, no siendo él un simple comisionista, como lo aduce la demandada, porque “*todos esos gastos los pagué yo*”, incluido el gasto de publicidad, y un estudio de títulos. Agrega, que al predio fue varias veces, y laboró “*un lapso de tiempo superior a 4 meses...el trabajo de campo, tocó ir a mostrar los lotes...fue repetidas veces*”, invirtió tiempo, trabajo y dinero, aclarando, que “*no se efectuó ninguna venta por parte mía*”, y no pudo seguir avanzando en el proyecto, porque ellos querían era un comisionista que trabaja más barato, pero “*yo no soy comisionista, yo era un inversionista,...yo invertí dinero, porque pactamos una negociación inicial del 40-60*”.

Que además, aunque en repetidas ocasiones les había manifestado que había que firmar un contrato, el señor MAXIMILIANO decía que “*ellos trabajaban basados en la palabra*”, y los contratos para las obras si se firmaron “*como soporte de que yo invertí allí mi plata*”, pero ya había un porcentaje 40-60 pactado “*que ellos aceptaron*”, pero luego “*ellos me cambiaron a mí el pacto*”. Agrega, que JENNIFER no ofreció pagarle el dinero invertido en el terreno, pese diversos requerimientos efectuados en tal sentido durante más de 1 año, lo que me dijeron fue “*venda un lote, y saque su plata de allí*”. Respecto del contrato de cuentas en participación, que elaboró su abogada [DIANA MARCELA], JENNIFER PAOLA luego de revisarlo se negó a firmarlo, diciendo que ella también podía elaborarlo [siendo abogada], y finalmente, él decidió retirarse del negocio, aun cuando había incurrido en diversos gastos, como gasolina para el desplazamiento, desayunos y almuerzos [para CRISTIAN y los trabajadores que tuviera allí]. También aduce, que INTERACTIVO elaboró la publicidad que se colocó en el predio, y en la tarjeta de crédito ÉXITO “*yo retiré un cupo que tenía allí para seguir yo sosteniendo la*

inversión, y los viáticos”, y la falta de pago le generó afectaciones, porque hasta el día de hoy aún lo llaman para cobrarle, y al reclamar el pago de su inversión, el señor MAXIMILIANO fue *“muy complicado”*, siempre le decía *“no hay plata, no hay con qué pagar”*.

A instancia de la apoderada de la demandada, refirió, que desde el principio le solicitó a la señora JENNIFER PAOLA que le firmara el contrato de cuentas en participación, teniendo experiencia en esta clase de ventas como comerciante, pero ellos revisan el contrato y le dicen *“que no lo van a aceptar”* [allí está lo del 40-60%], pero el contrato de obra si lo firmaron *“después de que ya estaban trabajando las personas, ellos aceptaron, el topógrafo y el maquinista ya estaban trabajando, y después de que ellos estaban trabajando firmaron, ellos aceptaron, eso no fue antes”*. Entre las obras realizadas, describe, que estuvo presente en el descapote del predio, cuando hicieron los planos para medir y colocar las estacas, y abrir huecos para colocar las guaduas de la publicidad, aclarando, que no asumió gastos relacionados con el loteo del predio, pero si estuvo acompañándolos en las gestiones, y además, que tenía que *“redactar el contrato y firmarlo era con la señora JENNIFER PAOLA”* siendo la dueña del predio, pero el que andaba en la gestión de venta era el papá, sin que el señor MAXIMILIANO esté delegado para ello, eso es *“algo intrafamiliar”*, siempre se reunían [ella y el papá] en la casa de ellos.

Teniendo en cuenta que las pruebas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme lo previsto en el artículo 176 del C.G.P., se colige de los medios suarios, que los testigos citados por la parte demandante, poco y nada aportan a la hora de establecer la naturaleza de la relación negocial que se suscitó entre las partes, concretamente, de la sociedad comercial de hecho, porque aunque ORIEL ENEDIO NARVAEZ GAVIRIA, dice tener conocimiento que entre WALTHER ABEL y JENNIFER PAOLA establecieron una sociedad para el alistamiento del predio y posterior venta de parcelas, lo cierto, es que a la reunión que dice haber asistido junto con WALTHER y el señor SANTILLANA, en la que se *“realizó un acuerdo verbal, donde se iban a establecer unas condiciones, para plasmarlas en un documento escrito”*, no estuvo presente la señora JENNIFER PAOLA SANTILLANA, quien valga la pena aclarar, tampoco había autorizado a su padre para intervenir en nombre y representación de la misma, por lo que mal puede deducirse de la declaración de ORIEL ENEDIO el ánimo o intención de asociarse de la demandada. Sumado a lo anterior, que el deponente CARLOS IVAN REYES ARREDONDO dijo no tener conocimiento de la negociación que se le indaga. De ahí, que los testigos nada indican sobre los

elementos que estructuran la sociedad comercial de hecho, según ocurre con la identificación de los socios, los aportes realizados por cada uno de ellos, el ánimo de asociarse, y la distribución de utilidades o pérdidas entre los mismos.

Así las cosas, ninguno de los declarantes alude a la existencia de una serie coordinada de hechos indicativos de la explotación común ejercida por los socios, y tendiente a la consecución de beneficios, desarrollada en un plano de igualdad, a fin de acreditar el animus societatis, el que no puede deducirse de simples lazos de amistad o colaboración entre presuntos los socios.

De otro lado, el señor MAXIMILIANO SANTILLANA, informa que en la primera reunión que realizó con ORIEL y WALTHER ABEL, éste último habló de parcelar el lote, diciéndole que *“él entraba a vender y se le reconocía una comisión por cada lote”*, propuesta que puso en conocimiento de su hija, pero en una segunda reunión [realizada 15 días después], WALTHER llevó un contrato de participación que su hija se negó a firmar, por lo que *“él renunció prácticamente a eso, como al mes, mes y medio, no volvió a ofrecer los lotes, dejó eso prácticamente abandonado”*, y aunque en el predio se realizó un rayado o descapote, por iniciativa de WALTHER y *“sin ningún permiso”*, bajo el argumento de que facilitaría la venta de los lotes, su hija aceptó reconocer dicho gasto. Por su parte, JAIME IVAN MOSQUERA LUBO nada indica sobre el eventual negocio celebrado entre las partes de la litis.

En este orden, de las pruebas arrojadas se colige, que fue WALTHER ABEL quien le propuso a MAXIMILIANO SANTILLANA un mejoramiento en el predio para poder vender las parcelas, porque resultaba más rentable; propuesta en la que no estuvo presente JENNIFER PAOLA SANTILLANA, y por lo tanto, mal puede aducir el deponente ORIEL ENEDIO NARVAEZ que entre las partes de la litis se acordó una sociedad, cuando en el momento en que WALTHER ABEL se reúne con JENNIFER PAOLA lleva consigo un contrato de cuentas en participación [conforme lo expresado por MAXIMILIANO, y el propio demandante] que aquélla se niega a firmar, por lo que ninguna sociedad comercial de hecho se verifica entre los mismos.

Y es que además, el dicho del demandante - WALTHER ABEL MONCADA, quien en el interrogatorio de parte, indistintamente, alude a la existencia de un acuerdo societario entre las partes, y a un contrato de cuentas de participación que elaboró su abogada y pretendía le firmara JENNIFER PAOLA, no resulta suficiente por sí solo para acoger la pretendida sociedad comercial entre las partes, porque como claramente lo indica el inciso final del artículo 191 del C.G.P., *“la simple*

declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas”, esto es, de cara con los demás medios suasorios, por lo que bien ha indicado la jurisprudencia “no impone al juez el acogimiento, sin más, de tal versión”¹³.

Adviértase, que si bien JENNIFER PAOLA en la diligencia de interrogatorio de parte acepta que sobre el predio de su propiedad se ejecutó un trabajo de topografía y descapote del terreno, que fueron cancelados por el demandante, en todo caso, no aparece dicha erogación como un aporte a la pretendida sociedad por cuenta del demandante, porque en el documento suscrito el 28 de septiembre de 2017 “*contrato de obra*”, claramente se indica que JENNIFER PAOLA se compromete a devolver el dinero a WALTHER ABEL “*a la venta de un lote o en un año como tiempo máximo para el retorno de la inversión*”, y la demandada reconoce que adeuda dicha suma de dinero, y respecto de los gastos del topógrafo, el señor MAXIMILIANO adujo que JENNIFER PAOLA le entregó la suma de \$400.000 para pagar el topógrafo, quedando adeudando a WALTHER ABEL la suma de \$1´400.000, dinero que no ha sido cancelado. Lo anterior, no conlleva un incumplimiento del “*contrato de obra*” por parte de JENNIFER PAOLA, como lo pretende el demandante, y menos, el pago de la sanción prevista en la cláusula quinta (5º) del mismo, que deriva del eventual incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratante o contratista, calidad ésta última, que radica en DANIEL VELASCO, sin que por demás, el mencionado contrato, regle las relaciones entre los co-contratantes.

Se suma a lo anterior, que en el escrito de demanda, WALTHER ABEL aduce que acordó con JENNIFER PAOLA, que su trabajo personal “*tendría una remuneración mensual*” de \$1´500.000, por lo que se le adeuda \$18´000.000 por 12 meses de trabajo, más los viáticos [por un valor de \$6´812.000]; convenio que pone en tela de juicio la colaboración en pie de igualdad entre los socios, y desvanece la acción paralela y simultánea de los presuntos asociados, de manera independiente y voluntaria¹⁴.

Sociedad comercial de hecho, que tampoco se deduce de los documentos arrimados con la demanda, como el comprobante de pago al topógrafo por valor de \$1´800.000, suscrito por ABEL MONCADA, JENNIFER PAOLA SANTILLANA y el topógrafo; el contrato de obra suscrito el 28 de septiembre de 2017, siendo

¹³ CSJ SC4791-2020, 7 dic. 2020, Rad. No. 11001-31-03-001-2011-00495-01

¹⁴ PEÑA NOSSA LISANDRO, “*Contratos Empresariales Nacionales e Internacionales*”, ECO Ediciones, sexta edición, pág. 347, refiere: “*En las sociedades comerciales, es el animus societatis, que es conocido como el “querer social” y consiste básicamente en la intención que cada socio tiene en el desarrollo del objeto social. Dicha intención responde a la manifestación de voluntad de formar y desarrollar la sociedad*”

contratante: WALTHER ABEL MONCADA y JENNIFER PAOLA SANTILLANA, y contratista: DANIEL VELASCO, mediante el cual, se contrata la realización de una vía de acceso, comprometiéndose JENNIFER PAOLA a devolver el dinero al señor WALTHER ABEL MONCADA *“a la venta de un lote o en un año como tiempo máximo para el retorno de la inversión con su respectiva utilidad”* (folios 5 a 6); recibo de caja No. 1020 del 13 de septiembre de 2017 expedido por INTERACTIVO PRODUCCIONES GRAFICAS, por valor de \$428.000 (folio 7), en el que por cierto, no se hace mención a la demandada ni al predio La Esperanza; cuenta de cobro de fecha 20 de septiembre de 2017 emitida por la abogada DIANA MARCELA ARROYAVE HERMOSA, por concepto de honorarios profesionales, dirigida a JENNIFER PAOLA, por la realización de un contrato de cuentas en participación (folio 8), sin que se anexara constancia o soporte de pago de la misma, y copia de la certificación expedida por la Compañía de Financiamiento TUYA S.A., dando cuenta de la existencia de un acuerdo de pago por obligación de TARJETA ÉXITO CASTIGADA, por valor de \$5´570.000 (folio 9), que conforme lo expresado en la demanda y en el alegato de conclusión, utilizó el demandante para cubrir sus gastos y los de su familia *“como único medio de adquirir dinero, y poderle llevar el mínimo vital a su familia”*, de donde se colige, que ésta última acreencia, corresponde a gastos personales del demandante, y no a dineros invertidos por el pretense asociado en el predio de la demandada.

Recuérdese, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 C.G.P. Civil, corresponde a la parte demandante demostrar los supuestos de hecho que sirven de fundamento a sus pretensiones, esto es, acreditar los elementos estructurales de la sociedad comercial de hecho cuya declaratoria pretende, pero en el caso concreto, los medios probatorios allegados al expediente, nada informan sobre la existencia de un consenso o intención de asociarse entre el demandante y la demandada, que permita inferir el interés de las partes de conformar una sociedad (acuerdo societario¹⁵), ni tampoco se infiere la presencia de un consentimiento tácito para la conformación de la sociedad, ni se identifica el monto o naturaleza de los aportes realizados por cada uno de los socios, requisitos éstos indispensables para constituir una sociedad mercantil de hecho. De este modo, se procederá a revocar la sentencia apelada, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda, condenando en costas a la parte demandante, y será

¹⁵ CSJ SC, 07 mar. 2000, exp. No. 5123, MP. José Fernando Ramírez Gómez, refiere: ***“La affectio societatis o intención de asociarse, es el elemento anímico o sicológico que perfila la sociedad y permite diferenciarla de otras figuras como la comunidad o la relación laboral, habida cuenta que involucra la voluntad de los socios de participar activa e interesadamente en la empresa social, en un plano de igualdad, toda vez que lleva incito su propósito de contribuir, en la medida de sus capacidades, al desarrollo del objeto social, en condiciones de igualdad con los otros asociados, por virtud del ánimo de lucro que los alienta”***.

la funcionaria de primer grado quien disponga lo atinente al levantamiento de las medidas cautelares¹⁶, previas las verificaciones a que haya lugar.

5. Decisión:

Sin que sean necesarias más consideraciones, se revocará la sentencia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán, no habiendo acreditado la parte demandante los elementos estructurales para el reconocimiento de la sociedad comercial de hecho que reclama.

6. Costas:

De conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, y el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se condenará en costas a la parte demandante, en la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán - Sala Civil Familia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia apelada de fecha el 21 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Popayán - Cauca, por las razones indicadas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: En su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda formulada por WALTHER ABEL MONCADA ARREDONDO, por lo expresado en la parte motiva, y será la funcionaria de primer grado quien disponga lo atinente al levantamiento de las medidas cautelares, previas las verificaciones a que haya lugar.

TERCERO: Condenar en costas a la parte demandante. Tásense.

CUARTO: Señalar como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la que será incluida en la liquidación de costas. La liquidación se surtirá en la forma prevista en el artículo 366 del Código General del Proceso.

¹⁶ Folios 68 a 70

QUINTO: Devolver las actuaciones al juzgado de origen¹⁷, previas las anotaciones correspondientes.

Notifíquese y cúmplase,



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado

¹⁷ Teniendo en cuenta que se asumió el trámite del recurso de apelación con base en las actuaciones físicas y digitales que integran el expediente.
Apelación de Sentencia – Constitución de sociedad comercial de hecho - Rad. No. 19001 31 03 006 2019 00007 02