

Senencia C-790/11

Referencia: expediente D-8499

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 510 y 511 (parciales) del Decreto Ley 410 de 1971, "Por el cual se expide el Código de Comercio".

Demandante: Camilo Pabón Almanza.

Magistrado ponente:

NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de dos mil once (2011)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la carta política, el ciudadano Camilo Pabón Almanza presentó acción pública de inexecuibilidad contra los artículos 510 y 511 (parciales) del Decreto Ley 410 de 1971, que prevén la condición del gestor, las facultades de los terceros y la responsabilidad del participe no gestor en el contrato de cuentas en participación.

La demanda fue admitida mediante providencia de abril 15 de 2011, ordenándose comunicar la iniciación del presente proceso al Presidente de la República y al Presidente del Congreso de la República. De la misma manera, se informó al entonces Ministro del Interior y de Justicia, y al de Comercio, Industria y Turismo, y se invitó a la Dirección de Impuestos y

Aduanas Nacionales (DIAN), a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Colegio de Abogados Comercialistas, a las Cámaras de Comercio de Bogotá, Medellín, Cali, Barraquilla y Bucaramanga, a la Federación Nacional de Comerciantes (Fenalco), a las Superintendencias de Sociedades y de Industria y Comercio, y a las Universidades Externado de Colombia, del Rosario, Pontificia Javeriana, de Los Andes, Nacional de Colombia, de Antioquia, Industrial de Santander y del Norte, para que emitieran su opinión sobre el asunto de la referencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo la demanda en referencia.

## II. TEXTO DE LA NORMAS ACUSADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, pertenecientes al Decreto - Ley 410 de 1971, "Por el cual se expide el Código de Comercio", publicado en el Diario Oficial N° 33.339 de junio 16 del mismo año, subrayando los segmentos impugnados:

"ARTÍCULO 510. El gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación.

Los terceros solamente tendrán acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecerán de ella contra los terceros.

ARTÍCULO 511. La responsabilidad del partícipe no gestor se limitará al valor de su aportación. Sin embargo, los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros en forma solidaria con el gestor. Esta solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe."

## III. LA DEMANDA

Previa enunciación de las características más relevantes del contrato de cuentas en participación, regulado en el Código de Comercio, el actor estructura cuatro cargos de inconstitucionalidad, por vulneración del preámbulo y de los artículos 1°, 2°, 13, 20, 122, 127, 179, 180, 209, 333 y 336 de la carta, a partir de su injerencia en la contratación estatal, a saber:

(i) “Inocuidad de los principios de la función administrativa”

Considera que basada la administración pública en los principios de igualdad, transparencia, objetividad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (artículo 29 superior), todo contrato que celebre para el cumplimiento de los cometidos estatales, “debe respetarlos y velar porque se dé cabal cumplimiento a los mismos por cualquier otro sujeto que intervenga en éste”.

Agrega que en el escenario de la contratación estatal, con fundamento en la observancia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la Corte debe revisar los eventos de participación en los pliegos de condiciones, puesto que incumbe al Estado establecer si quien se presenta como proponente, en realidad es un “mero gestor” de otras personas beneficiarias del contrato, es decir, interpuesta persona que prohíbe la ley, la cual “aparentemente actúa a nombre propio y que la entidad no tiene cómo conocer si hay algún otro beneficiario real detrás de este sujeto”.

Destaca la necesidad de que el contrato de cuentas en participación se acompañe con la carta, “permitiendo que la Administración Pública al momento de elegir a su Contratista conozca la existencia del real beneficiario sin que de ninguna manera haya alguna norma legal que cobije y ampare la secrecía de esas relaciones”, pues “sin importar cómo se llame la doctrina (‘secreto’, ‘carácter oculto’, ‘falta de exteriorización del negocio’, ‘falta de proyección externa del contrato’...), lo cierto es que las pocas formas que hay para revelarlo no están al alcance de las personas jurídicas de Derecho Público que quieren a un contratista”.

Señala la aparición de “nombres fantasmas” que por razón de la secrecía no son parte “cocontratante”, situación opuesta a la democratización, transparencia, información veraz e imparcial y a la igualdad de oportunidades, en la medida que “hay un sujeto que monopoliza la contratación pública sin tener que entrar a participar directamente en las licitaciones (sino a través de los partícipes-gestores)”.

Por último, observa la afectación del interés general que acompaña a la administración pública cuando la condición oculta del cuenta - partícipe impide que la sociedad conozca el verdadero beneficiario del contrato estatal, prevaleciendo indebidamente el interés particular propio de la secrecía, en desmedro de la materialización de los principios constitucionales y

legales mencionados.

(ii) “Inocuidad de la regulación de la función pública sobre prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades”

Advierte el accionante sobre el eventual ocultamiento de personas condenadas por delitos contra el patrimonio público a través del beneficiario – participe, quien por encontrarse protegido con la secrecía de los contratos de cuentas en participación, puede llegar a vulnerar las reglas específicas establecidas en la Constitución para la función pública, al permitirse la contratación estatal con gestor proponente que lo “representa” de manera secreta y desconocida para el contratante.

Por otra parte, alude a la elección de congresistas de los cuales no se cuenta con la certeza de estar inmersos o no en inhabilidades o incompatibilidades para el ejercicio del cargo público, ante la posibilidad de haber intervenido de manera subrepticia en gestión de negocios como beneficiario – partícipe, por medio de intermediario denominado por la ley partícipe – gestor.

(iii) “Imposibilidad de materializar la libertad de competencia en el mercado para las adquisiciones del sector público”

Enuncia el quebrantamiento del principio de igualdad de oportunidades en la contratación estatal, cuando con ocasión de los procesos de selección objetiva “se está permitiendo a través de una norma legal que un sujeto se presente como beneficiario (oculto) de muchas propuestas para un mismo proceso y que por ende aumente su opción de ganar”, lo cual promueve pactos velados entre el cuenta partícipe y el partícipe gestor y la monopolización de dicha contratación, en perjuicio de proponentes que desconocen la identificación de los primeros, “cuyos nombres aparecen como ‘fantasmas’ en todos los negocios sin que estos sujetos sean (formalmente) parte co-contratantes de los mismos”.

Al respecto agrega que esta Corte “no puede avalar ninguna norma que permita que artificialmente se creen monopolios en algunos sectores de la economía, a través de mecanismos como ‘la ocultación del verdadero beneficiario del contrato estatal’”, contrarios a los propósitos de la Carta de “materializar la pluralidad de oferentes y de ofertas para las adquisiciones de las Entidades Estatales”.

De otra parte, indica que aun cuando la libertad para contratar es una manifestación de la libertad económica útil a los intereses de las partes, la escogencia “de alguna figura que patrocina gestiones subrepticias”, como es el contrato de cuentas en participación, conduce a la afectación del bien común al no desplegar su función social y constituirse en una burla a la libre competencia en los procesos de selección.

(iv) “Contrariedad al interés general y a la posibilidad de participar en los asuntos que le afecten”

Bajo el entendimiento de que “el sistema democrático está soportado en el supuesto que los destinatarios de las normas tienen un poder decisorio sobre la configuración estas”, el libelista manifiesta que la existencia de una norma permisiva de ocultación de la gestión de negocios al tener prohibido revelar sus reales beneficiarios, “obstaculiza una eficaz fiscalización ciudadana (así como de los órganos estatales de control) sobre los contratos estatales”.

Estima entonces que la autonomía de la voluntad en el contrato de cuentas en participación, según la cual éste sólo incumbe al cuenta - partícipe y al partícipe - gestor, no constituye criterio razonable ni aceptable para mantener la secrecía, “diseño negocial arcaico, que ya evolucionó en 1971 pero que hoy no está acompasado con el diseño constitucional de 1991”.

Por último advierte que una ley que cobija la secrecía total de los negocios “al punto de prohibirle al gestor revelar la existencia del contrato y sus reales beneficiarios”, sería inconstitucional por irrespetar el derecho de toda persona pública o privada a recibir información veraz e imparcial de terceros, y en concreto, de saber con quién está contratando el Estado.

#### IV. INTERVENCIONES

##### 1. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

En nombre y representación de este Ministerio, un abogado solicita se declare la exequibilidad de las normas acusadas, con fundamento en las siguientes apreciaciones:

(i) Es equivocada la premisa según la cual la figura de las cuentas de participación

constituye per se un mecanismo para defraudar al Estado y a terceros, toda vez que por ser de tipo mercantil tiene unas características particulares, al igual que otras instituciones similares como el contrato de mandato mercantil, donde opera el principio de la autonomía de la voluntad para toda clase de negocios, “siempre que con ello no se vulnere el ordenamiento jurídico”.

(ii) La posición del actor contraría el principio de buena fe que contempla el artículo 83 superior, cuya importancia “como base del ordenamiento jurídico” ha destacado la Corte Constitucional (sentencia T-460 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

(iii) Desterrar del ordenamiento jurídico las cuentas en participación y el contrato de mandato mercantil, no solucionaría los problemas de corrupción y defraudación del Estado y “más bien podría significar la eliminación de herramientas jurídicas que cumplen funciones económicas importantes”, puesto que no provienen de los contratos señalados en el Código de Comercio sino de la manera como éstos son utilizados, para lo cual se cuenta con sanciones penales, “que sí tienen por objeto disuadir y castigar a los delincuentes”.

(iv) Ni el contrato de cuentas en participación ni las disposiciones demandadas, contemplan discriminación alguna entre las partes del contrato, o frente al Estado o terceros, por cuanto el legislador ha respetado la garantía general de igualdad y de libertad, reglamentación que “no favorece implícita o explícitamente discriminaciones injustas basadas en distinciones artificiosas”.

(v) Existen razones constitucionalmente válidas para justificar el carácter oculto de los partícipes, como serían los derechos a la intimidad, la honra y el buen nombre, ante los cuales el derecho de información podría ceder, estando llamado a responder propiamente el gestor, razón por la que “las normas mercantiles que protegen el carácter oculto (artículo 510 del Código de Comercio) deben ceder a los intereses superiores que interesan al conglomerado social y que son objeto del derecho penal”.

(vi) No porque se haga uso inadecuado de un contrato debe predicarse su inconstitucionalidad y la vulneración del régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

(vii) Las argumentaciones del libelista “se enmarcan más en unos preceptos filosóficos e interpretaciones subjetivas que se alejan de la situación jurídico procesal planteada, y que en

nada contribuyen a buscar la verdad real o a determinar el enfrentamiento o controversia existente entre la norma impugnada y las normas constitucionales o legales infringidas”.

(viii) Las normas objeto de controversia fueron expedidas por “una autoridad a quien la ley y la Carta Política le otorgó todas las atribuciones para el efecto como es el poder legislativo y en consecuencia siempre estuvo sometido a las formalidades que la misma carta señala para la expedición de esta clase de preceptos”.

## 2. Superintendencia de Industria y Comercio

Previo detallado análisis de la naturaleza jurídica y las características del contrato de cuentas en participación, un abogado vinculado a esa entidad pública solicita no declarar la inexecutable parcial de los artículos 510 y 511 del Decreto Ley 410 de 1971.

Estima que al no ser persona jurídica, la asociación de participación por el hecho de constituir un contrato no genera una entidad distinta de los partícipes del mismo, sobre los cuales recaen los respectivos derechos y obligaciones, de manera que enmarcada dentro de la legalidad “no se asocian los cuenta - partícipes y el cuenta - gestor para presuntamente delinquir o pensar en delinquir”. En otras palabras, “no se puede entender su nacimiento, ejecución y proyección, sobre supuestos hechos futuros, presuntamente delictivos”.

Agrega que de aceptarse la constitución del contrato de cuentas en participación como mera intención de delinquir, habría que “demandar prácticamente todos los artículos del Código de Comercio, bajo el entendido que las personas (naturales o jurídicas) que utilizan la Norma Comercial para hacer sus negocios comerciales, partieran de la base de la MALA FE CONSTITUCIONAL Y COMERCIAL, para presuntamente burlar las normas... y si ello fuera así, entonces sí estaríamos violentando, por el contrario, el principio fundamental constitucional de ‘LA BUENA FE’ de los ciudadanos”.

## 3. Universidad de Los Andes

La institución universitaria, por conducto de docente y estudiante de la Facultad de Derecho, pide a la Corte se declare inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda o, subsidiariamente, declare exequibles las disposiciones acusadas.

En primer lugar observa que los argumentos esgrimidos no cumplen los requisitos de

certeza y especificidad, por cuanto:

(i) La violación del principio de la función administrativa, es una proposición deducida por el actor y no una proposición jurídica real y existente al referirse a normas de contratación estatal “que no son objeto de cuestionamiento concreto en la demanda”, pero de las que, sin embargo, pareciera plantear una omisión del legislador sobre la materia.

(ii) La circunstancia de que sólo los gestores pasivos sean quienes en un momento dado revelen su identidad, no conduce a derivar que las normas censuradas están protegiendo conductas ilícitas.

(iii) Los razonamientos expuestos se antojan vagos, indeterminados, abstractos y globales, ajenos a las disposiciones acusadas y enfocados más a consideraciones de conveniencia, en donde se pretende derivar la inconstitucionalidad de los artículos 510 y 511 del Código de Comercio a partir de posibles engaños en la contratación estatal, régimen no previsto en dicho código sino en disposiciones específicas (Ley 80 de 1993).

(iv) La situación que enfrenta actualmente la contratación en Bogotá con respecto al Grupo Nule, sin desconocerse, se torna inconducente frente a la acción interpuesta.

(v) La vulneración a las normas superiores sobre inhabilidades, incompatibilidades, libertad de competencia en el sector público y protección del interés general en la contratación estatal, es presentada “en referencia a la investigación que se está llevando a cabo en contra de Iván Moreno” y “de una mención a ciertos hechos concretos de la realidad colombiana que no son argumento de constitucionalidad”.

En segundo lugar, de manera subsidiaria, considera ajustadas a la Carta las normas acusadas, a partir de la apreciación equívoca del actor en cuanto a la mala fe de las partes que conforman el contrato de cuentas en participación y de su ámbito de aplicación en contratación estatal, “uno de los supuestos en los cuales puede ser usada esta figura jurídica”. Alrededor de este tema manifiesta que:

(i) La doctrina<sup>1</sup> reconoce las ventajas del carácter oculto de la participación a efecto de que no se sepa el hecho de que se trabaja con capital ajeno o se tienen relaciones con un tercero

y o se pretende eludir presentarse como comerciante, sabido que “se trata de una institución jurídica que tiene una función económica, cuyo objeto es permitir la colaboración mutua que requieren ambas partes del contrato”.

(ii) El contrato de cuentas en participación es una expresión de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual; la circunstancia de que en algunos casos específicos pueda ser usado por las partes para violar la Carta o el sistema jurídico, “no hace que la norma sea en sí misma inconstitucional”<sup>2</sup>.

(iii) La aplicación del contrato de cuentas en participación en las relaciones con el Estado se presume de buena fe y, por lo que no puede llegar a invertirse para “llegar a la declaración de inconstitucionalidad de una norma”.

#### 4. Universidad del Rosario

El actual Vicerrector de dicho centro superior de estudios, anterior Decano de la respectiva Facultad de Jurisprudencia, considera que se debe declarar la exequibilidad de las expresiones legales demandadas.

A partir de las disposiciones del Código de Comercio que regulan el contrato de cuentas en participación, afirma que “la ley colombiana protege el carácter oculto de este convenio”, de manera que teniendo presente además su informalidad, facilidad y rapidez y el principio de buena fe, según el cual “ninguna figura que exista en el ordenamiento jurídico es susceptible de ser utilizada de manera ilícita, inmoral o antiética”, puede llegar a establecerse su adecuación a la carta política.

Conforme al artículo 835 del estatuto mercantil, el cual recalca “la imperatividad del principio de buena fe”, estima que un mal uso de la figura jurídica no arroja de plano la inconstitucionalidad de las expresiones demandadas, puesto que “tales situaciones no pueden tomarse como actitudes o conductas generalizadas, satanizándose así las ventajas que ofrece el contrato mercantil de cuentas en participación”.

Advierte de otra parte que de declararse necesario revelar la identidad de los cuenta participes, el contrato de cuentas en participación “no tendría razón de ser al interior del ordenamiento jurídico” y, por el contrario, se configuraría una violación al principio de buena

fe, en tanto se partiría “de la presunción de que todos los particulares actúan de forma deshonesto y desleal al utilizar la figura contractual objeto de debate”.

Indica además que lo propuesto por el libelista en su demanda, podría dirigirse propiamente a modificar las normas de contratación estatal en materia de anticorrupción, prohibiciones y sanciones, lo cual no corresponde ser dilucidado por la Corte sino por el legislador.

Destaca que ante la imposibilidad de emplear correctivos de otras figuras mercantiles, como por ejemplo el levantamiento del velo corporativo – a decir del actor-, el artículo 514 del Código de Comercio establece que en lo no previsto en el contrato de cuentas en participación, se aplicarán las normas dispuestas en dicho estatuto para la sociedad de comandita simple, y en cuanto estas resulten insuficientes, las generales del Título Primero, lo cual permite por analogía aprehender tal mecanismo.

Por último aprecia que dejar sin validez el contrato de cuentas en participación, podría alterar otras figuras jurídicas como el mandato sin representación, “el cual se nutre precisamente de los mismos ingredientes del principio de buena fe, característicos de los negocios mercantiles”.

## 5. Universidad Nacional de Colombia

El Decano de la Facultad de Derecho, previa descripción del régimen legal que caracteriza al contrato de cuentas en participación, de los principios axiológicos de la contratación pública en el Estado Social de Derecho y de la doctrina desarrollada en torno a él, solicita declarar la exequibilidad de las normas demandadas a partir de los siguientes discernimientos:

(i) El contrato de cuentas en participación cumple una importante función económica en el tráfico jurídico, puesto que dentro del marco del capitalismo y de las operaciones busca “la eliminación de barreras innecesarias para que las actividades comerciales fluyan de manera fácil en el seno de las sociedades. Es así como se señala su simplicidad junto al carácter oculto como ventajas de este contrato, pues con ello no se requiere de ninguna formalidad y de tal forma el negocio surge a la vida jurídica fácil y rápidamente”.

(ii) El contrato en cuestión no tiene como propósito vincular a los partícipes de una manera

duradera ni para un sinnúmero de actos que supone el objeto social de una sociedad mercantil, sino agruparlos para un negocio específico a ser desarrollado por el partícipe gestor, razones por las que “la utilización de las participación se ha generalizado considerablemente”, como por ejemplo, en las actividades ganaderas, la negociación de valores, la colaboración entre empresas y la unión de éstas, la obtención de rendimientos, la especulación con fondos inmobiliarios, etc.<sup>3</sup>

(iii) Para el desarrollo de las operaciones mercantiles “el socio gestor está sujeto al cumplimiento de los requisitos de existencia y validez de todo contrato, en especial lo que tiene que ver con objeto y causa lícita pues su actividad y su responsabilidad trascienden al ámbito civil y comercial, pues si admite capitales de origen ilícito, responde de acuerdo con la normatividad que sanciona una conducta de tal índole”.

(iv) El contrato de cuentas en participación tiene plena vigencia en el tráfico jurídico, comúnmente utilizado por los comerciantes, y por sí mismo no genera inconstitucionalidad alguna, así no se encuentre regulado en el estatuto de contratación estatal, al hacer parte de la libertad económica y de empresa que consagra la carta de 1991.

(v) En el marco de los procesos licitatorios del Estado, “el contrato de participación ha de ceder frente al bien común que se compromete en tales procesos”, de manera que se garantice la exigencia total de transparencia, “distinguiendo claramente su uso en el campo comercial donde los intereses en conflicto no van más allá de la individualidad y allí si con plena aplicación del principio de que el contrato solo interesa a las partes siempre y cuando se ajuste a la ley”.

## 6. Colegio de Abogados Comercialistas

El Presidente de esa colegiatura considera que las normas demandadas son respetuosas de la carta política y que una declaratoria de inexecutable sería evidentemente contraria al principio constitucional de la buena fe.

Examinadas las disposiciones que entrañan el contrato de cuentas en participación, y la doctrina desarrollada a este respecto, destaca el propósito “de tener siempre una cabeza visible que responda eventualmente ante terceros”, por manera que, en contratación estatal, será el partícipe gestor quien deberá acreditar sus calidades para cumplir de los fines de la

Ley 80 de 1993.

Observa que lo anterior no significa que el legislador haya concedido “una patente de corso” a los partícipes ocultos para engañar al Estado, pues también éstos, en caso de hacerse visibles, responderán “en razón a la relación ‘in solidum’ reconocida por la ley (Artículo 511 del C. de Comercio)”, lo que descarta cualquiera arbitrariedad o capricho legal.

Agrega en este sentido que “prohijar la inexecutableidad de la norma en cuestión sería tanto como quitarle a un sujeto de derecho con suficiente autodeterminación y discernimiento, el reconocimiento por parte del Estado de su capacidad jurídica de asociarse”.

Estima por otro lado que la declaratoria de inexecutableidad supondría reconocer una presunción de mala fe, proscrita por el artículo 83 de la Constitución, pues “se estaría partiendo de la base de que todo aquel que celebre contratos de cuentas en participación lo estaría haciendo para defraudar al Estado”.

Finalmente, insiste en que la buena fe no sólo debe entenderse en sentido subjetivo, “como estado de ignorancia no-culpable de una situación” sino en sentido objetivo, “como corrección, lealtad de conducta”, la cual se impone a las partes y a los contratos en la fase de formación como en la de ejecución.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El director del Ministerio Público solicita declarar executables las expresiones “el gestor será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación” y “Sin embargo los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros”, contenidas en los artículos 510 y 511 del Código de Comercio, respectivamente, a partir de las consideraciones expuestas por la Corte Suprema Justicia en sentencia de diciembre 4 de 2008 (expediente 110013103027199220935401 ), al acometer el estudio del contrato de cuentas en participación.

Conforme al pronunciamiento judicial, señala la existencia de (i) una relación externa entre el partícipe gestor y los terceros y (ii) una relación interna entre el partícipe gestor y los partícipes inactivos o cuenta participes, para destacar que se trata de un contrato consensual

destinado desarrollar operaciones en nombre y bajo el crédito de una persona determinada que actúa sin revelar otras que subyacen y tienen injerencia o interés patrimonial en la relación contractual, siendo el partícipe - gestor la persona llamada a contraer y responder por las obligaciones propias del vínculo mercantil.

Afirma que el contrato de cuentas en participación “es una institución propia del derecho comercial, que tiene gran importancia en los negocios que realizan los particulares”, sin que de ello pueda inferirse su traslado al ámbito de la contratación estatal, puesto que éste cuenta con estatuto especial, de orden público, al que debe someterse el particular interesado en contratar, no factible de alteración o predeterminación por el Código de Comercio.

Manifiesta que, tratándose de contratistas del Estado, la mera existencia de un gestor inactivo, oculto, que no participa del proceso de formación del contrato, ni de su ejecución, “no genera una ventaja objetiva a favor del partícipe gestor, en detrimento de los demás interesados en contratar”, puesto que para la contratación pública el único responsable en materia de obligaciones, inhabilidades e incompatibilidades será el que actúa como gestor, tornándose irrelevante la no revelación de la identidad de los cuenta partícipes o gestores pasivos.

Desde otra perspectiva, observa que asumir que el contrato de cuentas en participación puede ser empleado para eludir normas contractuales, conduce a desconocer el principio constitucional de buena fe, el cual se predica para todo tipo de contratación, pública o privada, por lo que “vincular este negocio jurídico como causa de la corrupción administrativa es irrazonable. Y lo es, porque ningún contrato puede tener ese objeto y esa causa, que son ilícitas, Y lo es también porque si se abusa del derecho, ese abuso no encuentra, ni puede encontrar, cobijo en el contrato ni en la ley y, en todos los casos, tiene consecuencias que pueden desbordar el ámbito patrimonial e incluso llegar al ámbito penal”.

Por último, en cuanto a la responsabilidad del gestor inactivo ante terceros, manifiesta que en la contratación estatal, cualquiera sea la condición jurídica del contratista, éste deberá responder ante el Estado, por lo que el régimen comercial del contrato de cuentas en participación no afecta lo previsto en tales normas públicas y ni lo pactado en el contrato

estatal, situación que igual en materia de incompatibilidades e inhabilidades, no obstante que en virtud del principio constitucional de buena fe, la aplicación de dicho contrato se supone ajustada para lo que fue instituido en el ordenamiento jurídico.

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 superior, esta Corte es competente para conocer de la acción en referencia, por estar dirigida contra normas del Decreto Ley 410 de 1971, emitido con el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 16 de 1968.

### 2. Problema jurídico a resolver

Censura el accionante las reglas del contrato de cuentas en participación del Código de Comercio, referidas a la reputación del gestor como único dueño del negocio, al ocultamiento de los partícipes no gestores y a la limitación de su responsabilidad frente a terceros, por vulnerar el interés general, las funciones pública y administrativa y la libertad de competencia de mercado, que protege la carta política.

Los segmentos acusados de los artículos 510 y 511 de dicho código, no obstante haber sido matizados a lo largo de la demanda hacia la práctica de la contratación estatal, suponen para el actor, en concreto, el desarrollo de conductas indebidas o ilícitas que pueden suscitar los comerciantes con ocasión de su actividad mercantil a través del contrato de cuentas en participación.

Advierte esta corporación que las razones de inconstitucionalidad expuestas por el accionante, ligadas a actuaciones posiblemente vulneradoras de la gestión pública, conllevan una base de certeza de que los preceptos acusados del Código de Comercio aluden a características y comportamientos especiales y únicos de los sujetos que estructuran el negocio jurídico mercantil, los cuales, por sus fines y efectos, conforme a los cargos

planteados, aconsejan el pronunciamiento solicitado. Las actividades que desarrollan el gestor y el cuenta partícipe, por esas especialísimas condiciones, involucran reglas universales que la carta política protege, razón suficiente y válida para promover la revisión constitucional en los términos descritos.

Por lo anterior, la Corte para resolver tales interrogantes procederá a considerar (i) el principio de buena fe en las actuaciones públicas y privadas y (ii) el ejercicio de la actividad económica conforme a los límites de bien común, en relación con las personas que acuerdan la formación de un contrato de cuentas en participación.

3. 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.

3.1. El artículo 83 de la Constitución Política establece que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

La buena fe pasó de ser un principio general de derecho a transformarse en un postulado constitucional, adquiriendo de esta manera nuevas implicaciones en el ordenamiento jurídico. La Corte, desde sus primeras sentencias<sup>4</sup>, ha traído a colación apartes del constituyente de 1991 sobre la incorporación imperativa de tal principio en la carta política, regulador de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado:

“En la ponencia presentada a la Asamblea Nacional Constituyente, los ponentes consideraron que la norma (artículo 83), tiene dos elementos fundamentales:

‘Primero: que se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en el desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo ante una limitante de los excesos y la desviación del poder.

Del mismo modo, esta corporación, siguiendo la doctrina, ha puesto de presente que el

principio de la buena fe se erige en el “principio cumbre del derecho”, informador de las relaciones humanas con proyecciones específicas en las normas jurídicas. Así, tanto en sede de control abstracto como de control concreto de constitucionalidad, se ha pronunciado sobre su significado, alcance y contenido:<sup>6</sup>

“...la jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una ‘persona correcta (vir bonus)’<sup>7</sup>. En este contexto, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la ‘confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada’<sup>8</sup>.

En este sentido la Corte ha señalado que la buena fe es un principio que ‘de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume, y dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente’<sup>9</sup>.

Concretamente con respecto al contenido concreto del artículo 83 superior, debe la Corte indicar que conforme con este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas.

Adicionalmente también ha estimado que la presunción de buena fe establecida en el artículo superior respecto de las gestiones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario.<sup>10</sup>

Estima la Corte, que en tanto la buena fe es un postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen.

Por lo tanto observa la Corte que no se trata por esencia de un principio absoluto, y es por ello que la Corte Constitucional también ha admitido la posibilidad de que, excepcionalmente, la ley establezca la presunción de mala fe, y le atribuya los efectos que considere en cada caso, lo cual se traduce en si se admite o no prueba en contrario en cada caso.

En efecto la Corte se pronunció en el sentido referido en la Sentencia C- 544 de 1994, en la que se ocupó de estudiar la constitucionalidad del inciso final del artículo 768 del Código Civil el cual dispone: 'Pero el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.'

En esa oportunidad la Corte señaló que '[l]a norma demandada, interpretada a la luz de la Constitución, y despojada del efecto estigmatizante de la mala fe, significa que el legislador, simplemente, ha querido reiterar, en esta materia, la negativa general a admitir el error de derecho. La alusión a la mala fe es un recurso técnico para ratificar el anotado principio y, en este sentido, no puede ser inconstitucional.'

Posteriormente en la Sentencia C-540 de 1995, la Corte analizó la constitucionalidad del inciso primero del artículo 769 del Código Civil, conforme con el cual '[l]a buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria.' En esa providencia la jurisprudencia constitucional reconoce de manera expresa que 'excepcionalmente, la ley puede establecer la presunción contraria, es decir, la presunción de mala fe.'

... ..

Con fundamento en lo anterior concluye la Sala que la ley puede determinar criterios, antecedentes, o circunstancias conocidas, de las cuales se deduzca en una situación particular, una presunción de mala fe, de naturaleza legal o de derecho, conforme con lo que ella misma disponga, y que por tanto admita o no prueba en contrario.

Recapitulando, es claro para la Corte que si bien el ordenamiento jurídico por regla general presume la buena fe de los particulares en sus relaciones, y en las actuaciones que adelanten ante las autoridades públicas, este es un principio que no es por esencia absoluto, de tal manera que en situaciones concretas admite prueba en contrario, y en este sentido es viable que el legislador excepcionalmente, establezca presunciones de mala fe, señalando las circunstancias ante las cuales ella procede."

3.2. La Corte también se ha pronunciado acerca de la buena fe que debe inspirar los negocios jurídicos de los particulares, sean personas naturales o personas jurídicas.

Al respecto, ha indicado:<sup>12</sup>

“El artículo 83 de la Constitución Política reconoce el principio de buena fe en las actuaciones de los particulares. Dicha disposición de raigambre Superior tiene desarrollo legislativo concreto, en materia contractual, en los artículos 1603 de Código Civil<sup>13</sup> y 871 del Código de Comercio<sup>14</sup>.

Según el principio de buena fe contractual, las partes obligadas por un acto jurídico actúan bajo los parámetros de la recta disposición de la razón dirigida al cumplimiento fiel de las obligaciones derivadas del acto. Se trata de reconocer que al momento de aceptar la realización de una determinada prestación, se procederá con honestidad, lealtad y moralidad.

En materia societaria, el principio de buena fe igualmente se presume, no podría considerarse que el ejercicio del derecho de asociación para constituir una persona jurídica es con el ánimo de defraudar los intereses y derechos de los trabajadores. Por el contrario, conforme se expuso con anterioridad, la constitución y creación de una sociedad, especialmente, las denominadas sociedades de riesgo limitado, es con el propósito firme de contribuir al crecimiento y desarrollo económico de la nación.

... ..

... cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesto de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o ‘disregard of the legal entity’ o ‘piercing the corporate veil’ cuya finalidad

es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación<sup>15</sup>. Al respecto, ha sostenido la doctrina: 'El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso'<sup>16</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto, se pueden destacar: (i) El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*neminem laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil<sup>17</sup>; (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio<sup>18</sup>; ..."

Por expresos mandatos del legislador, se torna factible que determinadas reglas de sociedades mercantiles sean aplicadas a otras similares o a personas naturales que desarrollan operaciones mercantiles según las normas del Código de Comercio, y en esta misma medida, los pronunciamientos judiciales vertidos sobre tópicos compatibles con la naturaleza, la especialidad y los fines para los cuales fueron creadas.

Así, la limitación del riesgo no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los comerciantes, cualquiera sea su voluntad de formación, puesto que si con su uso se defraudan la buena fe y los intereses de terceros, habrá lugar a acudir a las herramientas legales propias del régimen, como por ejemplo, el levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido.

3.3. Realizado el cotejo de los fundamentos que informan la presunción constitucional de la buena fe en las actuaciones de los particulares, con los segmentos de los artículos 510 y 511 del Código de Comercio, demandados, analiza esta corporación que las condiciones especiales allí descritas acerca de las personas que se asocian para formar el contrato de cuentas de participación, son clara expresión de la especialidad y los fines del negocio jurídico conforme a su contenido (art. 507 *ib.*), de cuya lectura no se deduce propósito

diferente al de gestionar operaciones mercantiles, las cuales, por realizarse bajo esas características de los asociados, en manera alguna suponen manifestaciones de voluntad indebidas o ilícitas ni, por consiguiente, las supuestas actuaciones individuales o colectivas irregulares que predica el accionante en la demanda.

Dispone el precepto citado que la participación “es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

Tal instrumento mercantil se halla amparado por el principio general de la buena fe tanto en su preparación (art. 863 ib.) como en su ejecución (art. 871 ib.) y, de otro lado, compelido al respeto de los derechos ajenos (art. 830 ib.), de manera que cualquier abuso en su práctica comercial, opuesta a la ley, a la costumbre y a la equidad, acarreará para quienes lo formaron la obligación de indemnizar los perjuicios que lleguen a causar.

Nótese entonces que, con independencia de las características especiales de los sujetos que originan el contrato mencionado (partícipe gestor y cuenta - partícipe o partícipe no gestor singular o plural), pero sí en calidad de comerciantes, la buena fe, tanto legal como constitucional, se erige en el principio rector de las actuaciones mercantiles que permite este negocio jurídico.

Así expuesto, se torna imperioso señalar que las conductas de las personas que conforman el contrato de cuentas en participación, obedecen propiamente al objeto del instrumento y a los principios rectores que lo enmarcan, y no, únicamente, a la simple manifestación de voluntad de aquellas, puesto que cualquier comportamiento ajeno a tales principios y obligaciones en el ejercicio comercial carece, por tal virtud, de la fuerza suficiente para desvirtuar, condicionar o desconocer las características que la ley quiso otorgar a los sujetos integrantes del negocio jurídico.

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.).

Para esta corporación, la regulación en precedencia no comporta una ruptura de los principios rectores del contrato ni de las preceptivas constitucionales enunciadas como vulneradas, en tanto las actividades mercantiles, cobijadas por la presunción constitucional de la buena fe (art. 83, ib.), aparecen desarrolladas en la relación gestor – partícipe no gestor, donde las funciones y las responsabilidades dispuestas en cabeza del primero, garantizan no solo la ejecución del contrato, sino las consecuencias ante terceros que eventualmente resulten perjudicados con la conducta contractual.

Resulta entonces irrelevante el carácter oculto del partícipe no gestor en la medida que, de un lado, el gestor será el llamado a responder por causa del contrato en las relaciones externas y, de otro, el nexo entre éste y el partícipe no gestor al interior del negocio jurídico, se funda en el ejercicio y la evaluación de las operaciones económicas propias de la ejecución del contrato, las cuales, por la condición “secreta” de uno de sus asociados, no infieren la producción intencional de conductas reprochables como comerciantes, que alega el actor, estando amparadas sus actuaciones bajo el principio legal y constitucional de la de buena fe.

Desde otra perspectiva, la Corte precisa que el contrato de cuentas en participación es figura jurídica que aparece ligada a un tipo de asociación mercantil; el artículo 514 del Código de Comercio, “en lo no previsto”, la asimila a las sociedades en comandita simple y, en cuanto sean insuficientes sus normas, dispone también la aplicación de las reglas del Título Primero, referidas a los comerciantes y asuntos de comercio.

La buena fe que se presume de la actividad societaria, reiterada en pronunciamientos de la Corte, encuentra aquí especial realce y connotación, en tanto una vulneración por engaño, defraudación o por cualquiera otra razón, contraria al fin superior establecido, hace

responsables a los asociados y constituye la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad, expresada en lo que la doctrina denomina “el levantamiento del velo corporativo”. Esta herramienta que busca la reparación del daño, comporta dos consecuencias en la actividad comercial: una modalidad de sanción para los asociados y, paralelamente, una garantía para terceros afectados.

En conclusión, resulta irrazonable, a partir del postulado constitucional de la buena fe y de las normas comerciales que lo contienen, como de las sanciones que regula ese ordenamiento legal, suponer que los segmentos acusados de los artículos 510 y 511 del Código de Comercio, facultan a los asociados del contrato de cuentas en participación la realización de conductas o comportamientos opuestos a los preceptos de la carta política, que enuncia el demandante como vulnerados. El entendimiento de esas preceptivas mercantiles no puede invocarse de manera aislada, sino bajo los fundamentos del contrato mismo, explicado en el artículo 507 y teniendo como pilar el artículo 83 de la carta.

4. Las operaciones que en calidad de comerciantes realizan el gestor y el participe no gestor, en función del contrato de cuentas en participación, se encuentran acordes con el libre ejercicio de la actividad económica y el bien común.

4.1. Los artículos 333 y 13 de la Constitución Política garantizan a todas las personas el ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada conforme a los derechos fundamentales de igualdad y de libertad, pero, precisa la carta, “dentro de los límites del bien común”, es decir, bajo las exigencias y los linderos dispuestos por el legislador en términos de razonabilidad y proporcionalidad del proceso económico y, consecuentemente, con las responsabilidades que ello apareja.<sup>19</sup>

A propósito de este tema, la Corte en sentencia C-616 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, expuso:

“La definición del concepto de libertad económica presenta serias dificultades, por tratarse de una cláusula abierta e indeterminada por la Constitución, la cual es susceptible de distintas interpretaciones según la concepción que se tenga del hombre y de la sociedad. La Corte Constitucional ha señalado que la libertad económica es: ‘...[u]na facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio’<sup>20</sup>.

La reforma constitucional de 1991 adoptó el modelo propio de una economía social de mercado e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre las cuales el de la libertad económica tiene un valor superior dentro del ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, el artículo 333 de la Constitución Política establece que 'La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.' Y agrega que 'La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades'.

De la anterior norma se puede inferir que la Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas.

La libertad económica que, se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho. De esta manera, así como la libertad de empresa se orienta a permitir la posibilidad real del individuo de desarrollar actividades económicas que considera necesarias para la satisfacción de sus intereses, también, se autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias para que éstas se materialicen en armonía con los valores superiores previstos en la Carta."

4.2. Adicionalmente, la libertad económica que la Constitución promueve y protege, involucra la denominada "libertad de empresa", cuya concepción ofrece diversos direccionamientos e instrumentos de aplicación, según se trate de las políticas y de los agentes económicos de mercado (v.gr. personas naturales o jurídicas, en sus diversas modalidades comerciales). Bajo esta dimensión, el desempeño que la carta reconoce a los particulares, dependerá del ordenamiento y la estructuración que dispongan las leyes, acorde con las restricciones y responsabilidades allí establecidas y "los límites del bien común".

En la sentencia C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se dispuso:

"... 'Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los

ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial -la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral.’<sup>21</sup>

La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, libertad que al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan ‘el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación’. Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica ‘supone responsabilidades.

... ..

... ‘las limitaciones que la ley imponga a la actividad económica y a la libre competencia, habrán de ser serias y razonables. Se trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la C.P., la libertad de empresa, en el lenguaje de la Constitución Política la actividad económica y la iniciativa privada y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica, no la coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate.’<sup>22</sup>”

4.3. El contrato de cuentas en participación, expresión jurídica de las reglas contempladas en el Título I del Código de Comercio, que definen y demarcan los sujetos que se ocupan de actividades consideradas mercantiles, constituye una de las muchas concreciones mediante las cuales los particulares realizan el cometido de los artículos 333 y 13 de la carta fundamental en una sociedad de mercado, conforme a la concepción política, social y económica del estado colombiano.

Los sujetos que estructuran este contrato, según las características previstas en el artículo 507 del Código de Comercio y las condiciones individuales establecidas en los preceptos 510 y 511 ib. (partícipe gestor y partícipe inactivo o no gestor), desarrollan esa garantía constitucional a través de operaciones mercantiles libres, de manera que, facultados para participar como personas naturales en actividades propias del ámbito privado o público, no tienen más cortapisa que el cumplimiento del objeto contractual, el respeto de los principios superiores y legales, y el apego a las disposiciones que los involucran en determinada gestión.

Lo anterior, sin desmedro de las responsabilidades que puedan generarse, si como comerciantes se distancian de tales postulados y mandatos, asunto también regulado por la normativa respectiva, sea mercantil, administrativa, financiera, fiscal, tributaria, disciplinaria o penal.

Encuentra la Corte que los segmentos acusados a que se ha venido haciendo referencia, propios de la naturaleza del contrato, representan en realidad el componente humano a través del cual se ejerce la actividad económica referida, sin que sea posible deducir de plano, por esas especiales características que la ley le otorga, y por razón de la protección contenida en el artículo 83 superior, comportamiento alguno que se oponga a los “límites del bien común”.

En otras palabras, la sola existencia de los partícipes y sus especiales calidades, no constituyen razón válida ni suficiente para presumir la supuesta ocurrencia de conductas indebidas o ilícitas alrededor, por ejemplo, de la contratación estatal en la que llegaren a intervenir, en cuanto que esta modalidad pública es autónoma, tiene sus normas y controles, a los que debe hacer frente el partícipe gestor, en materia de obligaciones, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, etc., siendo entonces inane la no revelación del partícipe

no gestor o inactivo.

Lo expuesto obedece a que las eventuales irregularidades no se originan propiamente del carácter “oculto” de este último, sino de la actividad cuestionada que desarrolle el partícipe gestor, quien deberá responder, según probanzas, independientemente de aquel, salvo que por la voluntad de revelación o autorización o por el levantamiento del velo corporativo, haya lugar a la responsabilidad solidaria, que igual aparece contemplada el artículo 511 del Código de Comercio.

Eliminar la normatividad que plantea el accionante, (i) significaría la desaparición fáctica en el ordenamiento jurídico del contrato de cuentas en participación, cuando esta figura del derecho comercial no riñe por su estructura con las normas constitucionales enunciadas como violadas ni con los postulados constitucionales, según se ha analizado, lo cual, sin embargo, no conduce a propiciar la desatención de los controles y las sanciones previstas para comerciantes en grado de ilicitud, (ii) repercutiría negativamente en el desarrollo sectorizado de la economía y, (iii) entrañaría un quebramiento del derecho de libertad económica, al proscribirse una institución que prohíba la autonomía y la dinámica mercantiles, y por consecuencia, la libertad de empresa, sea individual o colectiva, de acuerdo al modelo de economía de mercado.

## VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

### RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES, por los cargos estudiados, las expresiones “será reputado único dueño del negocio en las relaciones externas de la participación” y “Sin embargo, los partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad de partícipe, responderán ante terceros”, contenidas en los artículos 510 y 511 del Decreto Ley 410 de 1971, respectivamente.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. Cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Presidente

Ausente en comisión

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 "ARRUBLA PAUCAR, J.A. (2004). Contratos Mercantiles Tomo I. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE. Pág.495."

2 T-239 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

3 "Arrubla Paucar Alberto. Contratos mercantiles Tomo I. Biblioteca Jurídica DIKE. Pág.496."

4 Cfr. T-469/92 (julio 17), M. P. Alejandro Martínez Caballero.

6 Cfr. C-071/04 (febrero 3), M. P. Álvaro Tafur Galvis y C-1194/08 (diciembre 3), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7"Ver Sentencia T-475 de 1992"

8 "Ibídem."

9 "Sentencia C-253 de 1996"

10 "Ver Sentencia C-071 de 2004"

11 C-041/94 (febrero 3), M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-399/99 (junio 2), M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras.

12 Cfr. C-865/04 (septiembre 7), M.P. Rodrigo Escobar Gil.

13 "Dispone la norma en cita: 'Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que la ley pertenecen a ella'."

14 "Señala la norma: 'Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural'".

15 "Véase, PINZÓN, Gabino. Op.Cit. Sociedades Comerciales. NARVÁEZ, José Ignacio, Op.Cit. Teoría General de las Sociedades. REYES VILLAMIZAR, Francisco, Op.Cit. Personificación jurídica de la sociedad. REYES VILLAMIZAR, Francisco. Sociedades Comerciales en Estados Unidos, Editorial Doctrina-Ley, Bogotá, 1996. MOEREMANS. Daniel. Extensión de la responsabilidad de los socios en las sociedades de capital."

16 "NARVÁEZ, José Ignacio. Op.Cit. Teoría General de las Sociedades. Pág. 41."

17 "Dispone la norma en cita: 'El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.'"

18 "Determina la citada disposición: 'El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.'"

19 En sentencia C-368 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández) la Corte expuso: "... la libertad del individuo se encuentra atemperada en la preceptiva constitucional por la prevalencia del

interés colectivo (artículo 1º), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que la doctrina de esta Corte ha prohiado. Cfr. C-322/00 (marzo 22), M. P. Fabio Morón Díaz.

20“Corte Constitucional, Sentencia T-425 del 24 de junio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.”

21 “Constitución y Sistema Económico. Martin Bassols Coma; Tecnos,1988.”

22 C-415/94 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz