

# ¿Está en uso el contrato de cuentas en participación?: Nuevas funciones de las cuentas en participación en Chile

## *Is the agreement of association or accounts in participation in use? New features of agreements of association or accounts in participation in Chile\**

**Mario Fuentes Romero**

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile.  
Correo electrónico: mfuentes@fuentesyromero.com. <https://orcid.org/0009-0006-6166-7038>

Recibido el 07/11/2023  
Aceptado el 11/03/2024  
Publicado el 21/03/2024

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2024.n44.01>

**RESUMEN:** El contrato de asociación o cuentas en participación es un instrumento jurídico clásico que tuvo su punto de mayor auge durante el desarrollo del comercio marítimo en la Edad Media a través de la *commenda* medieval. Con posterioridad, su uso disminuyó considerablemente, sin embargo, en los últimos 15 años la doctrina, en particular la española, ha mostrado un creciente interés en el estudio de las nuevas funciones de este contrato. En el caso de Chile, podemos constatar esas nuevas funciones a través de la revisión ju-

**ABSTRACT:** *The agreement of association or accounts in participation, is a classical juridical instrument that had his point of main peak during the development of the maritime trade in the half age through the commenda mediaeval. Subsequently his use diminished considerably, however, in the last 15 years the doctrine, in particular Spanish, has showed an increasing interest in the studio of the new functions of this agreement. In the case of Chile, these new functions can ascertain them, through the jurisprudential review and by means*

\* Algunos consideran que la traducción precisa del concepto “contrato de cuentas en participación” es “Joint-venture contract”. Sin embargo, consideramos que desde el punto de vista de la traducción jurídica lo adecuado es “agreement of association or accounts in participation”, puesto que el *joint venture* es un contrato distinto y distinguible del contrato de cuentas en participación, de tal manera que una traducción en el sentido que otros indican conllevaría a confusión.

risprudencial y por medio de los oficios y circulares del Servicio de Impuestos Internos. En efecto, este artículo tiene por finalidad revisar las características de este contrato de manera sistemática, con el objeto de analizar las nuevas funciones de esta figura, en base a la práctica jurídica y tomando como referencia los planteamientos de la doctrina hispánica acerca de esta temática.

**PALABRAS CLAVE:** *Commenda Medieval, Servicio de Impuestos Internos, contrato de cuentas en participación.*

*of the jobs and circular of the Service of Internal Taxes. In effect, this article aims to review the characteristics of this contract in a systematic way, in order to analyze the new functions of this figure, based on legal practice and taking as reference the approaches of Hispanic doctrine on this topic.*

**KEY WORDS:** *Medieval Commenda, Internal Revenue Service, agreement of association or accounts in participation.*

## I. INTRODUCCIÓN

El contrato de cuentas en participación es un instrumento jurídico clásico en el que una parte denominada partícipe aporta dinero o bienes a otra parte llamada gestor, para que este desarrolle un negocio o continúe la ejecución de uno vigente, a cambio de participar en las ganancias y soportar las pérdidas hasta el monto de lo aportado y manteniéndose oculto frente a los terceros. Este contrato no da lugar al nacimiento de un ente distinto de las partes y, por ello, carece de personalidad jurídica. Si bien se trata de una figura clásica, su aplicación práctica no se ha detenido, principalmente por su amplia flexibilidad, la marcada autonomía de la voluntad para su celebración que le otorga rapidez en su uso, y su carácter oculto. Me atrevería a decir que con mayor razón hoy, en una era de la revolución digital, de la comunicación masiva y de la velocidad de los negocios, esta figura representa una gran utilidad para los operadores económicos. En efecto, hemos escogido esta temática por sus ventajas y su cada vez mayor utilización en el mundo jurídico.

La figura objeto de este estudio ha continuado en aplicación. Prueba de ello es la continua actualización de la regulación administrativa en el ámbito tributario, a través de una serie de oficios y circulares emanados del Servicio de Impuestos Internos de Chile (en adelante SII), que revisaremos a lo largo de este trabajo. A su vez encontramos jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia chilenos que reflejan la existencia de conflictos jurídicos derivados de este contrato.

A pesar de la utilización actual de este contrato, en la doctrina chilena no existe hasta la fecha un tratamiento en profundidad de esta materia, especialmente en relación a las características y elementos del contrato, derechos y obligaciones entre las partes, responsabilidad por incumplimiento, extinción del contrato y nuevas funciones. Este artículo no pretende abordar todas las temáticas indicadas, y por ello, nos hemos avocada a un análisis sistemático de las características del contrato y su proyección en las nuevas funciones que ha asumido el contrato de cuentas en participación en la actualidad. El objetivo de ésta breve investigación es, por tanto, efectuar un aporte doctrinal, principalmente en materia de características y en cuanto a sus funciones actuales en el mercado jurídico. En cuanto a

las nuevas funciones, esta ha sido una temática que ha despertado un creciente interés de los autores españoles, por abordar el tema,<sup>1</sup> y que en Chile no ha generado el mismo efecto. De ahí nuestra decisión investigativa de poner en valor esta temática del contrato.

La investigación se ha basado en la revisión doctrinal tanto chilena como española, dado que esta última ha efectuado una revisión más acabada, aunque no muy extensa, de las cuentas en participación y porque además esta doctrina tiene cierto grado de influencia en el derecho chileno. Junto con esto hemos utilizado el método exegético, mediante una revisión pormenorizada de las normas de las cuentas en participación. Todo ello lo hemos contrastado con la opinión del servicio de impuestos internos y de la jurisprudencia de los máximos tribunales chilenos. Además, cabe agregar, que no solo hemos tomado la opinión de los órganos indicados, sino que también, los hemos utilizado como fuente de constatación empírica de la forma en que se utiliza este contrato.

Estructuralmente, este trabajo parte con un análisis de la regulación legal española en comparación con la chilena, y luego avanza a una revisión, sistemática y profunda acerca de las características tanto generales como especiales, y finaliza con el estudio de las nuevas funciones del contrato de cuentas en participación, para cerrar con las conclusiones de este breve trabajo.

## II. REGULACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL Y CHILENO

Como punto de partida, examinaremos de manera comparada la regulación legal chilena y española con el objeto de observar sus semejanzas y diferencias, lo que permitirá al lector, al final de este título, comprender la importancia de integrar la doctrina española al análisis del contrato de cuentas en participación en el ordenamiento jurídico chileno.

El artículo 264° del Código de Comercio español de 1829, contemplaba un concepto de sociedad que indicaba que *“el contrato de compañía por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas con objeto de hacer algún lucro, es aplicable a toda especie de operaciones de comercio, bajo las disposiciones generales del derecho común, con las modificaciones y restricciones que establecen las leyes de comercio”*.<sup>2</sup>

Por otro lado, las cuentas en participación estaban reguladas en la sección cuarta del Título segundo (de las compañías de comercio), denominado *“De la sociedad accidental o cuentas en participación”*.

En el Código de Comercio actual, el concepto de sociedad está definido en el artículo 116°, que reza *“el contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código*.

---

<sup>1</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 252.

<sup>2</sup> Código de Comercio Español, de 1829.

Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos”. Como hemos observado, el concepto de sociedad del Código de Comercio español de 1829 se acercaba al concepto amplio de sociedad que un sector de la doctrina adscribe, puesto que no considera a la persona jurídica como elemento de la misma. Sin embargo, el Código de Comercio de 1885 agrega a este concepto un inciso segundo en el que sí se contempla la persona jurídica como elemento de la sociedad, por influencia de la doctrina francesa.<sup>3</sup> En el caso de las cuentas en participación, la regulación anterior estaba en el artículo 335º del Código de Comercio español de 1829 que se refería a estas como sociedades, lo que fue modificado en el Código actual. Consideramos que su cambio de ubicación y de nomenclatura es consecuencia del advenimiento de la persona jurídica en el Código de 1885, lo que genera que el legislador, coherente que este nuevo concepto de sociedad, considera a las cuentas fuera de su ámbito de alcance.

Sin embargo, los autores españoles que conciben a las cuentas en participación como una sociedad no se hacen cargo de este cambio legislativo, puesto que, en definitiva, su posición doctrinal va más allá de la ubicación de las cuentas en participación en el Código de Comercio, sino más bien atienden al concepto de sociedad que se adopte.<sup>4</sup>

En el caso de Chile, las cuentas en participación estaban ya reguladas en el proyecto de Código de Comercio de 1853, en el Título VII “*De la Sociedad*” del Libro II, denominado “*De los contratos i obligaciones mercantiles en jeneral*”. Esta misma ubicación se ha mantenido inalterable desde la promulgación del Código de Comercio de Chile en 1865, lo que denota el interés del legislador de agrupar a esta figura bajo el paraguas de las sociedades.<sup>5</sup> En cuanto a la vinculación de la personalidad jurídica con el concepto de sociedad, el Código Civil de Chile también tiene como fuente al Código Civil francés, especialmente en materia de contratos, como lo revelan en el mensaje del mismo.<sup>6</sup> En este sentido, el legislador reconoce en el mensaje del Código de Comercio de Chile que hasta la fecha de dictación de dicho Código, los comerciantes no contaban con personalidad jurídica.<sup>7</sup>

El mensaje del Código de Comercio es claro en contemplar a las cuentas en participación como una especie de sociedad, puesto que afirma que a la clasificación tripartita de sociedad del Código Civil,<sup>8</sup> vale decir, sociedades colectivas, encomanditas y anónimas, se suman las cuentas en participación.<sup>9</sup> Esta posición del legislador se ha mantenido de manera incólume hasta la fecha actual, y prueba de ello es que las normas de este contrato no han sido modificadas. Como elemento adicional, cabe considerar que en el mensaje del Código de Comercio el legislador se refiere al contrato de cuentas en

---

<sup>3</sup> SÁNCHEZ (2013), p. 193.

<sup>4</sup> Véase a los autores españoles Cándido Paz-Ares, Arantza Martínez, María Gual Dalmau y Manuel Broseta Pont.

<sup>5</sup> Este es uno de los argumentos que utiliza la doctrina que plantea que el contrato de cuentas en participación tiene naturaleza societaria.

<sup>6</sup> Mensaje del Código Civil de Chile, de 1855, p. 7.

<sup>7</sup> Mensaje del Código de Comercio de Chile, de 1865, p. 1.

<sup>8</sup> Código Civil de Chile, de 1855, artículo 2061º: “La sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita, o anónima”.

<sup>9</sup> Mensaje del Código de Comercio de Chile, de 1865, p. 7.

participación como “*sociedades accidentales*”,<sup>10</sup> al igual que la regulación de esta figura en el Código de Comercio español de 1829.

En cuanto a la regulación actual, las cuentas en participación están reguladas en los artículos 507° al 511° del Código de Comercio (en adelante CCOM). En el artículo 507° el legislador entrega un concepto del contrato que reza: “*La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida*”.

Este concepto es más descriptivo que el que entrega el Código de Comercio español en el artículo 239°, que indica: “*Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen*”. El concepto entregado por el legislador de Chile permite acercarse un poco más a algunas de sus características e incluso obligaciones, como por ejemplo, la de rendir cuentas.

En los artículos 508° y 509° del CCOM, se regulan aspectos de forma, específicamente los requisitos para dar existencia al contrato. En particular, estas normas indican que la formación de la cuenta en participación no requiere las mismas solemnidades que las sociedades.<sup>11</sup> Entonces, ¿El contrato de Cuentas en participación se celebra mediante instrumento privado? La respuesta está en el inciso segundo del artículo 509° del CCOM,<sup>12</sup> que faculta a las partes a dar vida a la cuenta en participación, modificarla o disolverla a través de cualquier medio, incluso de manera consensual, vale decir, sin necesidad de contrato escrito.

El artículo 510° del CCOM<sup>13</sup> regula la administración de la asociación y las relaciones jurídicas con los terceros. Al respecto, afirma que sólo el gestor aparece frente a terceros y se reputa único dueño del negocio. Consecuente con eso, se refiere al gestor como administrador de la cuenta en participación, y confiere a los terceros acciones en contra de él, en esa calidad. En caso de que exista una cesión de los derechos del administrador o gestor a uno de ellos, la ley permite acciones del partícipe contra terceros y viceversa.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> TORRES (2018), p. 145.

<sup>11</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 508°: “*La participación no está sujeta en su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las sociedades. El convenio de los asociados determina el objeto, la forma, el interés y las condiciones de la participación*”.

<sup>12</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 509° inciso 2°: “*Su formación, modificación, disolución y liquidación pueden ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos y cualquiera otra prueba legal*”.

<sup>13</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 510°: “*El gestor es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación. Los terceros sólo tienen acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecen de ella contra los terceros. Unos y otros, sin embargo, podrán usar de las acciones del gerente en virtud de una cesión en forma*”.

<sup>14</sup> Este punto dará lugar a discusión en la hipótesis de una cesión de derechos del gestor a un tercero. Ello, por cuanto, la posibilidad de ceder derechos del administrador de la cuenta en participación a un tercero, dependerá de la posición que se adopte acerca de la naturaleza jurídica de esta figura (cuestión no tratada en este artículo), puesto que si se trata de una sociedad, sería una sociedad de personas, por su carácter *intuitu personae* y en este tipo societario la cesión requiere el acuerdo de los otros socios.

El artículo 511° del CCOM, a diferencia de la legislación española, indica expresamente la regulación supletoria ante el silencio de las partes. En efecto, afirma que se aplicarán a los derechos y obligaciones entre los partícipes, los mismos que se aplican a los socios en las sociedades mercantiles.<sup>15</sup>

### III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

Previo al análisis de este tópico, es menester aclarar que el lector encontrará en estas páginas poca referencia a doctrina chilena, no por omisión intencional de este autor o por falta de investigación, sino porque existe una falta de tratamiento tanto de este contrato como de la temática de este título en los autores chilenos. De ahí la necesidad de recurrir a la doctrina española, en todo aquello que sea compatible con la regulación chilena. Además, las características legales del contrato en estudio no difieren mucho en uno y otro país, al contrario, encuentra su raíz común en las fuentes de inspiración de los códigos de comercio, su redacción y porque a la lectura exegética de cada normativa, encontramos una similitud sustantiva.<sup>16</sup>

La mayoría de la doctrina se refiere a las características de esta figura pero no coinciden en su contenido ni alcance. Cuando hablan de ellas suelen mezclarlas con los elementos, usarlos como sinónimos, y otros se refieren a características contractuales y otros a características especiales. En efecto, podemos agrupar la doctrina en tres grupos: 1) Los que predicen de esta institución características desde la perspectiva de la teoría general del contrato. Acá encontramos a autores como Jorge Serra,<sup>17</sup> Matías Zegers con Roberto Guerrero,<sup>18</sup> Adolfo Ruiz,<sup>19</sup> entre otros. 2) Los que confunden las características con los elementos. Ubicamos a Gual Dalmau<sup>20</sup> y a Arantza Martínez<sup>21</sup> 3) los que aportan características especiales sin distinguirlas con las del primer grupo. Acá se ubica Álvaro Puelma,<sup>22</sup> Gabriel Palma,<sup>23</sup> Ricardo Sandoval<sup>24</sup> y José Barba.<sup>25</sup>

---

<sup>15</sup> Esto podría ser indicativo que la discusión acerca de la naturaleza jurídica es inocua, puesto que ya estaría resuelto por esta norma. Sin embargo, nos parece que determinar la naturaleza de las cuentas en participación sigue teniendo relevancia en la aplicación práctica de esta figura, por cuanto la referencia del legislador en el artículo 511°, no resuelve todos los conflictos jurídicos derivados de determinar la normativa supletoria.

<sup>16</sup> Sin perjuicio de algunas diferencias puntuales, pero que no afectan a la regulación de fondo. (en cuanto a régimen supletorio y a la liquidación).

<sup>17</sup> SERRA y CANO (1991), p. 31.

<sup>18</sup> GUERRERO y ZEGERS (2014), pp. 155-156.

<sup>19</sup> RUIZ DE VELASCO (1999), p. 446.

<sup>20</sup> GUAL (1993), pp. 187-201.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ (2011), pp. 112-147.

<sup>22</sup> PUELMA (2006), p. 184.

<sup>23</sup> PALMA (1936), p. 184.

<sup>24</sup> SANDOVAL (2007), pp. 85-86.

<sup>25</sup> BARBA DE VEGA (2017), pp. 1457-1460.

Nosotros abordaremos este punto distinguiendo, por un lado, las características generales del contrato y por otro las características especiales.

## A. Generales

Sin perjuicio de la posición acerca de la naturaleza de la institución en estudio, en este acápite nos referiremos a las características de las cuentas en participación a la luz de la teoría general del contrato. Desde esta perspectiva consideramos que las características son: 1. Consensual; 2. Bilateral; 3. Oneroso; 4. Aleatorio; 5. *Intuitu personae*.

### 1. Consensual

En Chile la regla general está dada por el artículo 1443° del Código Civil, que regula los contratos consensuales. Estos se caracterizan por que no requieren ninguna solemnidad ni formalidad para nacer a la vida jurídica, solo basta el consentimiento de las partes acerca de los elementos del contrato.<sup>26</sup> Las cuentas en participación son consensuales,<sup>27</sup> en virtud de lo dispuesto en el artículo 507° y reforzado por el 508° del Código de Comercio de Chile. Al respecto el artículo 507° ofrece un concepto de la institución y sus principales características, y no exige solemnidad alguna ni siquiera la simple escrituración.<sup>28</sup> Por otro lado el artículo 508° inciso primero del CCOM establece que su constitución no está sujeta a las solemnidades prescritas para la constitución de sociedades.<sup>29</sup>

Respecto de la prueba de la existencia del contrato el inciso 2° del artículo 509° del Código de Comercio reza que “*Su formación, modificación, disolución y liquidación pueden ser establecidas con los libros, correspondencia, testigos y cualquiera otra prueba legal.*”. Por lo tanto, y en virtud de la regulación indicada, la prueba de testigos es lícita con respecto al contrato de cuentas en participación y su existencia. Para algunos esta afirmación podría, eventualmente, pugnar con la regulación del Código civil en relación a la prueba de testigos, en particular con lo dispuesto en los artículos 1708°<sup>30</sup> y 1709°<sup>31</sup> del Código Civil. Sin embargo, el Código de Comercio admite expresamente la prueba de testigos en el artículo 128° que reza “*La prueba de testigos es admisible en negocios mercantiles, cualquiera que sea la cantidad que importe la obligación que se trate de probar, salvo los casos en que la ley exija escritura*”.

---

<sup>26</sup> Díez-PICAZO y GUILLÓN (1998), p. 27.

<sup>27</sup> VÁSQUEZ (2019), p. 125; TORRES (2018), p. 146; BAEZA (2008), p. 819.

<sup>28</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 507°: “*La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.*”.

<sup>29</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 508°: “*La participación no está sujeta en su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las sociedades. El convenio de los asociados determina el objeto, la forma, el interés y las condiciones de la participación.*”.

<sup>30</sup> Código Civil de Chile, de 1855, artículo 1708°: “*No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito.*”.

<sup>31</sup> Código Civil de Chile, de 1855, artículo 1709°: “*deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias.*”.

*pública*”. En virtud del principio de especialidad establecido en el artículo 4° del Código Civil,<sup>32</sup> las disposiciones del Código de Comercio se aplicarán con preferencia a las del Código Civil, por tanto, al establecer expresamente el Código de Comercio la admisibilidad de la prueba de testigos, ello no implica una vulneración del artículo 1708° y 1709° del Código Civil, por la existencia de la norma especial ya indicada.

A pesar de lo señalado hay que tener presente lo indicado por el SII que a propósito del aporte ha indicado que *“la respectiva participación se acreditará con los correspondientes registros contables del gestor, medio que además debe ser complementado con la escritura notarial donde se establece el monto de los aportes que conforma la participación y la forma y condiciones en que se debe repartir el resultado que se obtenga por dicha asociación, así como con los demás medios de prueba que admite la ley”*.<sup>33</sup> En nuestra opinión esta interpretación del Servicio de Impuestos Internos podría ser contraria al principio de reserva legal, por cuanto, por un lado, las normas del CCOM citadas indican expresamente que el contrato se podrá establecer sin sujeción a solemnidad alguna y podrá probarse por cualquier medio probatorio, incluida los testigos. Por otro lado el artículo 28° de la Ley de Impuesto a la Renta que regula la tributación de las cuentas en participación no exige ningún medio probatorio especial para probar la existencia de las cuentas en participación, puesto que solo indica que *“Las rentas que correspondan a los partícipes se considerarán para el cálculo del impuesto que les corresponda, sólo en el caso que se pruebe la efectividad, condiciones y monto de la respectiva participación”*.

En línea con lo anterior, podemos decir que una situación distinta es el caso en que el aporte del partícipe consista en un bien que deba inscribirse en un registro público para su tradición, como el caso de los bienes inmuebles, cuya tradición en Chile se efectúa mediante la competente inscripción en el registro del Conservador de bienes raíces. Por lo demás esta ha sido la opinión de una parte importante de la doctrina.<sup>34</sup>

La escasa regulación de esta figura, permite que la autonomía de la voluntad se exprese con mayor fuerza en los contratantes,<sup>35</sup> tanto así que incluso puede probarse la existencia del contrato mediante testigos. Sin embargo, es recomendable que la asociación quede contenida en algún instrumento jurídico, aunque sea privado, porque de otra manera serán los jueces del fondo, mediante un juicio de lato conocimiento, los que deberán calificar la naturaleza jurídica de la relación comercial entre las partes. En esta misma línea se han pronunciado la jurisprudencia nacional.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Código Civil de Chile, de 1855, artículo 4°: *“Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código”*.

<sup>33</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2003).

<sup>34</sup> SANDOVAL (2007), p. 86; GUAL (1993), p. 208; entre otros.

<sup>35</sup> VÁSQUEZ (2019), p. 126.

<sup>36</sup> Cabezas Escobar Dom con Peña Faundez (2010).



## 2. Bilateral

Los contratos bilaterales son aquellos en que ambas partes resultan obligadas recíprocamente.<sup>37</sup> En este sentido el contrato de cuentas en participación genera derechos y obligaciones recíprocas entre las partes,<sup>38</sup> que entre las más importantes están por un lado, la obligación de aportar y por otra, la obligación de gestionar (que es una forma de aportar). Ambos son deudores y acreedores recíprocos, el partícipe puede exigir al gestor cuenta de la gestión y el gestor puede exigir al partícipe el aporte.<sup>39</sup> Por lo tanto, el contrato de cuentas en participación tiene el carácter de bilateral.<sup>40</sup>

A pesar de que la opinión mayoritaria de la doctrina chilena y española se inclina en caracterizar a las cuentas en participación como un contrato bilateral, existe una posición minoritaria en la doctrina española representada por el profesor Manuel Broseta,<sup>41-42</sup> y por Adolfo Ruiz,<sup>43</sup> quienes han planteado que el contrato puede ser unilateral o bilateral.

Un tema que surge a propósito de esta característica es si es factible la pluralidad de gestores o de partícipes y por otro si uno u otro pueden ser persona jurídica.<sup>44</sup> En cuanto al primer punto, consideramos que de un examen de las normas del Código de Comercio podemos concluir que es factible la pluralidad de partícipes, atendido el tenor literal del artículo 507° del CCOM. Que en lo pertinente indica “*La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes*”. Cosa distinta sucede con el gestor, que a nuestro juicio solo puede ser uno.<sup>45</sup> En relación con la posibilidad de que una de las partes o ambas sean persona jurídica, hay que considerar que autores como Bercovitz,<sup>46</sup> Broseta Pont,<sup>47</sup> Antonio Millán,<sup>48</sup> Vásquez Palma<sup>49</sup> y Arantza Martínez,<sup>50</sup> están de acuerdo en que el gestor puede ser tanto una persona jurídica como una persona natural. El SII en el oficio 2780 del año 2019, manifestó

---

<sup>37</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1998), p. 27.

<sup>38</sup> VÁSQUEZ (2019), p. 125.

<sup>39</sup> Sin perjuicio de la existencia de otros derechos y obligaciones entre las partes, pero los mencionados son los más importantes.

<sup>40</sup> En este mismo sentido CONTRERAS (2011), p. 819; VÁSQUEZ (2019), p. 125.

<sup>41</sup> BROSETA y MARTÍNEZ (2022), p. 350.

<sup>42</sup> Es menester considerar que muchas posiciones doctrinales contenidas en el manual de derecho mercantil del profesor Broseta Pont, han cambiado desde la muerte de su autor principal, por influencia de la edición que año a año realiza el profesor Fernando Martínez Sanz.

<sup>43</sup> RUIZ DE VELASCO (1999), p. 434.

<sup>44</sup> Este es un tema más propio de los elementos subjetivos del contrato, más que de las características. Sin embargo, hemos optado por entregar un breve análisis al respecto atendido su impacto práctico.

<sup>45</sup> En el mismo sentido, CONTRERAS (2011).

<sup>46</sup> BERCOVITZ ET AL (2018), p. 172.

<sup>47</sup> BROSETA y MARTÍNEZ (2022), p. 349.

<sup>48</sup> MILLÁN (2017), p. 223.

<sup>49</sup> VÁSQUEZ (2019), p. 121.

<sup>50</sup> MARTÍNEZ (2011), p. 149.

su conformidad con el hecho de que la cuenta en participación pueda celebrarse entre personas jurídicas, haciendo la precisión que los asociados personas jurídicas son distinguibles de la asociación que carece de personalidad jurídica.<sup>51</sup>

### 3. Oneroso

El artículo 1440° del Código Civil chileno reza que el contrato es oneroso “*cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro*”. Esta característica se predica de aquellos contratos en que ambas partes tienen obligaciones y ventajas económicas recíprocas. El contrato de cuentas en participación es un contrato oneroso, conclusión que no deriva necesariamente de su carácter bilateral,<sup>52</sup> sino más bien por sus rasgos distintivos, en la que tanto el participe como el gestor se gravan en favor del otro, asumiendo obligaciones recíprocas y participando ambos en las ganancias o pérdidas. Para Roberto Guerrero y Matías Zegers esta característica se reduce a que esta institución persigue fin de lucro.<sup>53</sup>

### 4. Conmutativo

El artículo 1441° del Código Civil de Chile reza que “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio*”. Como podemos observar, este artículo entrega una definición tanto del contrato oneroso conmutativo como del oneroso aleatorio, radicando la diferencia en la incertidumbre de la equivalencia de las obligaciones de las partes. A nuestro parecer el contrato de cuentas en participación es un contrato conmutativo, puesto que el aporte de cada parte se mira como equivalente al de la otra. Así el participe se obliga a un aporte de contenido patrimonial y el gestor a su vez se obliga a aplicar ese aporte a un negocio en particular, previamente pactado. Tanto así, que en caso de aplicar el aporte a otros fines no pactados en el contrato, podría significar que el gestor estaría eventualmente cometiendo el delito de defraudación por distracción de fondos.<sup>54</sup>

En la doctrina Española existe una posición distinta a la nuestra, representada por Sánchez Calero, quien considera que el participe está sometido al *alea* del negocio.<sup>55</sup> De las palabras de este autor, deducimos que él le atribuye a este contrato el carácter de contrato oneroso aleatorio, a pesar de que él no se refiere a las características de esta institución desde la perspectiva del derecho de los contratos.

---

<sup>51</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2019).

<sup>52</sup> Si bien la regla general es que los contratos bilaterales a su vez sean onerosos, existen casos de contratos bilaterales gratuitos, como el contrato de mandato no remunerado y el contrato de donación con cargas.

<sup>53</sup> GUERRERO y ZEGERS (2014), p. 155.

<sup>54</sup> BAEZA (2008), p. 821.

<sup>55</sup> SÁNCHEZ y SÁNCHEZ (2015), p. 393.

## 5. Intuito Personae

Un contrato es *intuitu personae* debido a las características particulares que cada una de las partes representa en la otra, así estos rasgos son relevantes y decisivos a la hora de contratar, por lo que resulta ser un contrato de confianza.<sup>56</sup> Por cierto el contrato de cuentas en participación es *intuitu personae*<sup>57</sup> y esta característica se muestra de manera más clara en la relación desde el participe al gestor, de manera que este solo contratará con una persona que reúna ciertas características y le inspire cierta confianza, atendido que estará a cargo de la administración y ejecución del patrimonio común.

### B. Especiales

En este acápite revisaremos las características propias de este contrato que la distinguen de otros contratos del ordenamiento jurídico chileno.

#### 1. Ausencia de personalidad jurídica

El legislador chileno de manera expresa ha predicado que las cuentas en participación carecen de persona jurídica, así en el artículo 509° inciso 1° afirma que “*La participación es esencialmente privada, no constituye una persona jurídica, y carece de razón social, patrimonio colectivo y domicilio*”. Esto implica que en la relación con los terceros no existirá un ente distinto de las partes, y solo el gestor se relacionará con los terceros.

Esta característica va a implicar las siguientes consecuencias: 1) El gestor pondrá en riesgo su patrimonio personal y los bienes o recursos que el participe le haya entregado en propiedad para el desarrollo de la asociación. 2) No tiene domicilio propio, ni razón social, ni patrimonio común distinto al de los asociados.<sup>58</sup> 3) No puede ser representada. 4) No puede contraer obligaciones ni ejercer derechos 5) Los terceros solo tendrán acción contra el gestor y nunca contra el participe. 6) Por expresa disposición del artículo 28° del Código Tributario de Chile, el gestor será responsable exclusivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias referentes a las operaciones que constituyan el giro de la asociación.<sup>59</sup>

#### 2. Ausencia de Patrimonio Común

La mayoría de la doctrina tanto chilena como española plantea que este es un requisito característico de las cuentas en participación. Algunos con mayor precisión, apuntan a que no existe patrimonio

---

<sup>56</sup> VÁSQUEZ (2019), p. 125.

<sup>57</sup> TORRES (2018), p. 144.

<sup>58</sup> SANDOVAL (2007), p. 86.

<sup>59</sup> Código Tributario de Chile, de 1974, artículo 28°: “El gestor de una asociación o cuentas en participación y de cualquier encargo fiduciario, será responsable exclusivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias referente a las operaciones que constituyan el giro de la asociación u objeto del encargo. Las rentas que correspondan a los partícipes se considerarán para el cálculo del impuesto que les corresponda, sólo en el caso que se pruebe la efectividad, condiciones y monto de la respectiva participación”.

común distinguible de los partícipes. En este punto encontraremos la opinión de Arantza Martínez<sup>60</sup> y Guerrero y Zegers.<sup>61</sup>

Otros como Gual Dalmau,<sup>62</sup> Bercovitz y Sánchez Calero,<sup>63</sup> Rodrigo Uría<sup>64</sup> y Antonio Millán,<sup>65</sup> opinan que no existe patrimonio común en ningún sentido, solo el patrimonio del gestor. Nosotros consideramos que existe un patrimonio del contrato de cuentas en participación, de otra manera no existirían medios para llevar a cabo la ejecución del negocio. La diferencia radica en que este patrimonio está bajo la administración del gestor, pero distinguible del resto de su patrimonio, puesto que tiene la obligación de llevar contabilidad del contrato de asociación,<sup>66</sup> cuestión que además es exigencia del SII para los efectos de la tributación correspondiente.<sup>67</sup> Esto es coherente con el tratamiento tributario de esta figura, puesto que el Servicio de impuestos internos de Chile ha entendido que el contrato debe determinar con precisión los bienes que se aporten para el desarrollo del negocio, puesto que esto impactará por ejemplo, en la aplicación de las normas de depreciación. Esto último ha sido referido y reafirmado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile, en sentencia de casación, que en lo pertinente indica:

*“Quinto: Que, en lo relativo a la depreciación, para resolver el asunto cabe reiterar que es un hecho de la causa que la asociación tiene el usufructo de todos los productos, terrenos, construcciones y obras, maquinarias y equipos, concesiones, arriendos y seguros aportados en la asociación por Salmenes Camanchaca S.A. Sobre esta clase de gasto se pronuncia el artículo 31 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta, que prescribe que procede la deducción, en cuanto se relacione con el giro del negocio, de “Una cuota anual de depreciación por los bienes físicos del activo inmovilizado a contar de su utilización en la empresa, calculada sobre el valor neto de los bienes a la fecha del balance respectivo, una vez efectuada la revalorización obligatoria que dispone el artículo 41°”.<sup>68</sup>*

Como es posible advertir, la norma establece en forma clara que es posible deducir como gasto una cuota de la depreciación de los bienes físicos del activo inmovilizado. La sentencia le ha dado una aplicación correcta al artículo 31 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta de Chile,<sup>69</sup> atendido que los

---

<sup>60</sup> MARTÍNEZ (2011), p. 131.

<sup>61</sup> GUERRERO Y ZEGERS (2014), p. 156.

<sup>62</sup> GUAL (1993), p. 211.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ CALERO Y SÁNCHEZ (2015), p. 392.

<sup>64</sup> URÍA (2000), p. 178.

<sup>65</sup> MILLÁN (2017), p. 223.

<sup>66</sup> DUMAY (2017), p. 9.

<sup>67</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2022): Para estos efectos, el gestor deberá controlar contablemente en forma separada los activos y pasivos que corresponden al contrato, con el fin de ser utilizados para determinar los registros tributarios (RAI, DDAN, REX y SAC), control del reparto de utilidades, rendición de cuentas, entre otros.

<sup>68</sup> Cía. Pesquera Camanchaca S.A. con S.I.I., Dirección Regional de Concepción (2014).

<sup>69</sup> Ley de impuesto a la renta, de 1974, artículo 31°: “Procederá la deducción de los siguientes gastos especiales, siempre que, además de los requisitos que para cada caso se señalen, cumplan los requisitos generales de los gastos a que se refiere el inciso primero, en la medida que a estos últimos les sean aplicables estos requisitos generales conforme a la naturaleza del gasto respectivo: n° 5 Una cuota anual de depreciación por los bienes físicos del activo inmovilizado a contar de su utilización en la empresa, calculada sobre el

hechos de la causa dejan en evidencia que la depreciación ha sido descontada por la contribuyente a pesar de no ser procedente. En efecto, no resulta legal que la asociación haya declarado este gasto, debido a que los inmuebles a que se refiere no forman parte del referido activo físico, sino que a su respecto sólo posee derechos de uso y goce. En consecuencia, al no haber transferido la propiedad al patrimonio del gestor, no es factible que este declare su cuota de esa depreciación como un gasto.

De la sentencia citada podemos concluir que debe existir un patrimonio de la asociación, con la diferencia que no estará radicado en una persona jurídica distinta de las partes, sino que quedará radicado en el patrimonio del gestor, pero, contablemente separado del resto de su patrimonio, y considerado como un patrimonio afecto desde el punto de vista tributario, de esta manera, a ese patrimonio se le podrán imputar gastos tributarios, aplicar depreciaciones, entre otros, y los partícipes podrán beneficiarse de los gastos y de la depreciación de manera proporcional a su participación, para efectos de imputarlo a la base imponible del impuesto global complementario o impuesto de primera categoría según sea el caso.<sup>70</sup> El SII, mediante el oficio N° 307, del 27 de enero de 2000 ha indicado que el medio de prueba con que se debe determinar las condiciones y monto de la participación en un contrato de este tipo, son los libros contables del gestor.<sup>71</sup>

José Barba<sup>72</sup> junto con afirmar que no existe patrimonio común agrega que, en la redacción del contrato cualquier mención a la existencia del patrimonio común, dará lugar a una interpretación jurisprudencial del carácter societario de la figura, lo que generaría como consecuencia que se le aplicarían al contrato las normas de las sociedades colectivas, generando como consecuencia, entre otras cosas, el surgimiento de la responsabilidad del partícipe frente a terceros.<sup>73</sup>

### 3. Carácter mercantil

En este punto nos centraremos en el análisis del carácter mercantil de los negocios que son objeto del contrato de cuentas en participación.<sup>74</sup>

En este sentido hay autores que plantean que la cuenta en participación puede tener carácter mercantil o civil, contrario a lo que nosotros consideramos, puesto que el tenor de la ley es claro y está expresado en el artículo 507° del Código de Comercio en el que afirma que “es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles”. Como podemos ob-

---

valor neto de los bienes a la fecha del balance respectivo, una vez efectuada la revalorización obligatoria que dispone el artículo 41°”.

<sup>70</sup> Por regla general, el impuesto de primera categoría se aplica a las personas jurídicas y el impuesto global complementario a las personas naturales.

<sup>71</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2000).

<sup>72</sup> BARBA DE VEGA (2017), p. 1458.

<sup>73</sup> Esta interpretación entiéndase referida al contexto de la regulación mercantil española.

<sup>74</sup> No nos referiremos a la calidad de comerciante de las partes, puesto que esa materia es parte del estudio de los elementos del contrato. Sin embargo y a modo aclaratorio, este autor llama a considerar dos puntos centrales de esto antes de tomar una posición propia: en primer lugar, el tenor literal del artículo 507° del CCOM que se refiere a “comerciantes”, y la posición del SII en al menos los oficios 353/2013 (Dirección regional metropolitana oriente) y el oficio 530/2022, en el que el órgano tributario afirma la exigencia de que ambas partes sean comerciantes.

servar el legislador ha indicado que las operaciones que va a desarrollar la asociación serán mercantiles, mismo criterio tiene el SII.<sup>75</sup>

Debemos analizar las actividades que desarrollara el gestor, separándolas de las que desarrolle en ejercicio de su empresa que está fuera del contenido de la asociación. En este punto, será clave el contenido del contrato, puesto que deberá estar claramente determinado el objeto del mismo y por ende los negocios a los que se abocará el gestor en cumplimiento de la cuenta en participación. Disentimos con autores que plantean que para que la cuenta en participación tenga el carácter de mercantil el gestor debe dedicarse a actividades mercantiles.<sup>76</sup> Nos parece que esta idea podría representar una interpretación forzada, puesto que perfectamente el gestor puede ejercer otro tipo de actividades no mercantiles y a propósito de la celebración de la cuenta en participación ejercer o ejecutar operaciones mercantiles.

Consideramos que el carácter mercantil debe analizarse a la luz de las operaciones económicas que desarrolle la asociación, puesto que nos parece ser la interpretación más ajustada al tenor de la regulación chilena, debido a que el artículo 507º se refiere a operaciones mercantiles, de la asociación, no de las partes.

A pesar de lo indicado, es menester hacernos cargo de si es necesario que una o ambas partes tengan la calidad de comerciante. A este respecto hay que distinguir. En cuanto al gestor el artículo 507º del CCOM reza que *“La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”*.

Como hemos observado, el legislador chileno se refiere a las partes como comerciantes, por lo que, del tenor literal de la norma, podríamos llegar a la conclusión que ambas partes requieren ser comerciantes para celebrar el contrato de cuentas en participación. Sin embargo, en la doctrina chilena, la posición mayoritaria afirma que no es exigencia que las partes tengan la calidad de comerciantes, a pesar del tenor literal de la norma.<sup>77</sup> La doctrina española por su parte, se encuentra dividida. Una parte plantea que no es un requisito de las cuentas en participación el carácter mercantil de ninguna de las partes,<sup>78</sup> otra parte estima que el carácter mercantil es solo predicable del gestor y no del partícipe,<sup>79</sup> agrega Gual Dalmau, que esta última es la posición mayoritaria de la jurisprudencia del

---

<sup>75</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2013), p. 1: *“(…) y debe tener como objetivo la realización de actos que se tipifiquen como operaciones mercantiles, conforme a las normas del artículo 3º del Código de Comercio”*.

<sup>76</sup> MARTÍNEZ (2011), p. 123.

<sup>77</sup> Encontramos en esta posición a: PUELMA (2006), p. 179; PALMA (1936), p. 184; MORAND (2008), p. 60; BAEZA (2008), p. 819.

<sup>78</sup> Véase a MARTÍNEZ (2011), pp. 123-127; BROSETA (2022), p. 349; BERCOVITZ ET AL (2018), p. 172; RUÍZ (1999), p. 434.

<sup>79</sup> Véase a GUAL (1993), p. 188; SÁNCHEZ (2015), p. 391.

Tribunal Supremo español,<sup>80</sup> y finalmente algunos afirman que se requiere que ambas partes tengan la calidad de comerciantes.<sup>81</sup>

Nos llama la atención que la posición doctrinal mayoritaria de la doctrina chilena sea contraria al tenor literal de la norma y sin un razonamiento profundo acerca de los fundamentos que llevan a los autores citados a concluir dicha posición. En este sentido, Puelma es el único que hace un razonamiento normativo acerca de su posición contraria a la literalidad de la norma. En efecto, este autor indica que *“Reafirma nuestra tesis lo dispuesto en el art. 2060 del Código Civil, en cuanto permite que en una sociedad no comercial, pueda pactarse que ella se rija por las normas de las mercantiles, lo que precisamente ocurre, aun implícitamente, si entre dos o más no comerciantes se celebra una asociación o cuentas en participación”*.<sup>82</sup>

Nosotros consideramos que el carácter de comerciante del gestor no es un elemento de la esencia del contrato de cuentas en participación, de manera tal que su omisión no lo desnaturaliza. En la misma línea de Puelma, creemos que si el legislador ha permitido que los socios de una sociedad colectiva civil pacten someterse a la legislación mercantil, nada obsta a que los asociados en una cuenta en participación hagan lo mismo cuando no tengan la calidad de comerciantes. Ahora bien, sin embargo, en la investigación encontramos antecedentes históricos que darían cuenta que en la *commenda mercantil*, punto de partida de las cuentas en participación, los comendatarios eran por lo general mercaderes.<sup>83</sup>

En este punto, es preciso tener en consideración que el SII plantea que las partes deben ser comerciantes,<sup>84</sup> y ello, en nuestra opinión, tiene efectos tributarios importantes, por cuanto, en caso de que las partes no tengan esa calidad, no les será aplicable la normativa fiscal sobre la materia, lo que implicará que el participe, se verá privado de varios beneficios tributarios, como la depreciación acelerada, la contabilización de los gastos tributarios, y la justificación fiscal de su incremento patrimonial. Por ello es que el operador jurídico debe tener en cuenta esta perspectiva a la hora de asesorar o en el momento de la redacción de una asociación.

En esta misma línea se ha manifestado la excelentísima Corte de Apelaciones de Santiago, que en causa rol 8.161-2014, en el considerando único ha manifestado que: *“Que los antecedentes aportados por las partes resultan insuficientes para tener por acreditado que la demandante tiene la calidad de comerciante, de manera que no se cumple en la especie con los presupuestos que contempla el artículo 507 del Código de Comercio, que exige expresamente dicha calificación, requisito indispensable para tener por establecida la existencia de un contrato de asociación o cuentas en participación”*.<sup>85</sup>

---

<sup>80</sup> GUAL (1993), p. 189.

<sup>81</sup> PAZ-ARES (1999), p. 565.

<sup>82</sup> PUELMA (2006), p. 179.

<sup>83</sup> MARTÍNEZ (1999), p. 127.

<sup>84</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2013), p. 1: *“De la definición referida se desprende que la Asociación debe estar formada por dos o más comerciantes”*.

<sup>85</sup> Opazo Tapia Ivette con Ferrer y Padilla LTDA. (2014).

En cuanto al partícipe, tenemos la misma opinión que acerca del gestor. Sin embargo, es importante tener presente, de cara a la práctica jurídica, lo indicado por el SII en el oficio 530 del año 2022, donde afirma que la falta de calidad de comerciante del partícipe, desnaturaliza la cuenta, y podría revisarse como un encargo fiduciario, figura más genérica.<sup>86</sup>

Ahora ¿esto significa que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad no pueden asociarse para negocios de carácter civil? Claro que pueden, y en tal caso estaremos en presencia de un contrato de cuentas en participación atípico.

#### 4. ¿Sociedad oculta?

El concepto sociedad oculta obedece a una clasificación entre sociedad interna y sociedad externa. Ambos casos se diferencian por poseer una estructura jurídica distinta, así, en el caso de la sociedad interna, esta solo tiene vínculos obligacionales entre los socios pero no se vinculan en cuanto a efectos externos y organizativos, como si lo hace una sociedad externa. Por regla general, una sociedad interna es a su vez una sociedad oculta, entendiendo por esta *“aquella en que los socios no dan a conocer a terceros la existencia de la sociedad”*.<sup>87</sup>

Para la mayoría de la doctrina este es un rasgo característico de las cuentas en participación, dado que sin este rasgo la institución en estudio degeneraría en otra distinta. Autores como Gabriel Palma,<sup>88</sup> María Cristina Fernández,<sup>89</sup> Elías Izquierdo,<sup>90</sup> y Sánchez Calero,<sup>91</sup> entre otros, han llegado a la misma conclusión. Sin embargo, Gual Dalmau,<sup>92</sup> Fernández Novoa<sup>93</sup> y Martínez Balmaseda<sup>94</sup> tienen una opinión matizada sobre esto basándose en que si bien es una característica, no es esencial puesto que la sola revelación de la existencia de la cuenta no produce su desnaturalización, sino que simplemente podría generar efectos jurídicos en la relación con los terceros. En la misma línea se ha pronunciado José Barba, quien ha manifestado que el carácter oculto es una reminiscencia histórica, y que no implica mantener en secreto la existencia del contrato, sino que uno usar del crédito del partícipe frente a terceros.<sup>95</sup>

Consideramos que el carácter oculto de la cuenta en participación es un rasgo distintivo de la misma,

---

<sup>86</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2022).

<sup>87</sup> CABALLERO (2022), p. 91.

<sup>88</sup> PALMA (1936), p. 184.

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ (2009), p. 277.

<sup>90</sup> IZQUIERDO (1971), p. 739.

<sup>91</sup> SÁNCHEZ y SÁNCHEZ (2015), p. 391.

<sup>92</sup> GUAL (1993), p. 196.

<sup>93</sup> FERNÁNDEZ (1962), p. 431.

<sup>94</sup> MARTÍNEZ (2011), p. 116.

<sup>95</sup> BARBA DE VEGA (2017), p. 1459.



pero no hay que confundir esta característica con que la asociación deba ser secreta. Esta característica oculta es coherente con la obligación negativa del partícipe de no inmiscuirse en la gestión y de lo dispuesto en el artículo 510° del CCOM que reza “*El gestor es reputado único dueño del negocio en las relaciones externas que produce la participación (...)*”. Que el contrato de cuentas en participación sea oculto y no secreto significa que la revelación de la existencia de la cuenta en participación no implica una desnaturalización del contrato, es más, los terceros podrían tener conocimiento de la existencia del contrato, sin que eso signifique vulnerar su carácter oculto.<sup>96</sup> Creemos que la doctrina que considera esencial este carácter, llega a esa conclusión por reminiscencias históricas derivadas de la fuente normativa del Código de Comercio español y chileno, en especial el Código de Comercio francés, que en su tiempo disponía en el artículo 49° que “*Las asociaciones en participación son sociedades cuya existencia no se revela a los terceros*”.<sup>97</sup> Esta norma no fue recepcionada en la legislación española y chilena, de manera tal que desde sus inicios y hasta la fecha nunca ha existido en la regulación de ambos países una norma particular que afirme el secreto de la cuenta en participación. Un asunto distinto es que tanto el Código de Comercio español como el CCOM, han puesto de relieve que el gestor debe ejecutar el negocio bajo su nombre y crédito personal, de ahí que a *contrario sensu*, entendamos que la existencia de la asociación se mantiene oculta frente a terceros, pero esto no implica que la identidad del partícipe sea secreta o que el contrato en participación lo sea; solo se mantiene en el plano interno de la relación *interpartes*. El mantener oculta la asociación siempre ha sido más un interés del partícipe que del gestor, especialmente en aquellos casos en que el contrato se ha utilizado como vehículo para operar en el mercado para aquellas personas que por distintas razones no pueden hacerlo directamente. El carácter oculto de la cuenta se vulnera en el caso que las partes actúen de manera colectiva frente a terceros.<sup>98</sup>

Por tanto, sostenemos su carácter oculto con los bemoles indicados. En este sentido, revisaremos algunas hipótesis en que consideramos que revelar la existencia de la asociación y por ende la identidad del partícipe podría traer consecuencias jurídicas para las partes, pero en ningún caso una desnaturalización del contrato:

-Responsabilidad Penal: en el caso que el gestor revele la existencia del contrato con el objeto de tener más crédito en los negocios jurídicos sin la autorización del partícipe. En esta situación, el gestor podría ser objeto de la acción penal por el delito de estafa, atendido que el uso de la imagen y crédito del partícipe, considerando que las futuras acciones de los terceros se radicarán siempre en el patrimonio del gestor, podría ser esta circunstancia constitutiva de un engaño, que sumado a los otros elementos del tipo penal,<sup>99</sup> daría eventualmente lugar al delito de estafa cometido en con-

---

<sup>96</sup> SANDOVAL (2007), p. 86.

<sup>97</sup> MARTÍNEZ (2011), p. 114.

<sup>98</sup> SANDOVAL (2007), p. 86.

<sup>99</sup> El delito de estafa está tipificado en el artículo 467° y siguiente del Código Penal chileno. La figura genérica está regulada en el artículo 467° y la figura residual está establecida en el artículo 473 del Código indicado. Los elementos del delito de estafa según la mayoría de la doctrina chilena son: engaño, error, acto de disposición patrimonial y perjuicio. En la hipótesis podría tratarse de un tercero que celebra un negocio con el gestor, confiado en que detrás de él está la imagen y trayectoria del partícipe, pensando por engaño del gestor que además el partícipe responderá. Ante esto el tercero cierra un negocio que ejecutara el gestor, y que

tra del tercero, en caso que este pruebe, además, un perjuicio económico. Por cierto esta hipótesis obedece a un análisis del autor de este artículo, que a la fecha no ha encontrado jurisprudencia que la apoye. Sin embargo, en una circunstancia como la descrita el afectado podría recurrir a la figura penal indicada.

-Responsabilidad solidaria: para algunos autores revelar la existencia de la cuenta en participación podría generar una modificación en la responsabilidad del partícipe frente a terceros. En efecto Palma Rogers, estima que revelar la existencia de la cuenta en participación a terceros podría generar como consecuencia un cambio en la responsabilidad de las partes, en el sentido que el partícipe podría responder frente a las acciones de terceros, puesto que estos terceros podrían considerar que en la realidad se trata más bien de una sociedad colectiva de hecho,<sup>100</sup> y por disposición del artículo 356° del CCOM,<sup>101</sup> los socios de las sociedades colectivas de hecho, serán solidariamente responsables frente a terceros.

No estamos de acuerdo con esta posición, debido a que para calificar una sociedad como sociedad de hecho debe existir previamente un acto jurídico en el que los socios han manifestado su voluntad en torno a formar una sociedad, pero que por razones de omisión de las formas legales<sup>102</sup> no se ha llegado a formar. En el caso de las cuentas en participación, las partes no han manifestado interés en formar una sociedad colectiva, sino expresamente una cuenta en participación. Además, en la sociedad colectiva de hecho, los socios han consentido en formar una sociedad mediante la creación de un ente distinto y distinguible de los socios, una persona jurídica. Frente a terceros se comportan como socios, en cambio en la cuenta en participación los asociados no se manifiestan como tales frente a terceros,<sup>103</sup> al contrario, el partícipe busca permanecer oculto.

Por tanto, en caso de revelar la cuenta en participación a terceros, no genera como consecuencia que a ella se le apliquen las normas de las sociedades colectivas de hecho por las razones esgrimidas.

-Responsabilidad civil: Esta hipótesis se verifica en caso de que las partes hayan acordado una cláusula de confidencialidad, y el gestor revele la identidad del partícipe a los terceros, causando perjuicios al partícipe, en virtud de razones tales como, la imposibilidad del partícipe de ejercer el negocio de manera directa por existir alguna incompatibilidad legal o contractual. En este caso el partícipe tiene derecho a interponer la acción judicial por responsabilidad civil contractual.

---

al cabo de un tiempo no se logra el objetivo del negocio por negligencia del mismo. Ante ello el tercero presenta una demanda civil y esta se frustra porque el gestor no tiene patrimonio. En ese caso se cumplirían los requisitos de la estafa.

<sup>100</sup> PALMA (1936), p. 184.

<sup>101</sup> Código de Comercio de Chile, de 1865, artículo 356° inciso 3°: “Los miembros de la comunidad responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de ésta; y no podrán oponer a los terceros la falta de los instrumentos mencionados en el inciso primero. Los terceros podrán acreditar la existencia de hecho por cualquiera de los medios probatorios que reconoce este Código, y la prueba será apreciada de acuerdo a las reglas de la sana crítica”.

<sup>102</sup> El artículo 356° del Código de Comercio en su inciso primero se refiere a las formas jurídicas que sin las cuales la sociedad se considerará de hecho, y más específicamente una comunidad: “La sociedad que no conste de escritura pública, o de instrumento reducido a escritura pública o de instrumento protocolizado, es nula de pleno derecho y no podrá ser saneada”.

<sup>103</sup> SANDOVAL (2007), p. 86.

## IV. FUNCIONES DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN

### A. Funciones clásicas

La función clásica de las cuentas en participación se sitúa en su origen histórico en la *commenda medieval*, y consistía en ser un vehículo de inversión, primero, en el comercio marítimo, pero que después se extendió al comercio terrestre.<sup>104</sup> Así, y por muchos años, esta figura fue la responsable del impulso del desarrollo comercial europeo,<sup>105</sup> atendida la realidad de la época, en la que no existía la banca, y luego logró un impulso mayor cuando se regula la usura, que convierte a esta figura en una alternativa a los inversionistas.<sup>106</sup> Junto con ello, y como beneficio adicional, esta institución sirvió para que ciertas personas que, por razones legales o estatutarias no podían ejercer el comercio, encontraban en las cuentas en participación una alternativa de inversión, así pasó con los clérigos y los nobles. En definitiva, en la edad media el comercio marítimo se financiaba principalmente a través de dos instrumentos jurídicos la *commenda* y el *préstamo a la gruesa*.<sup>107</sup>

En la *commenda* el comerciante buscaba fondos para el financiamiento de sus operaciones, y con esta finalidad acudía a otros no mercaderes pero que eran parte de las clases sociales que poseían las riquezas en la época. El mercader ofrecía a los inversionistas participación en los resultados de la empresa por el financiamiento otorgado.<sup>108</sup>

Ahora bien, tradicionalmente las cuentas en participación se usaron para invertir en la empresa de otro y ocultarse frente a terceros, esta era la utilización clásica, que en primer lugar estuvo abocada al comercio marítimo, pero que con los años junto con la expansión hacia el comercio terrestre este instrumento migro también hacia allá.

Durante el periodo de la codificación, las cuentas en participación pasaron a servir de mecanismo de inversión, de manera que se presentaba como una ventaja para el inversionista en el sentido de que podía participar de los resultados económicos de un negocio sin necesidad de colaborar en la administración, sin arriesgar mayor capital,<sup>109</sup> aprovechando la estructura de negocios del gestor y pudiendo mantenerse oculto frente a terceros.<sup>110</sup> A su vez, la cuenta en participación ha servido para que los inversionistas que no tengan interés en revelar su calidad a terceros, puedan realizar actividad mercantil a través de esta asociación de manera legal y pudiendo acceder a las ganancias del negocio.<sup>111</sup>

---

<sup>104</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 251.

<sup>105</sup> GUAL (1993), pp. 53-54; MILLÁN (2017), p. 222; MARTÍNEZ (2012), p. 255.

<sup>106</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 255.

<sup>107</sup> ALFARO (2022).

<sup>108</sup> GUAL (1993), pp. 231-232.

<sup>109</sup> BERCOVITZ ET AL (2018), p. 169.

<sup>110</sup> BROSETA Y MARTÍNEZ (2022), p. 349.

<sup>111</sup> MILLÁN (2017), p. 223; MARTÍNEZ (2012), pp. 253-254.

Luego, durante etapas más avanzadas en España, y atendida la regulación de ciertos mercados, por ejemplo, el de las farmacias, que exige que sólo quienes cuenten con el título de farmacéuticos puedan desarrollar ese mercado, se permitió que las cuentas en participación jugaran un rol preponderante a la hora de buscar inversionistas para este negocio.

## **B. Nuevas funciones**

Las cuentas en participación siguen utilizándose por los operadores jurídicos, prueba de ellos es la cantidad importante de jurisprudencia que existe en torno a ellas,<sup>112</sup> y de la constante actualización de la regulación administrativa en el plano tributario a través del SII. Cuando hablamos de nuevas funciones nos referimos a la función principal de financiamiento, pero aplicada ahora a nuevos negocios y necesidades del mercado.<sup>113</sup>

El contrato de cuentas en participación se enfrenta a nuevas formas de funcionamiento, pero con la misma regulación que tiene desde sus orígenes, por lo que al mirar estas funciones debemos adaptar la regulación y el régimen supletorio a esta nueva realidad de los mercados.<sup>114</sup> El auge de la tecnología en el mundo y también en el desarrollo económico es también uno de los factores que va a incidir en nuevos usos del contrato de cuentas en participación.

Este es un instrumento útil que además cuenta con características que lo hacen idóneo para nuevas modalidades de uso, entre ellas su remarcado acento en la autonomía de la voluntad, su ausencia de formalidades para su constitución, y su carácter flexible,<sup>115</sup> que lo convierten en una alternativa idónea para dar soporte jurídico al financiamiento empresarial.

Su función actual sigue circunscrita al financiamiento empresarial pero aplicado a nuevas modalidades de negocios. Por lo tanto es y sigue siendo un útil instrumento,<sup>116</sup> enfocado para aquellos casos en lo que el financista desea ocultarse de terceros, limitar su responsabilidad, no invertir tiempo y esfuerzo en el desarrollo del negocio y al contrario aprovechar la ventaja de un asociado que ya cuenta con una estructura empresarial o conoce del rubro a invertir. Jesús Alfaro agrega que sus funciones modernas no están orientadas a financiar capital fijo sino el circulante necesario<sup>117</sup> ya sea para el crecimiento del negocio, para el desarrollo de un nuevo giro o la apertura de nuevos mercados, entre otros.

Las funciones que vamos a analizar, las revisaremos a la luz de las características de las cuentas en participación, para ver si estos nuevos usos son compatibles con un contrato de este tipo.

---

<sup>112</sup> GIMENO (2022), p. 51.

<sup>113</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 256.

<sup>114</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 256.

<sup>115</sup> BROSETA y MARTÍNEZ (2022), p. 349; GIMENO (2022), p. 52.

<sup>116</sup> ALFARO (2017).

<sup>117</sup> ALFARO (2017).

## 1. Subparticipación

La Subparticipación es una sociedad sin persona jurídica,<sup>118</sup> regulada expresamente por el legislador chileno en el artículo 2088° del Código Civil, que reza: “Ningún socio, aun ejerciendo las más amplias facultades administrativas, puede incorporar a un tercero en la sociedad, sin el consentimiento de sus consocios; pero puede sin este consentimiento asociarle a sí mismo, y se formará entonces entre él y el tercero una sociedad particular, que sólo será relativa a la parte del socio antiguo en la primera sociedad”.

En este instrumento existen dos socios, el socio antiguo u original y el tercero en calidad de socio en la parte del socio antiguo en la sociedad. Esta figura comparte algunos rasgos comunes con las cuentas en participación, entre ellos la ausencia de personalidad jurídica, el carácter de sociedad interna, y la participación en ganancias y pérdidas. Se trata de una sociedad interna, reconocida expresamente por el legislador, y que al no tener una manifestación externa, uno de los socios permanece oculto a los terceros, haciéndose cargo de la gestión el otro socio. La diferencia con las cuentas en participación es que esta figura está regulada para el ámbito del derecho civil y para un negocio particular, el compartir la propiedad en una cuota de participación societaria de una sociedad colectiva civil.

La Subparticipación está regulada en el contexto de las sociedades colectivas, y es una fórmula que permite que un socio haga participe a un tercero de sus derechos sociales sin la necesidad de contar con el consentimiento de sus consocios, puesto que se trata solo de una sociedad interna. A pesar de que estar regulada para las sociedades personalistas, también puede utilizarse en las participaciones en sociedades de capital.<sup>119</sup>

La estructura y características de la Subparticipación nos permiten considerarla como “una variante de las cuentas en participación en el ámbito civil”,<sup>120</sup> por lo que vemos en ella otra funcionalidad de este contrato. Desde la categorización, la Subparticipación es una especie de cuenta en participación aplicada a los negocios civiles.

## 2. Crowdfunding

En cuanto a esta nueva función, es menester aclarar, que a diferencia de otras funciones que hemos observado, hasta la fecha no hemos encontrado un ejemplo concreto en la práctica jurídica chilena, sin embargo, lo planteamos como nueva función en consideración a que el contrato de cuentas en participación, creemos, es el instrumento jurídico idóneo en relación a las características de las relaciones jurídicas que nacen del *crowdfunding*.<sup>121</sup>

---

<sup>118</sup> CABALLERO (2022), p. 88.

<sup>119</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 264.

<sup>120</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 265.

<sup>121</sup> A pesar de que el *crowdfunding* está regulada en la ley FINTEC, en esta no están reguladas las relaciones jurídicas que se crean entre las partes involucradas, y solo regula los requisitos para operar como plataforma de inversión colectiva y su inscripción en la Comisión para el Mercado Financiero.

Pues bien, el *crowdfunding* se inserta en una sociedad en la que la forma de ejercer el comercio, de organizar la empresa y de afrontar los desafíos comerciales ha cambiado. Asistimos a una revolución digital que en el plano mercantil ha implicado negociaciones electrónicas de los activos financieros,<sup>122</sup> contratos y servicios bancarios electrónicos, inteligencia artificial en manejo de carteras financieras, financiamiento empresarial a través de plataformas digitales, entre otras.

Esta revolución, debido al crecimiento acelerado de la tecnología, ha propiciado un ambiente de intercambio instantáneo de información, que genera operaciones económicas veloces, impactos inmediatos en los mercados, reemplazo de sucursales físicas por virtuales,<sup>123</sup> y en definitiva se ha moldeado una época en la que al igual que las demás áreas de la vida humana, las dinámicas mercantiles se han empapado de tecnología, generando lo que Barona Vilar llama “*algoritmización de la vida, el derecho y la justicia*”.<sup>124</sup>

En este contexto nos encontramos con las FINTEC, que según el *financial stability board*, consisten en la innovación tecnológica habilitada en los servicios financieros.<sup>125</sup> Dentro de esos servicios financieros de innovación tecnológica, encontramos al *crowdfunding*.

Hasta el año 2022, en Chile no existía regulación acerca de las FINTEC, sin perjuicio que los servicios financieros a través de medios tecnológicos ya eran una realidad presente en el país desde hace aproximadamente 10 años, pero que tuvo un notorio impulso a propósito de la pandemia por COVID-19,<sup>126</sup> transcurrida entre los años 2019 a 2021.<sup>127</sup>

Como respuesta al desarrollo de las FINTEC en Chile, el 22 de diciembre del año 2022 se promulgó la denominada Ley FINTEC, N° 21.521 sobre prestación de servicios financieros a través de plataformas tecnológicas, que incluyó al *crowdfunding*.

El *crowdfunding* es un sistema de financiamiento colectivo que permite conectar a inversores y oferentes de proyectos a través de una plataforma digital, generalmente una web,<sup>128</sup> para que los primeros conozcan el proyecto y decidan invertir, de manera tal que los segundos consiguen el capital que requieren para la ejecución del negocio. Existen varias modalidades, pero para efectos de las cuentas en participación, nos fijaremos en el *crowdfunding* de inversión.

Consideramos que el contrato de cuentas en participación es la figura ideal para cristalizar la relación jurídica entre el inversionista y el oferente de un proyecto. Atendido que estos mecanismos se des-

---

<sup>122</sup> ALONSO y CARRIO (2019), p. 149.

<sup>123</sup> GILSANZ (2021), p. 170.

<sup>124</sup> BARONA (2021).

<sup>125</sup> FINANCIAL STABILITY BOARD (2022).

<sup>126</sup> INVEST CHILE (2023).

<sup>127</sup> DIARIO CONSTITUCIONAL (2022).

<sup>128</sup> ABARCA (2018), p. 4.

envuelven en la red de internet, es necesario dotar de contratos electrónicos de cuenta en participación y en el que las partes los suscriban mediante firma electrónica avanzada. Dentro de este marco, existe un caso particular, es decir, el de las cuentas en participación en el *crowdfunding* inmobiliario, que básicamente consiste en que la inmobiliaria oferente de proyectos, a través de una plataforma electrónica de este tipo, ya sea de su propiedad o de un tercero, pone a disposición de inversionistas un proyecto inmobiliario nuevo o de rehabilitación, en base a un retorno futuro.<sup>129</sup> Las características de las cuentas en participación permiten que ellas sean un aliciente para su utilización en el *crowdfunding*,<sup>130</sup> y además, este contrato es la figura de común uso en el *crowdfunding* inmobiliario en España,<sup>131</sup> cuya regulación, como ya lo hemos dicho, en lo sustancial, es igual a la chilena.

Esta modalidad de financiamiento, con la cuenta en participación como instrumento legal, plantea algunas cuestiones de regulación contractual, como por ejemplo, si es posible o factible hacer un contrato de cuentas en participación para todos los partícipes con un sólo gestor, que sería la inmobiliaria, o hacer uno por cada inversionista. A diferencia de lo planteado por Hernández Sainz,<sup>132</sup> nosotros consideramos que es factible que exista un sólo contrato que agrupe a todos los partícipes, puesto que ello es lo coherente con nuestra regulación, atendido que el tenor literal del artículo 507° del CCOM,<sup>133</sup> se refiere a “*dos o más comerciantes*”.

### 3. Financiamiento inmobiliario

Desde hace un tiempo, el sector inmobiliario en Chile ha estado desarrollando un modelo de negocios que le permite obtener recursos de terceros mediante la utilización del contrato de cuentas en participación. Esto lo hemos constatado a partir de una consulta efectuada al SII, contenida en el oficio n°530,<sup>134</sup> y en la que se detalla la forma en la que opera este negocio. En efecto, el contribuyente explica que por cada proyecto inmobiliario se crea una sociedad que luego ofrece participación en los resultados, principalmente a ejecutivos y asesores de la empresa, que la mayoría de las veces son personas naturales, y se formaliza mediante el contrato de cuentas en participación. En este, la sociedad formada asume el rol de gestor y el inversionista el de partícipe inactivo. En el oficio se indica que el retorno contempla, primero, la restitución del capital; y luego, una vez que se vende cada unidad, se pagan las utilidades correspondientes.

Es menester detenernos a analizar la modalidad de inversión que relata el contribuyente, puesto que especifica que el capital se devuelve y luego de eso se pagan las utilidades. Pareciera ser que esta fórmula no es coincidente con las notas distintivas de las cuentas en participación, atendido que de

---

<sup>129</sup> HERNÁNDEZ (2017), p. 133.

<sup>130</sup> GIMENO (2022), pp. 52-53.

<sup>131</sup> HERNÁNDEZ (2017), pp. 128-129.

<sup>132</sup> HERNÁNDEZ (2017), p. 133.

<sup>133</sup> Código de Comercio de Chile, artículo 507°: “La participación es un contrato por el cual dos o más comerciantes toman interés en una o muchas operaciones mercantiles, instantáneas o sucesivas, que debe ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”.

<sup>134</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2022).

lo narrado en el oficio, la devolución del capital y sobre eso el pago de utilidades, implica en nuestra posición, que el partícipe no soporta los riesgos de la operación, puesto que recupera de manera íntegra la inversión aportada. Uno de los elementos del contrato de cuentas en participación<sup>135</sup> es el acuerdo en el reparto de ganancias y pérdidas, y consideramos a este elemento como esencial de este contrato, tanto así, que de no soportar pérdidas una de las partes, el contrato podría degenerar en otro distinto, en este caso un mutuo.<sup>136</sup> Para el SII esto no fue objeto de cuestionamiento, lo que nos llama la atención puesto que en otros casos, en los que falta algún elemento, como por ejemplo, la calidad de comerciantes de las partes, el SII ha sido tajante en afirmar que en esa situación el contrato no es una cuenta en participación,<sup>137</sup> cuestión, al menos curiosa, puesto que esa exigencia, a juicio de este autor y de la mayoría de la doctrina, no desnaturaliza el contrato. Esto podría explicarse atendido que la óptica con la que mira es la de la tributación, y para ello en caso de desfiguración del contrato sigue siendo aplicable la regulación general de los negocios fiduciarios contenida en el artículo 28º del Código Tributario de Chile, al que ya hemos hecho menciones anteriores.

A diferencia de la función anterior, en esta no existe una plataforma electrónica que sea intermediaria de la inversión, sino más bien hay una negociación directa, de ahí que, según lo relatado por la empresa, los partícipes son cercanos a la compañía. Este rasgo nos abre otra posible nueva funcionalidad de las cuentas en participación, puesto que denota que lo que hace la sociedad es invitar a determinados trabajadores a ser parte del negocio, por lo que la asociación en este sentido se transforma en un vehículo de participación de algunos trabajadores en los resultados de la empresa.<sup>138-139</sup>

Como punto final de esta nueva función, cabe mencionar que existe una modalidad de financiamiento inmobiliaria, en las que el gestor garantiza la inversión del partícipe mediante una hipoteca en favor de este último, así da cuenta la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de Chile, que para efectos de contexto citamos lo indicado en el considerando séptimo:

“SÉPTIMO: Que para un adecuado entendimiento del asunto planteado, cabe tener presente lo siguiente: 1.- En autos comparecen los abogados Ramón Briones Montaldo y Nicolás Sánchez López, en representación judicial de Inversiones Freevals Chile Limitada, deduciendo demanda en procedimiento ejecutivo de desposeimiento en contra de Inversiones San Luis Uno SPA a fin de que se le desposea del bien hipotecado en garantía de un crédito de su representada.

Precisan que por escritura pública de contrato de asociación o cuentas en participación de fecha 14 de

---

<sup>135</sup> En este artículo no se han tratado los elementos del contrato de cuentas en participación, que este autor considera distintos y distinguibles de sus características. Solo a modo referencial, consideramos que hay elementos objetivos y subjetivos, los primeros son: 1.- Forma de Constitución; 2.- Objeto del negocio; 3.- Aportes; 4.- Acuerdo de participación en ganancias y pérdidas; 5.- Vigencia. Los elementos subjetivos son: 1.- El gestor; A) Persona Física y Jurídica; B) Mujer casada; C) Menor de edad e incapaces; D) Calidad profesional especial del gestor; E) Pluralidad de gestores; F) Incompatibilidades; 2.- El partícipe; A) Persona natural y Jurídica; B) Pluralidad de participantes; C) Menor de edad e incapaces; D) Mujer casada en Sociedad Conyugal; E) Incompatibilidades; F) El grupo empresarial como partícipe.

<sup>136</sup> En la misma posición VÁSQUEZ (2019), p. 128.

<sup>137</sup> Véase SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2013).

<sup>138</sup> En el mismo sentido, indicando que sería una nueva función, se pronuncia MARTÍNEZ (2012), p. 266.

<sup>139</sup> Podría ser un vehículo contractual para los stocks options.



febrero de 2013 su representada entregó a Inmobiliaria e Inversiones Galicia SPA, la suma equivalente en pesos de 20.000 UF, obligándose esta última en calidad de gestora de contrato de asociación, en los términos propios de dicha convención.

Agrega que por el incumplimiento de la socia gestora, ésta adeuda a su representada el aporte de capital indicado y que con el fin de garantizar las obligaciones contraídas por esta última, la ejecutada constituyó hipoteca de primer grado en favor de la demandante sobre un inmueble denominado Lote B, resultante de la subdivisión del resto de un bien raíz en Rincón de Abra, comuna de Requinoa, inscrito a Fs. 609, N° 537, del Registro de Propiedad del año 2010 del Conservador de Bienes Raíces de Rengo.

Indican que el deudor personal no dio cumplimiento a las obligaciones pactadas, cobrando aplicación lo dispuesto en la cláusula duodécima del referido contrato, en virtud de la cual Inversiones Freevals Chile Limitada podría hacer exigible a su arbitrio la hipoteca en caso de que el gestor cayere en insolvencia; si las propiedades hipotecadas quedaren sujetas a cualquier gravamen, prohibición, hipoteca o acciones limitativas de su dominio, ajenas a las constituidas a favor de Inversiones Freevals Chile Limitada, sin su consentimiento previo y escrito o se deterioraren por cualquier motivo o no se pagaren oportunamente sus contribuciones de bienes raíces, entre otras<sup>140</sup>.

Como podemos observar se trata de una garantía al aporte del partícipe, por un tercero, como forma de asegurar el cumplimiento de la obligación del gestor.<sup>141</sup>

#### 4. StarUp: Capital de riesgo

El capital de riesgo es una forma de financiar empresas que están en etapa de desarrollo y que no cuentan con un historial que permita examinar sus resultados, ni tampoco la seguridad de recibir retornos del financiamiento. Se trata además de empresas con modelos innovadores de crecimiento. Los inversionistas que invierten en este tipo de empresas esperan una alta rentabilidad, más allá que en otro mercado tradicional, pero asumiendo mayores riesgos. En los últimos años en Chile se ha producido un potenciamiento de fondos de inversión y financiamiento público para este tipo de capital. En este contexto encontramos a las llamadas *starup*, empresas del rubro tecnológico que se caracterizan por ser nuevas, con modelos innovadores y sin historial previo, por lo que el inversionista encuentra en ellas una posibilidad de alta rentabilidad a bajo costo pero sumiendo los riesgos que presenta una empresa en desarrollo. Chile ha potenciado el capital de riesgo, principalmente desde la colaboración público privada. En ese sentido existe un órgano público denominado Corporación de fomento de la producción (en adelante CORFO) que han puesto a disposición de las *starup* capitales públicos y privados para sus etapas de desarrollo, y en particular cuenta con un listado de inversionistas privados acreditados ante la CORFO, con los que los nuevos emprendimientos pueden hacer rondas de negociación. El gran problema jurídico siempre fue que instrumento jurídico utilizar. De ahí que algunos inversionistas ingresan a las sociedades con una cláusula de salida conforme obtenga el retorno pactado de inversión. A esto se ha sumado las escasas alternativas de salida para los inver-

---

<sup>140</sup> Inversiones Freevals con Inversiones San Luis SpA. (2013).

<sup>141</sup> Esta es una temática en la cual en Chile no existe investigación, por lo que queda como reto para futuras publicaciones.

sionistas,<sup>142</sup> que generalmente consisten en venta de acciones a terceros o a los mismos accionistas fundadores, con la complejidad que todo ello implica. Pues bien, es aquí donde las cuentas en participación encuentran un terreno fértil para su utilización.

En opinión nuestra, las cuentas en participación se presentan como un útil instrumento de inversión en las denominadas *StarUp*, puesto que permite la agilización, sin necesidad de hacer modificaciones societarias o emisión de nuevas acciones de la sociedad poseedora del proyecto de emprendimiento tecnológico. Por otro lado, en este mercado es común que el emprendedor tecnológico recurra a inversionistas privados y no institucionalizados como la banca, puesto que se trata de inversión de riesgo, pero de alta rentabilidad, y ello, sumado a la poca trayectoria de la empresa, no califican en los criterios de riesgo adoptados por la banca en Chile.

En este caso, la cuenta en participación se celebraría entre el o los inversionistas y la sociedad dueña del proyecto de inversión tecnología o de la propiedad intelectual, en el que este último asumiría el rol de gestor y el primero sería el partícipe. Las partes pactarían un aporte que consiste en inversión en dinero, a cambio de una ganancia, denominada rentabilidad. En este sentido las partes pueden acordar un porcentaje de ganancias, que será pagado en un plazo convenido con el inversionista. Con este contrato, no tendrían la dificultad de la salida, que muchas veces implica tener que vender acciones a terceros o a los mismos socios fundadores, sino que simplemente se cumpliría el plazo o condición del contrato como causal de extinción del mismo, se rendiría cuenta y se liquidaría la asociación pagando a cada parte su participación en las utilidades.

## 5. Traspaso sociedades familiares

Las empresas familiares de larga data, en algún punto de su existencia se ven enfrentadas a la sucesión del control y gestión de la misma por los herederos de los socios fundadores. A menudo sucede que a las nuevas generaciones, o no les interesa la administración de la sociedad, o simplemente no poseen las cualidades profesionales y personales requeridas para la vigencia y crecimiento del negocio, lo que podría generar su extinción.<sup>143</sup> En este contexto, las cuentas en participación pueden convertirse en un remedio eficaz para organizar la sucesión empresarial sin temor a su extinción.<sup>144</sup> Esto operaría en el sentido de constituir una cuenta en participación entre los herederos, de los cuales algunos serán partícipes y otros gestores, por cierto, los más adecuados y más interesados. Así se harían cargo de la marcha de la empresa familiar aquellos de la nueva generación que realmente tengan las competencias para asegurar la sobrevivencia del negocio familiar.

## 6. Mercado Automotriz

En la revisión de las opiniones del SII, hemos encontrado las pruebas de una de las funciones moder-

---

<sup>142</sup> JIMÉNEZ (2007), p. 38.

<sup>143</sup> MARTÍNEZ (2012), p. 266.

<sup>144</sup> GIMENO (2022), p. 54; MARTÍNEZ (2012), p. 266.

nas de las cuentas en participación. En efecto, el oficio n° 2920 del 9 de agosto de 2005,<sup>145</sup> da cuenta de una consulta de un contribuyente, en particular una empresa de servicios financieros. De este oficio podemos extraer esta nueva funcionalidad que consiste en la celebración de un contrato de cuentas en participación entre la empresa financiera y empresa de distribución o comercializadora de vehículos motorizados. La asociación tiene por objeto que la comercializadora de vehículos asuma el rol de partícipe, en el siguiente sentido, según el oficio: “Por su parte, el Distribuidor Automotriz, asumirá el rol de partícipe en la asociación y deberá efectuar aportes o destinación de bienes y asumir también ciertas obligaciones de industria. Así, deberá aportar la suma de \$0.000.000 y sus medios físicos, humanos y bases de datos, con el fin de acercar a sus clientes los productos que le permitan financiar la adquisición de vehículos por él comercializados, directamente en sus locales o por los conductos habituales a través de los cuales hace sus promociones.”<sup>146</sup> La empresa financiera sería la gestora y por tanto repartiría las ganancias de los créditos otorgados para la adquisición de los vehículos.

En definitiva, podemos observar que las cuentas en participación, ya no obedecen tanto a su función de ocultar al partícipe, sino de ser una eficaz herramienta en negocios de gran magnitud o complejidad, como los casos ya revisados.

## V. CONCLUSIONES

-El análisis de sus características nos permiten comprender que se trata de un instrumento jurídico que escapa a las clasificaciones tradicionales de los contratos, atendido sus notas distintivas y su uso en el tráfico mercantil.

-Un tópico que cruza toda la investigación es la influencia del servicio de impuestos internos de Chile en el contrato de cuentas en participación. Definiendo sus características y requisitos. A modo recordatorio, podemos traer a colación:

- Carácter consensual: En esta materia, a pesar de lo indicado por el CCOM, el SII exige que el aporte conste en instrumento público.
- Ausencia de patrimonio común: A pesar de la opinión mayoritaria de la doctrina, y de la prevención nuestra en el sentido de que el punto no es la ausencia de patrimonio común, sino que este no se radica en un ente distinto sino en el patrimonio del gestor, el SII exige llevar contabilidad del contrato separada del resto de las actividades del gestor, en definitiva desde la óptica tributaria existe un patrimonio afecto de la cuenta en participación.

-Es indudable que, a pesar de los años, las cuentas en participación siguen siendo un instrumento jurídico de pleno uso, y ello ya lo hemos comprobado con el estudio de los oficios y circulares del Servicio de impuestos internos de Chile y la jurisprudencia nacional que se refieren a este contrato.

---

<sup>145</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2005).

<sup>146</sup> SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2005).

-En la investigación hemos encontrado algunas funciones que escapan de las notas características del contrato de cuentas en participación, como el caso de financiamiento inmobiliario en Chile en el que el gestor se obliga a restituir el capital y sobre el pagar utilidades, lo que representa una modalidad funcional atípica que comporta más bien notas características del mutuo más que de un contrato de cuentas en participación, sin embargo se utiliza el contrato en estudio como vehículo jurídico para canalizar esa relación de inversión.

-El contrato de cuentas en participación es un instrumento de financiación más eficiente, que otras figuras. En concreto permite al empresario que busca financiamiento acceder a él sin la obligación de restituir capital y pagar intereses a todo evento, de tal manera que con la cuenta en participación el empresario se provee de los recursos necesarios para su empresa y solo tiene que repartir las ganancias en caso de que existan. En cambio con el mutuo está obligado a restituir el capital independiente de su éxito o fracaso en los negocios. Para el inversionista es una eficiente fórmula para alcanzar alta rentabilidad, sin necesidad de crear una empresa, de gestionarla ni de conocer si quiera el rubro.

-Como desafío para futuras investigaciones queda pendiente revisar con mayor profundidad la posibilidad de que este contrato sea vehículo articulador de la participación de los trabajadores en las utilidades de una empresa. Además queda por explorar otras nuevas funciones que podemos extraer de laudos arbitrales con el objeto de ampliar estos resultados.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ABARCA, Iván (2018): “Desarrollo del Crowdfunding en Chile”, en: *Documentos de trabajo del Banco Central de Chile* (núm. 815).
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2017): “Las cuentas en participación”, en: *Blog almacén del derecho*. Disponible en: <https://almacenederecho.org/las-cuentas-participacion>.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús (2022): “Commenda y prestamos la gruesa”, en: *Blog almacén del derecho*. Disponible en: <https://almacenederecho.org/commenda-y-prestamo-a-la-gruesa-ventura-o-riesgo-de-mar>.
- ALONSO, Igor. y CARRIO, Adrián (2019): “Aplicaciones de la inteligencia artificial a los mercados financieros”, en: *Revista papeles de economía española* (núm. 162).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (director); ARROYO APARICIO, ALICIA; BERCOVITZ ÁLVAREZ, Raúl y DEL BARRIO PÉREZ, Ángela (2018): *Sociedades Mercantiles*, 2ª edición (Navarra, Thomson Reuters).
- BAEZA OVALLE, Gonzalo (2008): *Tratado de derecho comercial*, 4ª edición (LexisNexis, Santiago), t. II.
- BARBA DE VEGA, José (2017): “Cuentas en Participación”, en: Bercovitz Rodríguez-Cano, Alberto (director): *Contratos Mercantiles*, 6ª edición (Navarra, Thomson Reuters), t. I.
- BARONA VILAR, Silvia (2021): *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando (2022): *Manual de derecho mercantil*, 29ª edición (Madrid, Tecnos), vol. I.

- CABALLERO GERMAIN, Guillermo (2022): “La Subparticipación, un caso de sociedad sin personalidad jurídica en el Código Civil”, en: *Revista chilena de Derecho* (vol. 4 núm. 1).
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2011): *Instituciones de Derecho Comercial*, 3ª edición (Santiago, Abeledo Perrot).
- DIARIO CONSTITUCIONAL (2022): “Regulación de Fintech: senadores exploran modelos que apunten a minimizar riesgos”, disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2022/03/06/regulacion-de-fintech-senadores-exploran-modelos-que-apunten-a-minimizar-riesgos/>.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GUILLÓN BALLESTEROS, Antonio (1998): *Instituciones de derecho civil*, 2ª edición (Madrid, Tecnos), vol. I y II.
- DUMAY PEÑA, Alejandro (2017): “La asociación o cuentas en participación”, en: *Revista de derecho tributario Universidad de Concepción* (vol. 1).
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Cristina (2009): *Derecho mercantil teoría y práctica*, 2ª edición (Zaragoza, Pressas Universitarias de Zaragoza).
- FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos (1962): “Las notas distintivas de las cuentas en participación”, en *Revista de derecho mercantil* (vol. 33 núm. 83).
- FINANCIAL STABILITY BOARD (2022): “FinTech”, disponible en: <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/financial-innovation-and-structural-change/fintech/>.
- GUAL DALMAU, María (1993): *Las cuentas en participación* (Madrid, Civitas).
- GUERRERO VALENZUELA, Roberto y ZEGERS RUIZ-TAGLE, Matías (2014): *Manual sobre derecho de sociedades* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- GILSANZ MUÑOZ, María (2021): “El impacto de la inteligencia artificial en la sociedad y su aplicación en el sector financiero”, en: *Revista diecisiete* (núm. 4).
- GIMENO RIBES, Miguel (2022): “Uso y Desuso de Las Sociedades de Personas”, en: *Anuario de derecho civil* (vol. 75 núm. 1).
- HERNÁNDEZ SAINZ, Esther (2017): “El crowdfunding inmobiliario mediante contratos de cuentas en participación: una fórmula de inversión participativa ¿alegal o prohibida?”, en: *Revista de estudios europeos* (núm. 70).
- INVEST CHILE (2023): “Todo lo que debes saber sobre la industria FINTECH en Chile”, disponible en: <https://blog.investchile.gob.cl/blogs/ley-fintech-chile>.
- IZQUIERDO MONTORO, Elías (1971): *Temas de derecho mercantil* (Madrid, Montocorvo).
- JIMÉNEZ, Luis (2007): *Capital de riesgo y mecanismos financieros de apoyo a la innovación en Brasil y Chile* (Santiago, CEPAL).
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza (2012): “Las nuevas funciones de las cuentas en participación”, en: *Cuadernos de derecho y comercio* (núm. 58).
- MARTÍNEZ BALMASEDA, Arantza (2011): *Las cuentas en participación y su vertiente interna* (Granada, Comares).
- MILLÁN GARRIDO, Antonio (2017): “Las sociedades colectivas y las sociedades comanditarias simples”, en: Jiménez Sánchez, Guillermo y Díaz Moreno, Alberto (coordinadores): *Lecciones de derecho mercantil*, 20ª edición (Madrid, Tecnos).
- MORAND, Luis (2008): *Sociedades*, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PALMA ROGERS, Gabriel (1936): *Derecho comercial* (Santiago, Imprenta “El Esfuerzo”), t. II.
- PAZ-ARES, José (1999): “Atributos y límites de la personalidad jurídica”, en: Uría, Rodrigo y Menéndez, Aurelio et al (directores), *Curso de derecho mercantil I* (Madrid, Civitas).

- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2006): *Sociedades* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- RUIZ DE VELASCO, Adolfo (1999): *Manual de Derecho Mercantil* (Madrid, Universidad Pontificia Comillas).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007): *Derecho comercial*, 8ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I, vol. II.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. (2013): *Principios de derecho mercantil*, 18ª edición (Madrid, Thomson Reuters).
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ CALERO, Juan (2015): *Instituciones de Derecho mercantil*, 37ª edición (Navarra, Aranzadi), vol. I.
- SERRA MALLOL, Antonio y CANO RICO, José (1991): *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles* (Madrid, Tecnos).
- Torres Zagal, Oscar (2018): *Derecho de Sociedades*, 6ª edición (Santiago, Thomson Reuters).
- URÍA, Rodrigo (2000): *Derecho mercantil*, 27ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- UBILLA GHANDI, Luis (2003): *De las sociedades y la E.I.R.L.* (Santiago, Legal-Publishing).
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2019): *Sociedades*, 3ª edición (Santiago, Thomson Reuters).
- VICENT CHULIA, Francisco (2022): *Introducción al derecho mercantil*, 24ª edición (Valencia, Tirant lo Blanch).

### **Jurisprudencia citada**

- Compañía Pesquera Camanchaca S.A. con Servicio de Impuestos Internos, Dirección Regional de Concepción (2014): Corte Suprema de Chile, de 18 de enero de 2016, rol 24.719-2014.
- Inversiones Freevals con Inversiones San Luis SpA. (2013): Corte Suprema de Chile, de 9 de marzo de 2016, rol 47.582-2016.
- Cabezas Escobar Dom con Peña Faundez (2008): Corte Suprema de Chile, de 2 de junio de 2010, rol 6.777-2008.
- Opazo Tapia Ivette con Ferrer y Padilla LTDA. (2014): Corte de apelaciones de Santiago, de 19 de diciembre del año 2014, rol 8161-2014.

### **Normativa citada**

- Código Civil de Chile, de 1855.
- Código de Comercio de Chile, de 1829.
- Código de Comercio de Chile, de 1865.
- Código Tributario de Chile, de 1974.
- Decreto de Ley N°824, Ley sobre Impuesto a la Renta, de 31 de diciembre de 1974.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2003): Oficio N°5266, de 22 de febrero de 2003.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2005): Oficio N°2920, 09 de agosto de 2005.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2013): Oficio N°353, 11 de octubre de 2013, Dirección Regional Metropolitana Santiago Oriente.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2019): Oficio N°2780, de 08 de noviembre de 2019.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2020): Oficio N°307, 27 de enero de 2000.
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (2022): Oficio N°530, de 22 de febrero de 2022.