

Laudo Arbitral
Guillermo Mejía Rengifo

v.

Lucila Acosta Bermúdez, Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y otros

Marzo 17 de 2004

Bogotá, D.C., 17 de marzo de 2004

El tribunal de arbitramento integrado para dirimir las diferencias entre las partes que arriba se mencionan, una vez concluida la instrucción del proceso y conocidas las alegaciones de las partes, procede a pronunciar el presente laudo arbitral que le pone fin al mismo, el cual fue acogido en forma unánime por los árbitros y se pronuncia en conciencia.

CAPÍTULO I

Antecedentes

A) La fase previa a la instalación del tribunal

1. La solicitud de convocatoria.

Fue presentada ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el 23 de febrero de 2001, por conducto de apoderado judicial.

El convocante, señor Guillermo Mejía Rengifo, propuso la convocatoria para que se resolvieran las diferencias que entonces planteó contra Lucila Acosta de Mejía, Mauricio y Ana María Mejía Acosta, Alfonso Mejía Serna y las sociedades L. Acosta Bermúdez & Cía. S. en C., A. Mejía Serna & Cía. SCA y Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda.

La convocatoria fue admitida por auto del 8 de marzo de 2001 y el proceso de notificación de la misma se surtió personalmente a los convocados Mauricio y Ana María Acosta y Alfonso Mejía Serna —este último a través de curador ad litem— por intermedio de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta, a su vez solicitó la colaboración de la Cámara de Comercio de Ibagué para notificar a los restantes convocados.

2. La comparecencia de los convocados al proceso.

Los convocados se hicieron presentes en el proceso por conducto de apoderado judicial en los casos de los siguientes convocados: Mauricio y Ana María Mejía Acosta; Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda.; A. Mejía Serna & Cía. SCA; L. Acosta Bermúdez & Cía. S. en C.

Por medio de documento fechado el 20 de junio de 2001 y que obra a folio 151 y siguientes del cuaderno principal 1, se allegó al expediente la partida de defunción del convocado Alfonso Mejía Serna, sucedida el 14 de febrero de 2001.

El aportante de dicho registro civil de defunción solicitó que en lugar del mencionado convocado, se citara al proceso a sus herederos.

El escrito antes citado fue puesto en conocimiento de las partes del proceso el 10 de julio de 2001, y el 13 de los mismos mes y año, el apoderado judicial de la parte convocante presentó un escrito al que denominó “complemento de la convocatoria”, por medio del cual solicitó la vinculación al proceso, en representación del fallecido señor Mejía Serna, de sus herederos y cónyuge supérstite, los señores Jorge Eduardo, Julio Cristóbal, Carlos Alberto, Luis Andrés, José Francisco, Magdalena y Gloria Mejía Rengifo, Juan Carlos Mejía Martínez (en representación de Nicolás Mejía Rengifo), Mauricio y Ana María Mejía Acosta y Lucila Acosta Bermúdez.

Reintegrada así la parte pasiva del proceso, por medio de auto del 23 de agosto de 2001, el centro de conciliación y arbitraje designó curador ad litem para que representara al fallecido Alfonso Mejía Serna.

La curadora ad litem designada para representar al señor Alfonso Mejía Serna aceptó su designación el 5 de septiembre de 2001 y compareció al proceso el 10 de los mismos mes y año por medio de un recurso de reposición en el cual solicitó la desvinculación del señor Mejía Serna del proceso y, subsidiariamente, la inadmisión de la convocatoria que lo incluía como demandado.

El auto admisorio de la convocatoria fue confirmado en su integridad por medio de providencia fechada el 12 de octubre de 2001 que obra entre folios 170 y 185 del cuaderno principal 1.

El 25 de octubre de 2001, la curadora ad litem del señor Mejía Serna dio contestación a la demanda solicitando pruebas y proponiendo excepciones.

El 19 de diciembre de 2001, el apoderado del convocante dio respuesta a los escritos de contestación de demanda obrantes al expediente, aportando nuevas pruebas documentales y solicitando la práctica de algunas otras de esa índole.

3. La continuación del trámite una vez trabada la litis.

Por medio de auto del 4 de diciembre de 2001, el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá fijó como fecha para la audiencia de conciliación que en ese momento le correspondía adelantar en cumplimiento de sus labores como impulsor en la denominada fase pre arbitral, el 12 de diciembre de 2001 a las 10:00 a.m.

Con el fin de que actuara como conciliador en esa oportunidad, la dirección del centro designó al doctor Alfredo Revelo Trujillo, según consta en documento fechado el 3 de noviembre de 2001 y que obra a folio 203 del cuaderno principal 1.

Mediante escritos recibidos el 11 de diciembre de 2001, tres de los apoderados que venían actuando en el proceso manifestaron que por instrucciones recibidas de sus mandantes, a las sociedades Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., A. Mejía Serna SCA y L. Acosta Bermúdez & Cía. S. en C. y Mauricio y Ana María Acosta no les asistía ningún ánimo conciliatorio.

La audiencia de conciliación se inició en la fecha prevista y fue pospuesta para el 14 de enero de 2002.

En dicha fecha no se hizo presente ninguna de las partes ni sus apoderados, motivo por el cual se fijó la hora de las 10:00 a.m. del 29 de enero de 2002 para llevar a cabo la audiencia de nombramiento de árbitros con arreglo a la cláusula compromisoria prevista en los estatutos sociales de la sociedad Alfonso Mejía e Hijos Ltda.

Por medio de escrito del 29 de enero de 2002, el apoderado de la parte convocante postuló un árbitro principal y uno suplente para la integración del tribunal.

En esa fecha y en la hora prevista se inició la audiencia citada, la cual se suspendió para ser continuada el 12 de febrero de 2002 en consideración a que en la misma no se encontraban presentes todas las partes del proceso.

El 12 de febrero de 2002 se reinició la audiencia de nombramiento de árbitros y en esa oportunidad, teniendo en cuenta el hecho de que el convocante manifestó explícitamente que dejaba sin efecto la postulación de árbitros que había planteado en orden a procurar una integración de común acuerdo del tribunal arbitral, en vez de lo cual pedía que se procediera directamente a la designación de los árbitros y considerando también que nuevamente faltaban algunas de las partes del proceso, sin cuya concurrencia no era posible una designación de árbitros de común acuerdo, dando aplicación a la parte pertinente del artículo 119 de la Ley 446 de 1998, se determinó que la designación de los árbitros que integrarían el tribunal se haría mediante sorteo público que tendría lugar el 19 de febrero de 2002.

El 19 de febrero de 2002 se llevó a cabo dicho sorteo, y en atención a lo previsto en la cláusula compromisoria que dio origen al proceso, se designaron dos árbitros principales y dos suplentes, los doctores Fernando Silva García y Florencia Lozano Revéz como principales, y los doctores Beatriz Leyva de Cheer y Santiago Jaramillo Villamizar como suplentes.

Los dos árbitros principales aceptaron oportunamente la designación que les hiciera la Cámara de Comercio de Bogotá y, a su turno, designaron principal y suplente para la integración definitiva del tribunal, designación que recayó en los doctores Francisco Reyes Villamizar como principal y Carlos Camargo de la Hoz como suplente.

El doctor Reyes Villamizar comunicó al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que aceptaba su designación como tercer árbitro, designación que por haberse producido dentro del término legal correspondiente derivó en la debida y oportuna integración del tribunal, todo lo cual se verificó el 20 de marzo de 2002.

4. La reforma de la convocatoria.

Mediante escrito presentado el 9 de abril de 2002 —obstante entre folios 246 y 262 del cuaderno principal 1— la parte convocante presentó un escrito al que denominó “Reforma convocatoria”, en el cual modificó la petición de

convocatoria, agregó algunos hechos nuevos, reformó las pretensiones modificando su cuantía y aportó y solicitó nuevas pruebas.

Por medio de providencia del 25 de junio de 2002 el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá inadmitió la reforma de la demanda y concedió a la convocante un término de 5 días para la integración de la demanda y su reforma en un solo escrito, orden que fue atendida por la parte actora, que por medio de escrito obrante entre folios 274 y 337 del cuaderno principal 1 aportó el escrito integrado de la reforma de la demanda, con fundamento en el cual se ha adelantado el proceso que hoy se resuelve.

El 27 de agosto de 2002 el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, profirió auto admisorio de la reforma de la demanda corriendo traslado de ella, en los términos del numeral 4º del artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, tanto a los ya convocados al proceso como a los nuevos de ellos incluidos en la citada reforma.

De igual manera, por medio del auto que se menciona, se declararon concluidas las funciones de la curadora ad litem que a la fecha había representado en el proceso al señor Alfonso Mejía Serna.

Síntesis de los principales hechos en que se basa la demanda reformada e integrada.

El recuento fáctico contenido en la convocatoria reformada es especialmente prolijo y puede resumirse así:

1. En los primeros de ellos se da cuenta de la constitución de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Limitada y se hace referencia al instrumento público que la contiene, destacando el convocante las cláusulas relativas a la composición y distribución del capital social inicial, así como las tocantes con el objeto social de la compañía y la cláusula compromisoria con fundamento en la cual se inició el proceso.

2. En segundo término, los hechos de la demanda se refieren a múltiples escrituras públicas en las cuales interviene la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., las cuales datan del año 1964 en adelante, la mayoría de las cuales dan fe de reformas al contrato social en puntos como el aumento de capital, la modificación de normas sobre el reparto de utilidades, la adjudicación de las cuotas sociales que en vida tuvo a su nombre la socia Julia Rengifo de Mejía, la aportación de unos inmuebles a la sociedad, la cesión de cuotas sociales en repetidas oportunidades, en la opinión de la parte convocante en grave desacato del derecho de preferencia previsto en los estatutos sociales, y otras operaciones tales como arrendamiento de predios de la sociedad a algunos de los socios, etc.

3. La prolongada relación de negocios jurídicos que afectan el capital de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y de que dan cuenta las escrituras públicas relacionadas en los hechos 1 a 52 de la demanda, en opinión de la parte convocante reflejan la pretendida dilución de su participación en el capital

social en perjuicio del señor Guillermo Mejía Rengifo, maniobra que el convocante le atribuye a algunos de los convocados.

4. Posteriormente la demanda incluye una relación, igualmente extensa, de los estados financieros de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. cuyo propósito el tribunal lo entiende orientado a poner en evidencia las acciones que en el sentir del convocante fueron desplegadas por los socios controlantes y administradores y que fueron objeto de reproche por la convocante, así como la situación financiera y patrimonial de la sociedad en mención.

5. En los hechos últimamente relacionados se hacen repetidas referencias tanto al valor como a la fluctuación del patrimonio de la sociedad antes mencionada, así como a su patrimonio líquido, e igualmente a sus pasivos y al valor extrínseco de sus cuotas sociales.

6. Posteriormente los hechos de la demanda se ocupan en señalar una serie de actos que el convocante imputa a los administradores de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., a través de los cuales se sugiere un enriquecimiento sin causa en su patrimonio, un correlativo e igualmente injustificado empobrecimiento en el patrimonio del demandante, se da cuenta del desaparecimiento del ánimo asociativo del señor Guillermo Mejía Serna como sustento de algunas de sus pretensiones, se valoran las pretensiones de la demanda y se presentan unos hechos finales relativos a las que el convocante califica como irregularidades presentadas con posterioridad al fallecimiento del señor Alfonso Mejía Serna.

Seguidamente el escrito de convocatoria, en la forma como esta fue reformada e integrada esa reforma en un solo escrito, contiene un capítulo tercero denominado como “Argumentación”, que el tribunal entiende como parte de los fundamentos fácticos de las pretensiones, por lo que menciona los títulos dados por el convocante a los diferentes apartes que lo conforman así: “Violación del derecho de preferencia”; “Derecho a retiro”; “Reformas estatutarias”; “Decisiones cotidianas”; “Administración fraudulenta del patrimonio social”; “Presunciones de responsabilidad solidaria de los administradores”; “El abuso del derecho”; “La causa o motivos de los negocios jurídicos”; “Enriquecimiento sin causa”; “Año (sic) y perjuicios económicos”, y “Lucro cesante y daño emergente”.

5. Pronunciamiento de los convocados sobre la reforma de la demanda.
Algunos de los convocados se pronunciaron sobre la reforma a la demanda, oponiéndose a la misma en la forma como lo habían hecho al dar respuesta a la primera versión de la convocatoria.

En atención a lo previsto en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, a continuación se sintetiza la posición de los convocados frente a las pretensiones de la demanda.

Mediante escrito que obra a folio 71 y siguientes del cuaderno principal 1, el apoderado judicial de los convocados Mauricio y Ana María Mejía Acosta

manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda, se pronunció sobre los hechos de la misma y propuso como excepciones de mérito las que a continuación se mencionan: “Falta de legitimación en la causa para demandar a Mauricio Mejía Acosta y Ana María Mejía Acosta, por parte del actor”; “Indebida integración del tribunal”; “Incapacidad de mis mandantes y del convocante para aceptar la cláusula arbitral”; “Improcedibilidad de la integración del tribunal”; “Prescripción y/o caducidad de las acciones y reclamaciones demandadas”; “Acción errada”, e “Indebida acumulación de pretensiones”.

En escrito que obra a folios 88 y siguientes del cuaderno principal 1, el mandatario judicial de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. se opuso a las pretensiones de la demanda, se pronunció, igualmente oponiéndose a las argumentaciones previstas en el capítulo tercero de la misma y propuso como excepciones de mérito las que denominó así: “Falta de legitimación en la causa”; “Improcedibilidad de la integración del tribunal”; “Prescripción y/o caducidad de las acciones y reclamaciones”; “Indebida acción”; “Indebida acumulación de pretensiones”, e “Improcedencia de las pretensiones del actor”. Al pronunciarse sobre la reforma de la demanda, el apoderado de la sociedad mencionada se opuso a la adición de que fueron objeto las pretensiones, pero no propuso nuevas excepciones. Dicho escrito obra a folios 348 y 349 del cuaderno principal 1.

El mandatario judicial constituido por las sociedades A. Mejía Serna & Cía. SCA y L. Acosta Bermúdez & Cía. S. en C., por medio de escrito que se encuentra a folios 103 y siguientes del cuaderno principal 1, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las siguientes excepciones de mérito: “Falta de competencia”; “Falta de legitimación en la causa”; “Improcedibilidad de la integración arbitral”; “Prescripción y/o caducidad de las acciones y reclamaciones”; “Acción errada”; “Indebida acumulación de pretensiones”, e “Improcedencia de las pretensiones del actor”.

Por medio de escrito fechado el 5 de septiembre de 2002 y obrante a folios 350 y 351 del cuaderno principal 1, el apoderado de las sociedades mencionadas también manifestó su oposición frente a las nuevas pretensiones incluidas en la reforma a la convocatoria, sin formular excepciones de mérito adicionales contra las mismas.

Por su parte, el procurador judicial de la señora Lucila Acosta Bermúdez, por medio de escrito obrante a folios 119 y siguientes del cuaderno principal 1, se opuso a las pretensiones de la demanda, se pronunció sobre la argumentación jurídica contenida en la misma y propuso como excepciones de mérito las siguientes: “Falta de competencia”; “Improcedibilidad de la integración del tribunal”; “Prescripción y/o caducidad de las acciones y reclamaciones”; “Acción errada”; “Indebida acumulación de pretensiones”, e “Improcedencia de las pretensiones del actor”.

Por medio de escrito que aparece a folios 379 y siguientes del cuaderno principal 1, la apoderada judicial de la señora María Magdalena Mejía de Izquierdo dio contestación a la demanda, oponiéndose expresamente a las

pretensiones de la misma y proponiendo como excepciones de mérito las siguientes: “Inexistencia de la obligación”; “Cobro de lo no debido”; “Prescripción de la acción”; “Falta de competencia del tribunal para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda”; “Caducidad de la acción”; “Mala fe por parte del actor”; “Abuso del derecho”; “Indebida acumulación de pretensiones”.

El apoderado judicial constituido por la señora Gloria Mejía de Mejía dio contestación a la demanda el día 15 de octubre de 2002, mediante escrito que aparece a folios 387 y siguientes del cuaderno principal 1, que contiene la expresa oposición a las pretensiones de la demanda, así como expresa oposición también a la argumentación jurídica contenida en la misma. Las excepciones de mérito propuestas por esta parte del proceso son: “Falta de competencia”; “Improcedibilidad de la integración arbitral”; “Prescripción y/o caducidad de las acciones y reclamaciones”; “Acción errada”; “Indebida acumulación de pretensiones”; “Improcedencia de las pretensiones del actor”. El 28 de octubre de 2002, la apoderada judicial del señor Jorge Eduardo Mejía Rengifo dio contestación a la convocatoria por medio de escrito que aparece a folios 405 y siguientes del cuaderno principal 2 oponiéndose a las pretensiones de la demanda y sin nominar excepciones de mérito tendientes a enervar las mismas.

El señor José Francisco Mejía Rengifo compareció al proceso obrando en su propio nombre y representación, por medio de escrito que aparece a folios 497 y siguientes del cuaderno principal 2 en el cual manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda, proponiendo tanto la “Indebida integración del tribunal por violación del principio de habilitación”, como la “Inexistencia de pacto arbitral respecto de los herederos de Alfonso Mejía Serna”.

La curadora ad litem que el tribunal designó para que representara a los herederos indeterminados y a quienes creyeran tener derechos u obligaciones como causahabientes del señor Alfonso Mejía Serna, en escrito calendado el 27 de agosto de 2003 y obrante a folios 547 y siguientes del cuaderno principal 2, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y, como excepciones de mérito contra sus pretensiones propuso las siguientes: “Falta de integración del contradictorio”; “Ausencia de legitimación en la causa por parte pasiva”; “Indebida acumulación de pretensiones y violación del derecho de defensa”; “Legalidad de las decisiones adoptadas por la junta de socios de Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y de los actos jurídicos celebrados por los socios en relación con sus cuotas sociales”.

Por medio de escrito que aparece firmado por los señores Luis Andrés, Cristóbal y Carlos Alberto Mejía Rengifo, este último en representación del señor Juan Carlos Mejía Martínez, de quien es apoderado general según está probado en el expediente, escrito obrante a folios 744 y 745 del cuaderno principal 2, manifestaron su decisión de “adherir y hacer suya” la contestación de la demanda presentada por el señor José Francisco Mejía Rengifo.

B) El trámite procesal surtido desde la audiencia de instalación del tribunal
1. Antecedentes y decisiones adoptados en la audiencia de instalación del tribunal.

El centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá intentó la integración del tribunal, procurando la vinculación al proceso de los herederos indeterminados, de algunos herederos determinados y de todos aquellos que creyeran tener derechos u obligaciones como causahabientes del señor Alfonso Mejía Serna.

A ese efecto produjo una serie de emplazamientos e intentó la notificación personal de algunos de los herederos determinados en la ciudad de Ibagué, con resultados que serán objeto de posterior análisis.

En cumplimiento de sus deberes y atribuciones legales, el centro administrador del trámite citó a los árbitros y a las partes a la audiencia de instalación del tribunal, para el día 24 de febrero de 2003.

En esa fecha y hora se hicieron presentes en su sede los árbitros designados en desarrollo de la cláusula compromisoria, la secretaria ad hoc designada por el centro de arbitraje y conciliación con el fin de adelantar esa audiencia, y los siguientes intervinientes en el proceso: el convocante, señor Guillermo Mejía Rengifo y su apoderado judicial; la apoderada judicial de la convocada María Magdalena Mejía de Izquierdo; el apoderado judicial de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda.; y los señores Luis Andrés, Carlos Alberto y Cristóbal Mejía Rengifo.

En esa oportunidad el tribunal designó presidente y secretario y fijó su lugar de funcionamiento y el de la secretaría.

Por auto 1 proferido en esa fecha, el tribunal se declaró legalmente instalado (num. 1º de su parte resolutive), suspendió la fijación de gastos y honorarios al encontrar que no estaban notificadas la totalidad de las personas convocadas al proceso (num. 3º), y ordenó la notificación de las personas convocadas al proceso y aún no vinculadas al mismo.

Contra esa providencia fue propuesto un recurso de reposición por parte de la procuradora judicial de la señora María Magdalena Mejía de Izquierdo.

Este recurso, coadyuvado por los señores Luis Andrés, Carlos Alberto y Julio Cristóbal Mejía Rengifo, se fundamentó en la pretendida violación de los procedimientos legales de integración del tribunal, y en los hechos se fundamentó, en que el mismo fue designado sin intervención ni audiencia de los recurrentes.

El recurso fue puesto en traslado al apoderado de la parte convocante, quien lo recorrió solicitando al tribunal mantener incólume la providencia con fundamento en las razones consignadas en el acta correspondiente a la audiencia de instalación, obrante a folios 468 a 473 del cuaderno principal 2.

Para desatar el recurso mencionado el tribunal indicó que la pretendida falta de comparecencia de los recurrentes a la designación de los árbitros no tenía las

implicaciones por ellos señaladas, en la medida en que el 12 de febrero de 2002 el apoderado de la parte convocante hizo expreso su desistimiento de la postulación de árbitros que le correspondía realizar conforme a la cláusula compromisoria, manifestación de parte a partir de la cual la integración del tribunal se produjo conforme a las normas entonces vigentes (L. 446/98, art. 119), conforme a las cuales, bajo las circunstancias preanotadas, le correspondía a la cámara de comercio proceder a la integración parcial del tribunal, como en efecto lo hizo sin que de esa actuación pudiera advertirse vicio alguno que hiciera procedente las súplicas del recurso.

En cuanto al restante argumento planteado al promoverse el recurso en el sentido de no haberse vinculado a la conciliación a todos los sujetos del proceso, el tribunal lo desechó indicando que una vez integrada debidamente la parte convocada, observaría esa oportunidad conforme a las disposiciones legales aplicables, toda vez que la designación de común acuerdo solo es factible cuando haya voluntad o interés de todos aquellos a quienes concierne la designación, lo cual se frustra de manera definitiva cuando al menos uno de los interesados hace explícita su determinación en el sentido de que opere el mecanismo supletivo establecido por la ley para el efecto, en armonía con lo estipulado en la cláusula compromisoria. En consecuencia y ante el hecho de que la designación de los árbitros de común acuerdo no era ya factible, procedió conforme a derecho el centro de conciliación y arbitraje de la cámara de comercio de Bogotá al designar a los dos árbitros que, de común acuerdo, designaron el tercero, dando así cumplimiento al designio de las partes, vertido en la aludida cláusula compromisoria.

Así las cosas, por medio de auto 2 de esa misma fecha, el tribunal confirmó en todas sus partes el auto 1 que anteriormente fue resumido.

De igual manera y en esa misma audiencia, fue proferido el auto 3, por medio del cual se ordenó notificar del auto admisorio de la convocatoria reformada al señor Luis Andrés Mejía Rengifo, presente en la audiencia, y fijar una partida de gastos para notificar al señor José Francisco Mejía Rengifo, así como a los herederos indeterminados y a todos aquellos que se consideraran legitimados por tener derechos u obligaciones como causahabientes del señor Alfonso Mejía Serna.

Dicha providencia no fue recurrida por ninguno de los presentes en la audiencia.

La orden de notificar a las personas mencionadas en el auto 3 de 24 de febrero de 2003, fue cumplida de la siguiente manera: los herederos indeterminados y quienes se consideraran legitimados por tener derechos u obligaciones como causahabientes del señor Alfonso Mejía Serna fueron emplazados conforme a la ley, según se lee a folios 477 a 491 del cuaderno principal 2.

El señor José Francisco Mejía Rengifo recibió notificación personal de los autos 1, 2 y 3 del 24 de febrero el día 20 de junio de 2003, según consta en el acta respectiva, que aparece a folio 492 del cuaderno principal 2.

2. El desarrollo del trámite.

Por medio de auto 4 del 22 de julio de 2003, se designó como curadora ad litem de los herederos indeterminados y de todos aquellos que se consideraran legitimados por tener derechos u obligaciones como causahabientes del señor Alfonso Mejía Serna, a la doctora Clara Lucía Uribe Bernate; se dispuso que una vez vencido el término de contestación de la demanda por parte de la mencionada curadora se corriera traslado de su contestación de la demanda y de la que a la fecha ya había producido el señor José Francisco Mejía Rengifo en oportunidad (ver fls. 497 a 501 del cdno. ppal. 2) a la parte convocante; en igual sentido se ordenó que a la actora se le corriera traslado del escrito de nulidad presentado por el convocado José Francisco Mejía en la misma fecha en que contestó la demanda; por último, se dispuso continuar el trámite el 26 de agosto de 2003.

En esa fecha efectivamente se llevó a cabo la audiencia citada mediante auto 4, en la cual, conocido el informe secretarial, se ordenó la notificación de la citada providencia a quienes no habían comparecido a recibirla personalmente; se dispuso igualmente la notificación del auto de esa fecha a los no comparecientes a la misma y se ordenó continuar la audiencia el 29 de septiembre de 2003.

Así se procedió por secretaría, disponiéndose el 29 de septiembre de 2003, en audiencia, correr traslado a todas las partes del proceso de la nulidad promovida por José Francisco Mejía Rengifo y continuar el trámite el 3 de octubre de 2003 a partir de las 11:30 a.m.

En esa fecha y hora tuvo lugar la audiencia que fuera convocada el 29 de septiembre de 2003.

En el curso de la misma fueron proferidos los autos 7, 8 y 9, el primero de los cuales fijó los gastos y honorarios del proceso a cargo de las partes; el segundo de los autos de esa fecha, es decir el 8 declaró infundada la nulidad procesal propuesta por el señor José Francisco Mejía Rengifo y coadyuvada por los señores Carlos Alberto y Luis Andrés Mejía Rengifo; por medio del auto 9, se convocó a las partes a la audiencia de conciliación y, en caso de no prosperar o de ser parcial esta, a la primera audiencia del trámite, para el día 29 de octubre de 2003, a partir de las 10:30 a.m.

En dicha fecha y ante la carencia de ánimo conciliatorio que se hizo explícito por los asistentes a la audiencia citada para el efecto, se declaró fracasada la conciliación a la cual fueron convocadas todas las partes del proceso y se citó a primera audiencia de trámite para el 10 de noviembre de 2003.

En esa fecha, habiéndose verificado el pago oportuno de la totalidad de los honorarios y gastos del proceso por parte del convocante, el tribunal declaró su competencia para conocer y resolver el proceso.

Dicha providencia fue recurrida por la curadora ad litem que intervino en el proceso, recurso que fue desatado desfavorablemente a esa parte del proceso, así como a los convocados que sin manifestarlo expresamente coadyuvaron esa petición.

Seguidamente fueron decretadas las pruebas del proceso y, por auto 15, se señaló fecha y hora para la continuación del trámite para el 24 de noviembre de 2003.

El trámite se desarrolló en once audiencias, en el curso de las cuales se practicaron la totalidad de las pruebas decretadas por el tribunal, salvo las que en su momento fueron desistidas conforme a la ley por las partes.

El 24 de febrero de 2004 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión del proceso, en la cual intervinieron todos los sujetos del mismo que tuvieron a bien hacer uso de la palabra e incorporar al expediente sendos resúmenes escritos de sus alegaciones.

En esa fecha se fijaron fecha y hora para proferir el presente laudo arbitral.

3. La alegación sobre la indebida integración del tribunal, propuesta por algunos de los convocados al mismo.

Anteriormente se indicó cómo desde la audiencia de instalación, que tuvo lugar el 24 de febrero de 2003, algunos de los convocados expresaron al tribunal la posible indebida integración del mismo, a cuyo efecto hicieron en repetidas oportunidades las alegaciones que a continuación se resumen.

Así las cosas, por escrito del 8 de julio de 2003 que aparece a folios 494 y siguientes del cuaderno principal 2, el señor José Francisco Mejía Rengifo promovió un incidente de nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia de designación de árbitros.

Sostuvo el señor Mejía Rengifo, que para la época de la aludida designación aún no se había producido la notificación de la totalidad de los convocados al proceso porque faltaban aún los herederos indeterminados del señor Alfonso Mejía Serna.

Hizo énfasis en que de acuerdo con la Sentencia C-1038 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable algunas normas propias de la denominada fase pre arbitral, teniendo en cuenta que el proceso, por las razones indicadas en el párrafo anterior aún no había superado esa fase, debería declararse nulo todo lo actuado para permitir a los que aún no estaban notificados de la existencia del proceso en debida forma, participar libremente en la escogencia de los integrantes del tribunal.

Para reforzar su argumentación, el proponente de la nulidad invocó como violada la garantía constitucional del debido proceso, al tiempo que sustentó la oportunidad y viabilidad de su pretensión de nulidad y se refirió al interés que le asistía para proponerla.

En igual sentido propuso como excepción la mencionada indebida integración del tribunal en el escrito de contestación de la demanda arbitral que presentó en la misma fecha, es decir, el 8 de julio de 2003.

Por medio de escrito que aparece a folio 664 del cuaderno principal 2, fechado el 23 de septiembre de 2003, el señor Cristóbal Mejía Rengifo manifestó que

compartía en su totalidad los planteamientos hechos por el señor José Francisco Mejía Rengifo en el escrito en el que promovió la nulidad de todo lo actuado.

Como ya se indicó, del escrito de nulidad propuesto por el señor José Francisco Mejía Rengifo, se corrió traslado a las partes según lo ordenado por medio de auto 6 proferido el 29 de septiembre de 2003.

En el término que el tribunal señaló con tal fin, el señor Carlos Alberto Mejía Rengifo coadyuvó la petición de José Francisco Mejía Rengifo, tal como se lee en el escrito que obra a folio 669 del cuaderno principal 2.

En igual sentido lo indicado en memorial suscrito por el señor Luis Andrés Mejía Rengifo, fechado el 2 de octubre de 2003 y que obra a folio 670 del cuaderno principal 2.

El mismo 2 de octubre fue presentado ante el tribunal un escrito por parte del apoderado de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., obrante al folio 672 del cuaderno principal 2, y por medio del cual el procurador judicial de esa parte del proceso se opuso a la prosperidad de la nulidad propuesta por José Francisco Mejía Rengifo.

En esa fecha también se pronunció el mandatario judicial de la parte convocante, oponiéndose a la prosperidad de la nulidad propuesta por Mejía Rengifo, según se lee en el escrito obrante a folio 673 y siguientes del cuaderno principal 2.

Por medio de auto 8, proferido por el tribunal en la audiencia que se llevó a cabo el 3 de octubre de 2003, se resolvió el pedimento de nulidad de todo lo actuado desde la designación de árbitros, con fundamento en los argumentos que a continuación se resumen.

En primer término, sostuvo el tribunal que al ser citadas a audiencia de conciliación mediante auto 4, tanto el apoderado judicial de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., como el mandatario judicial de las sociedades L. Acosta Bermúdez & Cía. S. en C. y A. Mejía Serna & Cía. SCA y de las señoras Gloria Mejía de Mejía y Ana María y Mauricio Mejía Acosta hicieron explícito, mediante sendos escritos que así lo corroboran, la falta de ánimo conciliatorio de sus poderdantes.

Esa audiencia de conciliación trató de llevarse a cabo en otras oportunidades posteriores, sin éxito ante la no comparecencia de todas las partes del proceso a las audiencias que con tal propósito convocó el centro administrador del trámite.

Para febrero 12 de 2003, se intentó continuar esa audiencia, pero para esa fecha, en la cual la Sentencia C-1038 no se había proferido aún, la parte actora indicó por escrito que desistía de la postulación de árbitros que había formulado el 29 de enero de ese año, por lo cual y ante la implicación de la aludida manifestación, con la que se ponía de manifiesto la imposibilidad de

llegar a una designación de común acuerdo, el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, procediendo con arreglo a la ley, concretamente en atención a lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley 446 de 1998, dispuso que la designación fallida se haría respetando los lineamientos de la cláusula compromisoria, mediante sorteo público que tendría lugar, como en efecto lo tuvo, el 19 de febrero de 2002.

El tribunal concluyó que habiéndose producido su integración en lo que hace a dos de sus árbitros por sorteo público y a la del tercero por parte de los dos primeros, ninguna disposición legal fue pretermitida y, por el contrario, se dio plena aplicación a las que en el momento se encontraban vigentes, con notoria anterioridad a la Sentencia C-1038 en la que se fundaron el incidentante y sus coadyuvantes para promover su petición.

Así las cosas, la nulidad de que se viene tratando se declaró infundada mediante auto 8 que no fue objeto de ningún recurso.

En igual sentido, es decir, insistiendo en el vicio de nulidad, los señores Luis Andrés, Cristóbal, José Francisco y Carlos Alberto Mejía Rengifo, se dirigieron al tribunal con anterioridad a la iniciación de la primera audiencia del trámite, mediante escrito obrante a folios 742 y 743 del cuaderno principal 2.

El anterior planteamiento fue reiterado por los anteriormente mencionados por medio de dos escritos que aparecen en los folios 748 a 751 del cuaderno principal 2.

Esas constancias a que se refiere el párrafo anterior fueron leídas en la primera audiencia del trámite, una vez proferido el auto 12 del 10 de noviembre de 2003, por medio del cual el tribunal declaró su competencia para conocer y resolver el presente proceso.

En esa oportunidad el tribunal reiteró sucintamente los argumentos con base en los cuales había resuelto la nulidad promovida por el señor José Francisco Mejía Rengifo.

4. Las pruebas del proceso.

La totalidad de las pruebas solicitadas, tanto los oficios, como los testimonios y los interrogatorios de parte solicitadas por las partes en las oportunidades correspondientes, fueron decretadas por el tribunal.

La única prueba negada no fue objeto de ningún recurso por su peticionario, el apoderado de la convocante.

De los testimonios decretados, todos fueron practicados, excepción hecha de los que fueron desistidos con la anuencia del tribunal, según consta en el acta correspondiente a la audiencia del 9 de diciembre de 2003.

El tribunal adelantó todas las diligencias necesarias para la cumplida y oportuna evacuación de las pruebas que decretó.

5. La cuestión previa planteada por la curadora ad litem.

Al contestar la demanda que dio origen al proceso, la curadora ad litem de los herederos indeterminados y de todos aquellos que se consideraran legitimados por tener derechos u obligaciones como causahabientes del señor Alfonso Mejía Serna, presentó, en escrito separado, algunas consideraciones tendientes a que el tribunal, al momento de calificar su propia competencia, se abstuviera de asumirla en cuanto al señor Alfonso Mejía Serna.

La petición que se analiza se funda en que para el momento en que la convocatoria que dio origen al proceso se presentó, el señor Alfonso Mejía Serna no ostentaba la condición de socio de la sociedad limitada que lleva su nombre.

Teniendo en cuenta, según señala la curadora ad litem, que la cláusula compromisoria contenida en los estatutos sociales de esa parte del proceso se limitaba a regular las potenciales diferencias entre la sociedad y sus socios y/o entre estos últimos, mal podía haberse convocado en vida al señor Mejía Serna y, después de sus días, menos podía haberse convocado a sus herederos o causahabientes, representados por esa auxiliar de la justicia.

El apoderado judicial de la parte convocante se opuso a la prosperidad de esa petición, y el tribunal se ocupó de resolverla por medio de auto 12 proferido el 10 de noviembre de 2003, que fue resuelta en la forma como a continuación se transcribe:

“Si bien es cierto, como lo anota la curadora, que en las pretensiones de la demanda no se formula precisión alguna que permita delimitar cuáles son los actos particulares predicables de la sociedad o de sus socios que permitan establecer la oportunidad temporal en que habrían ocurrido los hechos que según la demandasirven de soporte a dichas pretensiones, no lo es menos que en los hechos de la demanda existen numerosas referencias a actuaciones cumplidas por la junta de socios en la época en que el causante Alfonso Mejía Serna se encontraba vinculado a la sociedad y, en general, a situaciones que según el decir de la demanda habrían tenido ocurrencia en la época en que el señor Alfonso Mejía Serna ostentaba la calidad de socio de Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., lo cual permite al tribunal sostener, siguiendo la misma línea de argumentación expuesta por la curadora, que la cláusula compromisoria es vinculante respecto de quienes hayan dejado de tener la condición de tales, siempre que de los hechos de la demanda o de las pretensiones de la misma pueda inferirse, como en este caso, que la controversia gira alrededor de hechos acaecidos en un momento en que el antiguo socio tenía la condición de tal.

Adicionalmente, el tribunal no puede omitir que en cumplimiento de su deber legal de interpretar la demanda, debe analizar los hechos y pretensiones de la misma para proveer adecuadamente la justicia que de él se demanda, motivo adicional para denegar la petición planteada por la curadora...”.

6. El pago de los honorarios y gastos del proceso.

La parte convocante asumió el pago del 100% de los gastos de administración y de los honorarios de los integrantes del proceso, en la cuantía en que fueron decretados por medio de auto 7 del 3 de octubre de 2003.

Esos pagos los asumió el señor Guillermo Mejía Rengifo en forma oportuna y por el conducto señalado en la ley con tal fin, es decir, ante el presidente del tribunal.

Consta en el expediente y es esa la única evidencia que el tribunal puede tomar en cuenta para resolver lo que sobre el particular le corresponde, que algunos de los convocados le reembolsaron los dineros a su cargo por los conceptos ya mencionados.

En lo que a los demás hace referencia, el tribunal dará aplicación a lo previsto en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, haciendo las declaraciones y condenas del caso.

7. Término del proceso.

La primera audiencia de trámite culminó el 10 de noviembre de 2003.

El proceso no ha sido objeto de suspensión por ninguna de las causales legales.

Por lo tanto, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables, el término para proferir el presente laudo se extiende hasta el 10 de mayo de 2004.

Teniendo en cuenta la fecha de esta providencia judicial, es claro que el presente laudo se profiere dentro del término legal correspondiente.

CAPÍTULO II

Presupuestos procesales

El tribunal los encuentra reunidos a cabalidad y no observa la presencia de causal legal alguna, capaz de invalidar total o parcialmente lo actuado.

CAPÍTULO III

Consideraciones del tribunal

A) La tacha por sospecha de que fue objeto la testigo Edith García.

La testigo Edith García, quien rindió su declaración ante el tribunal el día 24 de noviembre de 2003, fue tachada por sospechosa.

La tacha se hizo consistir en que al ser la declarante la cónyuge del convocante Guillermo Mejía Rengifo, su dicho estaba afectado por un marcado interés frente a las resultas del proceso, lo que de por sí la convertía en testigo sospechosa, hecho que el tribunal no debía dejar de tener en cuenta al momento de calificar su testimonio y resolver el litigio.

El apoderado que formuló la tacha no aportó ningún documento ni solicitó la práctica de prueba alguna tendiente a acreditar los fundamentos de la tacha de la cual se viene tratando.

Para resolver sobre el punto, considera el tribunal que la tacha carece de fundamento por cuanto los hechos en que la misma se basa, concretamente el ser la declarante cónyuge del convocante, no descalifica su dicho.

De su relato infiere el tribunal que pese a la carga afectiva o al interés en el proceso que puede predicarse de ella, su versión se ajusta en términos generales a la realidad de lo que se encontró probado por otros medios en el proceso.

Adicionalmente, el tribunal comprende en toda su extensión el deber que tiene de ponderar las pruebas individualmente y en su conjunto, atribuyéndole, conforme a las reglas de la sana crítica, el valor que a cada una de ellas crea conveniente, atendiendo las circunstancias particulares de cada caso.

En el presente litigio, reitera el tribunal, la versión de la señora Edith García puede fácilmente confrontarse con otras pruebas del proceso, tanto testimoniales como de otra índole, para concluir, como en efecto se hará en la parte resolutive de este laudo, que al caso no concurren motivos suficientes para descalificar o dejar de tener en cuenta su declaración, como lo pretendió el promotor de la tacha.

B) La competencia del tribunal.

Desde el inicio del proceso algunos de los convocados han aducido que este tribunal de arbitramento está indebidamente integrado y, en consecuencia, no sería competente para definir el asunto sometido a su consideración, y serían nulas sus actuaciones.

El argumento en que soportan esta aseveración estriba en el hecho de que la Sentencia C-1038 de 2002 de la Corte Constitucional que, entre otros asuntos, declaró inexecutable las funciones jurisdiccionales que conforme a la normatividad vigente ejercía el director del centro de arbitraje en el trámite prearbitral, estableció en el aparte que denominó “Efectos en el tiempo de la decisión”, lo siguiente:

“33. Por razones de seguridad jurídica, la Corte precisa que esta decisión de inexecutable sigue la regla general, y tiene efectos solo hacia el futuro, y por ello no afecta los procesos de arbitramento que ya han superado esta fase prearbitral. Sin embargo, esta corporación aclara que aunque este fallo no tiene proyección hacia el pasado, sus efectos son inmediatos, y por ello debe aplicarse a los procesos arbitrales que no hayan superado esa fase prearbitral. Además es claro que esta decisión no impide el desarrollo de nuevos procesos arbitrales, pues se entiende que las partes procederán directamente a la convocación del respectivo tribunal, con el apoyo material y logístico, cuando sea necesario, de los centros de arbitramento”.

El tribunal advierte que estos convocados han interpretado el alcance de la sentencia en este punto en forma errónea. Está definido por la jurisprudencia constitucional que una sentencia de inexecutable no tiene efecto retroactivo, sino hacia el futuro, y en consecuencia se reconocen plenamente los hechos y las situaciones jurídicas que tuvieron lugar durante la vigencia de la ley que fue

declarada inexecutable, antes de la referida sentencia, a menos que en el cuerpo de la misma se disponga otra cosa, tal y como se establece en el artículo 45 de la ley estatutaria de la administración de justicia y conforme fue puntualizado en la Sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional que decidió sobre la constitucionalidad de la mencionada ley.

Ser declarada inexecutable una disposición legal “supone que en lo sucesivo no tendrá más vida y que desaparece de la normatividad jurídica porque es contraria a la Constitución, cúspide del orden jerárquico establecido en nuestro derecho”

Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejo de Estado. C.P. Jorge de Velasco Álvarez Exp. 762, 26 de abril de 1973.

(1)

Los árbitros del presente proceso se designaron antes de la notificación de la Sentencia C-1038 de 2002, que se produjo el 13 de enero de 2003 y aun antes de la expedición de la misma; la integración del tribunal debía ajustarse entonces al mandato de la cláusula compromisoria del contrato de sociedad y a las normas legales supletorias de la voluntad de las partes que para ese momento intervenían en el proceso, y tales normas se aplicaron por el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio. Como los hechos cumplidos por aplicación de la ley, con anterioridad a la sentencia que la declara inexecutable, subsisten, porque el fallo no tiene efecto retroactivo —se repite— la designación de los árbitros en el caso sub judice es una situación jurídica que tiene plena validez y efectos.

La etapa prearbitral conlleva a una serie de actuaciones que a partir de la Sentencia C-1038 deben realizar los árbitros y no el director del centro de arbitraje y no puede considerarse que como no se había superado toda la fase prearbitral, como la denominó la Corte Constitucional, deben repetirse las actividades que ya se habían adelantado con sujeción al procedimiento legal vigente. Entenderlo así contraría el verdadero alcance de la sentencia en mención, así como la jurisprudencia constitucional sobre el alcance de los fallos de inexecutabilidad y riñe además con el principio de la economía procesal.

Que la Sentencia C-1038 de 2002 haya tenido efecto inmediato respecto de los trámites en los que se hubiera culminado la etapa prearbitral no significa nada diferente a que los trámites que se hayan de surtir, después de que la sentencia ha sido expedida y es obligatoria, se deberán adelantar por los árbitros designados directamente, desplazando de manera inmediata al centro de conciliación y arbitraje en las tareas que este venía adelantando, como en efecto ocurrió en este caso, pues después de la sentencia en mención el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá suspendió las actuaciones que venía cumpliendo en desarrollo de la fase prearbitral y convocó a los árbitros, que ya se encontraban debidamente designados, para que procedieran a la instalación del tribunal arbitral, como lo manda la ley, a lo cual efectivamente se procedió y todas las actuaciones ulteriores, correspondientes al trámite de este proceso arbitral, se surtieron por el tribunal.

Por lo expuesto este tribunal definió desde un comienzo que se constituyó debidamente y en los anteriores términos lo ratifica en este laudo.

C) Consideraciones del tribunal sobre el fallo en equidad.

El presente laudo se profiere en equidad, con arreglo a lo previsto en la cláusula vigésimo sexta del contrato social, según la cual las diferencias de los socios entre sí o las diferencias de estos con la sociedad deben ser resueltas en conciencia por un tribunal arbitral.

Algunos de los intervinientes en la audiencia de alegatos de conclusión han puesto de presente en sus alegaciones finales que el presente tribunal carece de competencia para resolver las pretensiones contenidas en la solicitud de convocatoria, en la medida en que el arbitraje en conciencia es diferente del arbitraje en equidad y este último, junto con el arbitraje en derecho, son los únicos que se reconocen en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la Constitución de 1991.

La tesis que se ha dejado resumida es rechazada por el tribunal, en la medida en que parte de la premisa de establecer una diferencia inexistente entre el arbitraje en equidad y el arbitraje en conciencia.

La improcedencia de la diferenciación entre arbitraje en equidad y en conciencia, que se ha señalado, es consistente con el entendimiento del tema en la doctrina nacional, como se constata al confrontar las posiciones expuestas por Ramiro Bejarano Guzmán

“El arbitramento en equidad (o en conciencia como se le denominaba hasta antes de expedirse la L. 446/98, art. 111) es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad” (“Los procesos declarativos”, Bogotá, Editorial Temis, 1998, pág. 361).

(2), Gilberto Peña Castrillón y Néstor Humberto Martínez

“Fallar en conciencia implica necesariamente fallar en equidad” (“Pacto arbitral y arbitramento en conciencia”, Bogotá, Editorial Temis, 1988, pág. 28).

(3), Julio Benetti Salgar

Refiriéndose al arbitraje en equidad pone de presente que la expresión se acuñó en la Ley 446 de 1998, que “sustituyó la expresión “arbitraje en conciencia” que había sido tradicional en nuestro medio” (“El arbitraje en el derecho colombiano”, segunda edición, Bogotá, Editorial Temis, 2001, pág. 36).

(4), Jorge Hernán Gil

Señala que el “fallo en conciencia o en equidad es aquel que se profiere en atención al íntimo convencimiento que adquieren los árbitros después de haber analizado los antecedentes del litigio, la naturaleza y el comportamiento de las partes, los hechos del proceso, las pruebas recaudadas y las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar, aplicando el sentido común y el juicio de un hombre recto y justo” (“Nuevo régimen de arbitramento”, segunda edición, Bogotá, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, pág. 34).

(5) y Marco Gerardo Monroy Cabra

Al referirse a la clasificación del arbitraje comercial, alude al arbitraje en derecho y en conciencia y respecto de este último señala que el árbitro falla en equidad. Cfr. "Arbitraje comercial", Editorial Temis, 1982, pág. 24.

(6)

, entre otros.

En el mismo sentido se puede citar la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, que se profirió el 12 de septiembre de 1994, bajo la vigencia de la nueva Constitución, con ocasión del recurso de anulación propuesto contra el laudo en equidad proferido dentro del proceso de Mitsui de Colombia S.A. contra Metalec Manufacturas Metaeléctricas Ltda. y en la que se señala que:

"Así los conceptos de equidad y de conciencia, aplicados al fallo que se puede proferir mediante el laudo arbitral, conducen inequívocamente a concluir que se trata de uno mismo, pues sus definiciones inexorablemente se confunden, entendiendo que la equidad viene a ser una característica connatural del fallo en conciencia".

Además, no debe perderse de vista que la alegada incompetencia del tribunal, la cual se propone con base en el argumento que se ha desestimado, no fue planteada por los convocados en el momento oportuno, para oponerse al desarrollo del presente proceso, cuando el tribunal decidió sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite.

Fallar en equidad o en conciencia presupone que el tribunal arbitral o la autoridad jurisdiccional a quienes se les encomienda la misión de resolver una controversia bajo ese marco conceptual, lo hará buscando, a partir de las reglas que su propia experiencia le provee, una solución que procure resolver el conflicto en forma justa, atendidas las circunstancias particulares del caso que se les somete a examen, teniendo siempre en mente las directrices fundamentales que la Constitución Política establece y que constituyen la carta de navegación común que ha de orientar la solución de cualquier controversia, sea en derecho o sea en equidad.

La potestad de administrar justicia que conforme a la Constitución se les otorga a los árbitros para fallar en derecho o en equidad se ejercerá en los términos que determine la ley, conforme a lo prescrito en el artículo 116 de la Constitución Política. Lo anterior significa que en el arbitramento en equidad, lo mismo que en el arbitramento en derecho, se aplicarán las normas de procedimiento que establece la ley para la integración y funcionamiento del tribunal arbitral, tal y como ha acontecido en el presente caso.

Sobre el marco de referencia que habrá de tenerse en cuenta para proferir un fallo en equidad o en conciencia, la doctrina nacional se mueve entre posiciones relativamente opuestas.

Un sector de la doctrina entre quienes se ubican Peña Castrillón y Martínez Neira se inclina por sostener que los árbitros, al fallar en conciencia están eximidos de la obligación de fundamentar el fallo y para proferir su decisión solo han de tener en cuenta que: a) el laudo se ha de fundar en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso; b) los árbitros tienen una amplia

flexibilidad para valorar las pruebas, incluso aquellas que sean “incompletas, defectuosas o que carecen de una determinada solemnidad o formalidad”; c) se debe observar el debido proceso; d) la conciencia moral de los árbitros constituye un elemento trascendental en el proceso que conduce a proferir un laudo arbitral en equidad; e) la decisión se ha de tomar con base en la equidad, cuyo alcance se debe edificar a partir de la visión aristotélica del concepto, reafirmada por García Maynez y, en todo caso, bajo el entendimiento de que en el laudo en equidad los árbitros no tienen que saturar su decisión con razones probatorias ni tampoco someter la solución del conflicto, una vez se ha formado su convicción, “al yugo de lo estrictamente legal”; consecuentemente se señala que “el juez o el árbitro pueden crear el derecho aplicable al caso particular y abandonar la solución estrictamente legal”

Gilberto Peña Castrillón y Néstor Humberto Martínez, “Pacto arbitral y arbitramento en conciencia”, Bogotá, Editorial Temis, 1988, págs. 20 a 32.

(7)

En dirección semejante se orienta Gil Echeverri, para quien el arbitraje en equidad releva a los árbitros de someterse a una tarifa legal probatoria, a la carga de la prueba o al derecho sustantivo. En el fallo en equidad se decide según la íntima convicción que se tenga sobre lo justo y equitativo en relación con la diferencia planteada, “aplicando los principios del leal saber y entender, es decir lo que concluiría una persona prudente y justa”

Jorge Hernán Gil, (“Nuevo régimen de arbitramento”, segunda edición, Bogotá, Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, pág. 34).

(8)

Una línea de pensamiento contrario se orienta a sostener que los árbitros cuando fallan en equidad deben proferir su decisión en forma motivada, con independencia de la mayor libertad que se les confiere respecto de la construcción de la regla que sirva de fundamento para la solución del caso. De otra parte, también se postula la tesis de que, con independencia de la clase de arbitramento de que se trate, los árbitros deben observar las reglas de procedimiento que se establecen para el trámite de esta clase de procesos. E incluso, se ha llegado a sostener que hay un sometimiento mínimo a ciertas normas sustanciales que el juzgador en equidad debería tener en cuenta al adoptar su decisión.

Respecto del alcance mismo de la decisión en equidad, en contraste con la que se adopta en derecho, el tribunal acoge las siguientes consideraciones contenidas en el fallo en equidad proferido dentro del proceso arbitral de Luis Ángel Cantor Herrera contra Andrés Cabezas Cárdenas:

“La equidad, a pesar de ser uno de los fundamentos basilares sobre los que se ha edificado el derecho de estirpe románico germánica, es un concepto que ofrece gran dificultad de concreción al momento en que se pretende establecer la diferencia de posición en la que se encuentra el juzgador a quien se le somete la decisión de una controversia que ha de resolver bajo el imperio de la equidad.

La explicación de esa dificultad puede estar posiblemente en la forma como, bajo la inspiración del positivismo jurídico, se concibió el papel de la ley en la construcción del ordenamiento jurídico.

El asunto se aborda con gran perspicacia por Arnaud, quien pone de presente que la visión de Antoine Garapon, según la cual se construye el sueño de una justicia fundada por entero en la razón, dominada por una regla que se basta a sí misma y en la que el papel de los jueces es de simples ejecutores del designio del legislador, es acogida en el Código Napoleónico y en los que siguieron su huella, por lo cual para Arnaud no es extraño que la equidad en el Código Civil francés se reduzca a dos artículos

André-Jean Arnaud, *Entre modernidad y globalización*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 123.

(9)

La ley es en nuestro sistema jurídico el eje central a partir del cual se construye el derecho y se tiene la pretensión de que la misma colme todas las áreas que requieran de una solución en derecho, al punto que las otras fuentes formales, bajo la visión clásica de fuentes del derecho, son desplazadas a un segundo plano. Para que la ley conserve su vigor, para que la ley alcance su máxima eficacia debe aplicarse sin elaboración propia del juez.

El siguiente párrafo de Arnaud resume bien la manera como se termina afianzando la concepción según la cual la ley es el envase en el que se puede contener la equidad:

“Una vez se decide lo que será la ley, se presume que esta última corresponde a la equidad —lo que, por otra parte, reconocían ya los autores de la doctrina anterior al Código Civil [se hace referencia al Código Civil francés]—. La diferencia estriba en que lo que era una de las fuentes del derecho (la ley) se convierte, en lo sucesivo, en la fuente exclusiva del derecho”

André-Jean Arnaud,

Entre modernidad..., pág. 132.

(10)

La equidad, bajo la visión tradicional, es un concepto que cuando pretende ser examinado con independencia de la ley, entendida como depósito natural de la misma, se va quedando vacío de contenido, en la medida en que termina constituyéndose en una fórmula extrema de solución de un problema jurídico, a falta de todo otro recurso para colmar las lagunas de la ley, después de agotar la búsqueda de la respuesta en la aplicación de la propia ley, mediante el recurso de la analogía, o en los principios generales del derecho o en la doctrina constitucional.

Aristóteles es citado frecuentemente cuando se trata de examinar la relación entre justicia y equidad. Para Aristóteles justicia y equidad “son una misma cosa” y la diferencia entre uno y otro concepto estriba en que “lo equitativo es mejor aún” y agrega:

“La dificultad está en que lo equitativo, siendo justo, no es lo justo legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente es siempre general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales”

“Aristóteles, Ética a Nicómaco.

(11)

.
Bajo la guía del pensamiento aristotélico se ha afirmado que la equidad es la “justicia del caso concreto”. Sin embargo, Kaufmann no considera que esa visión sea acertada, puesto que al hacer la lectura de ciertos pasajes de la Ética a Nicómaco, que para el mencionado filósofo son claves, aflora la consideración de la generalidad de la ley, como atributo intrínseco de la misma, en el sentido de que la ley recoge los casos más generales, a partir de los cuales se construye una respuesta, de manera que cuando un caso concreto no está contemplado en la norma general, esa falta de inclusión en la norma es un error, que se corrige cuando se procede de la forma en que lo haría el propio legislador si hubiese tenido ante sí el caso

Arthur Kaufmann, Filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 301.

(12)

.
Al respecto señala Kaufmann:

“No es por tanto acertado que la equidad sea la “justicia del caso concreto”. Toda norma debe generalizar. Una “norma” que concretiza, una “norma” propia para estos, otra “norma” propia para los terceros, es en sí misma una contradicción, eso no son normas. Por supuesto, la generalización puede presentarse con diferente amplitud, la norma no tiene que valer siempre para todas las personas, pero sí para todos los menores de edad, para todos los comerciantes, para todos los asesinos. Y en este aspecto se diferencian justicia y equidad, desde el punto de vista del legislador, de un lado, y desde el punto de vista del juez, del otro: aquel parte de la norma general hacia el caso (deducción), este parte del caso concreto hacia la norma general (inducción)”

Idem.

(13)

.
Considerando el papel que concretamente le concierne desempeñar al árbitro que debe fallar en equidad, existe una concepción según la cual este debe sujetarse a las normas imperativas establecidas en la ley, o al menos a una categoría de tales normas imperativas, que serían las normas imperativas de dirección, en contraste con las normas imperativas de protección, a cuya aplicación podría renunciarse en el contexto de un compromiso, o que serían, en otro enfoque conceptual, las normas imperativas de interés público, de aplicación inexorable, en contraste con las normas de interés público particular, que podrían ser dejadas de lado por el árbitro al fallar. Se sostiene que siendo la voluntad de las partes el fundamento del arbitraje, las mismas no están en posibilidad de disponer acerca de la inaplicación de normas imperativas

Al respecto cfr. laudo en equidad proferido en el proceso de Alejandra Vélez vs. Jorge García y Claudia Gómez (árbitro único, doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía), en revista

De acuerdo a citada, página 34, en el cual se expone con impecable sintéresis y debido sustento la tesis en mención.

(14)

De igual forma, se señala que en la medida en que el árbitro en equidad debe resolver según el sentido común y la equidad, tal sentido común es el “buen juicio natural de las personas y no su opinión personal”, lo cual sirve de fundamento para sostener:

“Así las cosas, proferir un fallo en equidad no implica que el árbitro deba tomar una decisión apartándose totalmente del ordenamiento jurídico, sino partiendo de la existencia del mismo y de los principios y valoraciones que lo fundamentan y que precisamente reflejan la voluntad del legislador de llegar a una solución justa, pero buscando la solución más adecuada en el caso concreto, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo”.

“La ley determina cuáles son los intereses merecedores de protección y en caso de conflicto establece cuáles deben prevalecer, de igual manera debe proceder el juez”

Laudo en equidad proferido en el proceso de Alejandra Vélez vs. Jorge García y Claudia Gómez (árbitro único, doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía), en revista De acuerdo a citada, página 37.

(15)

Si bien es cierto, como se sostiene, que las partes no están en posibilidad de disponer sobre la inaplicación de normas imperativas, en virtud de un acuerdo en el cual convienen que un determinado conflicto sea decidido mediante arbitraje en equidad, no lo es menos que es la propia ley y no las partes la que le está dando contenido a la figura de arbitraje en equidad, es la propia ley la que está fijando el ámbito dentro del cual se debe mover el árbitro a quien las partes le han confiado la solución de una controversia.

La capacidad dispositiva de las partes llega hasta el punto de decidir que el conflicto sea solucionado por un particular investido transitoriamente de la atribución de impartir justicia y se les reconoce también a las partes la potestad de fijar el marco que ha de guiar al árbitro para decidir, en el sentido de si lo hará en derecho o en equidad. Sin embargo, escogiendo cualquiera de los dos caminos mencionados no pueden las partes a su arbitrio fijar el alcance de la decisión en derecho o el alcance de la decisión en equidad, puesto que dicho alcance es el que la propia ley le da a una u otra figura, sin que en el caso del arbitraje en equidad se imponga cortapisa alguna al ejercicio de la función arbitral vinculada con la necesaria observancia de las normas de orden público o de algunas de las normas de orden público.

“En consecuencia, en el arbitraje en equidad no son las partes las que están derogando por convenio particular las normas de orden público, sino que están escogiendo una vía para la solución de sus diferencias, vía que está prevista en la ley y que lleva aparejada una mayor libertad de acción para el árbitro en cuanto a la fundamentación de su fallo, que la que tendría si la solución de la controversia tuviera que darse en derecho, sin que esto signifique que el fallo

en equidad pueda ser caprichoso o sin que signifique que el árbitro pueda fallar sin fundamento, ya que en cualquiera de esas hipótesis la decisión así tomada no estaría enmarcada en la equidad, sino en la arbitrariedad”.

Es claro que un árbitro o un juez llamado a fallar en equidad no puede guiarse para resolver un caso por apreciaciones que inopinadamente se fabriquen de manera caprichosa para la ocasión, con desconocimiento del sentido común, pero también es cierto que quien tiene la misión de desentrañar la manera como el sentido común ha de tenerse en cuenta es el árbitro y ese sentido común no necesariamente ha de coincidir con el sentido común que pueda estar presente en una determinada construcción normativa de carácter legal.

Seguramente podrá convenirse en que el sentido común no es siempre unívoco, es decir, que en el seno de una sociedad pueden coexistir amplios sectores que coincidan a un tiempo en distintos enfoques para adoptar soluciones divergentes, todas ellas impregnadas de sentido común.

Desde la perspectiva a la que se hace referencia, resulta razonable esperar que un abogado a quien se le encomienda que falle un caso en equidad, tenga como marco de referencia las normas del ordenamiento legal que regulan la materia sobre la que se decide, con la libertad que ha de tener para apartarse de una regla legal, incluso imperativa, cuando la misma sea inapropiada o inadecuada para la solución de una controversia determinada.

Bajo la tesis que ata inexorablemente al árbitro a las normas imperativas que la ley contempla perdería a nuestro juicio coherencia la regulación que habilita a personas que no son abogados para solucionar conflictos en equidad, no solo en el campo del arbitraje, sino en otros escenarios, como el de los jueces de paz, pues no sería razonable que se confiara a tales personas la solución de un conflicto que debe resolverse prevalentemente con base en la ley.

Lo anterior no significa que un árbitro que no es abogado tenga licencia para ignorar a su arbitrio el ordenamiento jurídico, ya que como se ha puesto de presente el árbitro ha de basarse en el sentido común y en la equidad para decidir y por ello habrá de tener en cuenta el ordenamiento jurídico vigente, en la medida en que dicho ordenamiento permea a toda la sociedad, que de una u otra manera ha de asimilar y reconocer las reglas de conducta que la ley se ha encargado de recoger en sus preceptos. Cosa diferente es que no sea dable exigirle al árbitro, que no tiene formación de abogado, que elaborare su fallo basándose en un método jurídico.

No puede perderse de vista que cuando un árbitro falla en equidad lo está haciendo conforme a las reglas que se derivan de su propia experiencia, lo que le impone necesariamente considerar cómo se debería solucionar un caso cualquiera en el que concurrieran los mismos elementos de aquel que se le presenta; es por tanto necesario definir cuál es la regla en que se basa su decisión y si existe una regla que la ley consagra y que el árbitro reconoce como aplicable al caso que se examina deberá en primera instancia hacer el juicio de adecuación que le permite discernir si es la regla apropiada para el

caso particular, o si no lo es debe estar en capacidad de establecer el por qué con el fin de definir cuál es el camino alternativo que se debe seguir”

Laudo de 27 de septiembre de 2002, proferido dentro del proceso arbitral de Luis Ángel Cantor Herrera contra Andrés Cabezas Cárdenas, árbitro único Fernando Silva García.

(16)

La potestad que bajo el ordenamiento constitucional y legal vigente se les confiere a los árbitros que fallan en equidad para deducir la regla aplicable a la solución de la controversia, sin atarse al derecho sustancial aplicable conforme al propio ordenamiento positivo es reconocida en la jurisprudencia civil al señalar que:

“De donde decidir en equidad equivale a que el árbitro puede crear el derecho aplicable al caso particular con abandono de las referencias estrictamente legales”

Tribunal Superior de Bogotá, sentencia del 12 de septiembre de 1994, dictada para resolver el recurso de anulación propuesto contra el laudo proferido en el proceso arbitral de Mitsui Colombia S.A. contra Metalec Manufacturas Metaeléctricas Ltda.

(17)

Con fundamento en las consideraciones que anteceden se procederá a examinar el caso que ha sido sometido a examen, teniendo en cuenta los hechos y las pretensiones planteadas en la demanda, las defensas y excepciones propuestas por los convocados y las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

D) Hechos relevantes que resultaron probados en el proceso.

La demanda reformada trae 75 hechos sobre muchos de los cuales, especialmente los iniciales, se tiene plena certeza, no solo por cuanto los convocados a este proceso al contestar la demanda admiten que son ciertos, sino porque aparecen plenamente probados por medio de escrituras públicas allegadas como pruebas y otros documentos, o fueron aceptados sin controversia en las declaraciones recibidas por el tribunal.

La sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. se constituyó por medio de la escritura pública 4921 del 13 de octubre de 1964 de la Notaría 4 de Bogotá, por don Alfonso Mejía y su esposa doña Julia Rengifo de Mejía, cada uno con 5 cuotas, y sus cinco hijos menores en esa época —entre ellos el ahora demandante— cada uno con 2 cuotas, con un capital de \$ 200.000.

Se fijó desde entonces el objeto social como la actividad de finca raíz y se estipuló, entre otros aspectos, cláusula compromisoria con fallo en conciencia y el derecho de preferencia para los socios en la cesión de cuotas, y como término de duración de la sociedad el 31 de diciembre de 1989.

En los dos meses siguientes la sociedad adquirió, en un caso por compra y en el otro por aporte, dos inmuebles en la ciudad de Ibagué y se reformó su

estatuto para aumentar el capital a \$ 680.000, en virtud del cual quedó como socio mayoritario con 53 cuotas doña Julia Rengifo de Mejía.

Por escritura pública 4558 de 20 de septiembre de 1968 de la Notaría 4ª de Bogotá se aumenta nuevamente el capital a \$ 760.000, e ingresan a la sociedad como socios los dos últimos hijos menores del matrimonio Mejía Rengifo con cuatro derechos sociales cada uno.

En el año de 1972 por escritura pública 346 de febrero 7 de la misma Notaría 4ª de Bogotá se aumenta el capital a \$ 2'000.000 y los derechos sociales de Alfonso Mejía pasan a 75, convirtiéndose en socio mayoritario y la participación de los demás socios también se aumenta.

Fallecida doña Julia Rengifo de Mejía, en la sucesión se le adjudican a sus 7 hijos parte de sus cuotas sociales por medio de la escritura pública 3305 de diciembre 5 de 1980 de la Notaría 1 de Ibagué y el resto a su esposo Alfonso Mejía Serna. Destaca el tribunal que en esta misma escritura se prorroga el término de duración de la sociedad hasta el 31 de diciembre de 2020.

En la sucesión se le adjudica también a Alfonso Mejía la casa de la calle 85 con carrera 16 en Bogotá, que por escritura pública 3571 de diciembre 30 de 1980 de la Notaría 1ª de Ibagué aporta a la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. y como consecuencia se produce un nuevo aumento de capital a \$ 2'600.000 y un incremento de las cuotas del aportante a 148 del total de las 260 cuotas sociales.

Para efectos de la controversia que dirime el tribunal en este laudo importa precisar que Guillermo Mejía Rengifo para esta fecha, diciembre 30 de 1980, era socio de la sociedad con 15 cuotas sociales equivalentes al 5.77% del total del capital que ascendía a \$ 2'600.000.

Lo resumido y concretado hasta aquí son los 14 primeros hechos de la demanda y pasa enseguida el tribunal a referirse a las negociaciones de cuotas sociales y reformas del estatuto de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., que se celebraron entre la última fecha referida y finales del año de 1999, época en la cual se aumenta el capital de la sociedad que había permanecido igual desde diciembre de 1980, negociaciones de las cuales dan cuenta los hechos 15 a 30 de la demanda.

Cesiones de cuotas de socios distintos a Alfonso Mejía Serna.

Desde la constitución de la sociedad por la escritura pública 4921 de 1964 ya citada, se estableció en el artículo séptimo: "... Toda cesión de derechos de interés social, para ser válida necesariamente deberá ser autorizada por la junta general de socios. El socio que desee vender sus acciones o derechos tiene la obligación de ofrecerlos preferencialmente a los otros socios quienes en iguales condiciones con terceros, deben ser preferidos... Cuando de la cesión de derechos o acciones entre socios se trate, será suficiente la comparecencia ante el notario del gerente para la aceptación respectiva...". Y en el artículo décimo séptimo se dispuso que "A falta de reglamentación en

estos estatutos, los socios se someten a lo dispuesto en la ley para las sociedades de responsabilidad limitada y las colectivas de comercio”.

Al hecho 15 el apoderado del convocante se duele por primera vez de que se desconoció el derecho de preferencia de los demás socios porque fallecido el socio Nicolás Mejía Rengifo y adjudicadas la mitad de sus 9 cuotas sociales a su cónyuge Doris Martínez de Mejía y la otra mitad a su hijo Juan Carlos Mejía Martínez, las 4.5 (no 45 como dice la demanda) que correspondieron a la primera, las cedió en venta a Alfonso Mejía Serna por escritura pública 352 de febrero 27 de 1985 de la Notaría 1ª de Ibagué, instrumento que firma en representación de la sociedad el primer suplente del gerente, Luis Alfonso Mejía Rengifo; no figura en esta ni se anexó a la misma, constancia de la sociedad sobre la oferta de estas 4.5 cuotas sociales a los demás socios.

Luego en el hecho 17 se consigna otra aparente violación al derecho de preferencia en la cesión de las 23 cuotas sociales de José Francisco Mejía Rengifo a los menores Ana María Mejía Acosta y Mauricio Mejía Acosta, hijos de Alfonso Mejía Serna, realizada por escritura pública 2971 de septiembre 17 de 1992 de la Notaría 4ª de Ibagué. Sin embargo el tribunal destaca el acta 36 de la junta extraordinaria de socios en la cual, aunque no consta la comparecencia de Guillermo Mejía Rengifo, sí se debatió entre el 75% de los socios asistentes, quienes manifestaron no poder aceptar la oferta y aceptaron el ingreso de los nuevos socios que ofrecieron comprar esas cuotas sociales a través de Alfonso Mejía Serna como su representante.

Al hecho 20 se relaciona la cesión de las 23 cuotas sociales de Jorge Eduardo Mejía Rengifo a Ana María Mejía Acosta 10 y 13 a Lucila Acosta de Mejía, realizada por escritura pública 1375 de abril 19 de 1994 de la Notaría 4ª de Ibagué, en la cual consta que la asamblea general extraordinaria de socios celebrada en esa misma fecha —según acta 42— autorizó la cesión antedicha.

El hecho 26 se refiere a otra presunta violación al derecho de preferencia de los socios en la negociación de las cuotas sociales, cual es la cesión de las 4.5 del socio Juan Carlos Mejía Martínez a favor de Lucila Acosta de Mejía por escritura pública 1103 de abril 6 de 1995 de la Notaría 4ª de Ibagué, en la cual consta también que la asamblea general de socios celebrada el 16 de marzo de 1995 —acta 49— autorizó esta operación. En este hecho el demandante achaca el desconocimiento del derecho de preferencia tanto al cedente como a los cesionarios.

En conclusión, los 4 hechos antes estudiados se refieren a cesiones de cuotas sociales de los socios Doris Martínez de Mejía, José Francisco Mejía Rengifo, Jorge a. Eduardo Mejía Rengifo y Juan Carlos Mejía Martínez a Lucila Acosta de Mejía, segunda esposa de Alfonso Mejía Serna y de sus hijos Ana María Mejía Acosta y Mauricio Mejía Acosta, realizadas pretermitiendo lo normado en el estatuto, concordante con la ley comercial para el derecho de preferencia en la negociación de cuotas o partes de interés social, artículo 7º de aquel y artículos 358 y 363 del Código de Comercio.

Sin embargo, desde ya deja establecido el tribunal que estos precisos hechos no son objeto de pretensión alguna en la demanda y solo sirven para ilustrar

sobre la forma como se manejaba la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. por sus administradores.

Cesiones de las cuotas de interés social de Alfonso Mejía Serna.

Los hechos 21 a 51 de la demanda se refieren a una serie de negociaciones de las cuotas de interés social de Alfonso Mejía Serna en la sociedad de marras, empezando por la donación de 42 de ellas a su segunda esposa Lucila Acosta de Mejía y a los hijos de este matrimonio, Ana María y Mauricio, operación que se efectuó por escritura pública 1862 de 26 de mayo de 1994 de la Notaría 4ª de Ibagué. En adelante tuvieron lugar múltiples donaciones por parte de Alfonso Mejía Serna y cesiones a título oneroso a estos socios, solos o en conjunto, y las escrituras que las contienen dicen en su texto que la cesión no requiere acta de asamblea de socios, unas, y otras que no se requiere autorización de la junta de socios, con fundamento en el artículo 7º de los estatutos de la sociedad, como quedó reformado por la escritura pública 7061 de diciembre 30 de 1968 de la Notaría 4ª de Bogotá que dice lo mismo que se estableció desde la escritura de constitución de la sociedad y que se transcribió atrás. Conforme a norma supletoria expresa del estatuto, todas las negociaciones de cuotas de interés social entre los socios de la sociedad debían sujetarse a las normas legales de las sociedades de su tipo y estas consagran el derecho de preferencia para todos los socios, a fin de que tengan la posibilidad de conservar su proporción en el capital de la empresa.

Se corrieron escrituras aclaratorias y en otras se revocaron algunas donaciones. También se liquidó la sociedad conyugal entre Alfonso Mejía Serna y Lucila Acosta Bermúdez por escritura pública 428 de 15 de febrero de 1995 de la Notaría 4ª de Ibagué, y en la adjudicación de bienes le correspondieron a la cónyuge Lucila Acosta de Mejía 5 cuotas sociales de la sociedad familiar.

Observa el tribunal que entre la inicialmente señalada fecha de 1994 y noviembre de 1999 se corrieron más de 25 escrituras públicas que contienen las distintas operaciones con las cuotas sociales de Alfonso Mejía Serna, quien para esta última fecha aún conservaba en su patrimonio 40 cuotas de interés social.

El 5 de noviembre de 1999 se otorga en la Notaría 42 de Bogotá la escritura pública 4211 por medio de la cual se solemniza la reforma del estatuto de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. —entre otros asuntos— que consiste en un aumento de capital \$ 2'600.000 a \$ 43'600.000, aumento que la misma escritura en su cláusula primera advierte que “se produce el aumento de capital en la suma de 41 millones mediante el aporte de \$ 41 millones de pesos por la socia Lucila Acosta Bermúdez...”.

Esta escritura tiene como soporte el acta 59 de la junta de socios celebrada el 26 de octubre de 1999, reunión convocada exclusivamente mediante aviso en el diario El Nuevo Siglo, forma de convocatoria que como único medio de citación de los socios solo empezó a utilizar la sociedad para esta reunión de la junta socios, por cuanto en la anterior, que consta en el acta 58, se dejó

constancia de haber sido citada por aviso a cada uno de los socios y por aviso publicado en el citado diario, y en todas las anteriores que obran en el expediente se lee en ellas que se celebra mediante aviso con carta a cada socio. A la reunión que consta en el acta 59 solamente asistieron Alfonso Mejía Serna y Lucila Acosta Bermúdez en representación de sus propias cuotas sociales y ambos como representantes de su hija menor Ana María y Lucila Acosta como apoderada de su hijo Mauricio, quienes aprobaron por unanimidad el aumento de capital y la forma de pago ofrecida con un quórum de 203 cuotas sociales equivalentes a un porcentaje del 78.0% del capital social. Con esta operación el demandante socio Guillermo Mejía Rengifo, pasó de tener el 5.77% del capital de la sociedad a un 0.34%, decisión que considera lo afecta patrimonialmente y que es el soporte de las pretensiones de su demanda, que implica también la violación al derecho de preferencia en la suscripción y pago de las nuevas acciones o cuotas de interés que se emitieron.

Las cuotas sociales de Alfonso Mejía Serna quedan totalmente enajenadas a su segunda esposa y sus dos hijos de este matrimonio por escritura pública 1162 de mayo 2 de 2000 de la Notaría 4ª de Ibagué, en la cual, con el argumento de que “entre los socios se pueden ceder libremente las cuotas de interés social sin autorización de la junta de socios”, las transfiere a título de venta a Lucila Acosta Bermúdez, como reza en la cláusula tercera de dicho instrumento.

En la declaración tercera de Alfonso Mejía Serna como representante de la sociedad en esta escritura se establece cómo queda el capital de la misma, con el capital total de \$ 2'600.000 “en caso de que la reforma contenida en la escritura pública 4211 de 5 de noviembre de 1999 otorgada en la Notaría 42 de Santafé de Bogotá, cuya inscripción se haya (sic) suspendida no sea inscrita. Si la inscripción se llevara a cabo el artículo correspondiente del capital quedaría así:... “Y, observa el tribunal, la inscripción de la escritura pública 4211 de 5 de noviembre de 1999 otorgada en la Notaría 42 de Bogotá, que varió el capital social a \$ 43'600.000, y que había realizado la Cámara de Comercio de Bogotá y fue recurrida, posteriormente fue confirmada el 30 de mayo de 2000.

También se hicieron con posterioridad donaciones de cuotas de interés social de Lucila Acosta Bermúdez a sus hijos Ana María y Mauricio y cesiones a dos sociedades que se constituyeron por esa época y que ingresaron como socias de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda.

Modificación del derecho de preferencia.

Al hecho 45 de la demanda se citan el acta 63 y la escritura pública 2267 de agosto 14 de 2000 de la Notaría 4ª de Ibagué, por medio de la cual se reforman los estatutos de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., conforme a decisión adoptada en junta de socios de 9 de agosto anterior. El artículo 7º sobre cesión de cuotas quedó así: “Los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas cualquier estipulación que impida este derecho, se tendrá por no escrita.

El socio o socios que pretendan ceder sus cuotas a otro u otros socios de la misma sociedad o a terceros, extraños a la misma, lo pueden hacer libremente, para el efecto no habrá lugar al derecho de preferencia. En estos eventos, solo bastará que el socio o socios cedente o cedentes cedan sus cuotas por escritura pública al cesionario, participando en el acto escriturario el representante legal de la sociedad anunciando la nueva composición del capital de la sociedad y acto seguido se procederá a la inscripción de la escritura en el respectivo registro mercantil...”.

Esta reforma permite entonces que las cesiones de cuotas sociales de los socios, a cualquier título, a socios o a terceros, se puedan hacer libremente, facultad que no existía con anterioridad. Efectuada esta reforma un mes después, el 14 de septiembre de 2000, se otorga la escritura pública 3205 en la Notaría 42 de Bogotá, por medio de la cual se declaran resueltas las donaciones y las ventas que efectuó Alfonso Mejía Serna a sus hijos Ana María y Mauricio y a su segunda esposa Lucila Acosta Bermúdez, y al final le vende a esta última las 1075 cuotas de interés social que Alfonso Mejía Serna readquirió como consecuencia de la rescisión de las donaciones y ventas.

E) Sobre las pretensiones primera a séptima de la convocatoria.

El convocante ha fundado buena parte de sus pretensiones en lo que ha dado en llamar la pérdida del *animus societatis*, de donde ha inferido consecuencias jurídicas que, en su criterio, deberían dar lugar a una serie de condenas patrimoniales en contra de los convocados. A pesar de la significativa importancia que el convocante le atribuye al elemento mencionado dentro de la demanda, llama la atención del tribunal la circunstancia de no encontrar ni en el texto de aquella, ni en los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la convocante, mayores desarrollos jurídicos sobre el alcance de ese concepto doctrinario ni respecto de las consecuencias legales que podrían derivarse de su ausencia, bajo la legislación y la jurisprudencia colombianas. Es por ello por lo que el tribunal debe analizar con detenimiento el alcance de esa noción y precisar los efectos que, en derecho colombiano, deberían atribuírsele a su carencia en el entorno societario.

Lo primero que ha de señalarse, con todo énfasis, es que el denominado *animus contrahendae societatis*, *affectio societatis*, o, simplemente, ánimo asociativo, no encuentra consagración explícita en las disposiciones de derecho positivo vigentes en Colombia. En efecto, ni el Código de Comercio ni la Ley 222 de 1995, ni las demás disposiciones que adicionan o complementan a los dos estatutos anteriores, mencionan y, mucho menos, definen el referido elemento. Así, pues, en el derecho societario nacional, la presencia de la aludida noción se circunscribe a los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales que sobre el particular han sido producidos. Desde ahora puede señalarse que estos mismos desarrollos no han tenido la precisión y detalle entre nosotros que sobre el mismo concepto se han producido en sistemas jurídicos extranjeros. Es decir que, salvo contadas excepciones, ni las sentencias judiciales ni las opiniones de los autores locales proveen suficiente claridad sobre la forma en que el referido elemento tendría aplicación concreta frente a situaciones fácticas específicas. De ahí que, además de los textos nacionales, resulte indispensable acudir a fuentes de derecho foráneo para ilustrar de

manera adecuada respecto de un concepto que tradicionalmente ha formado parte de la teoría societaria, particularmente en la órbita de naciones pertenecientes a la tradición jurídica de origen romano-germánico.

La expresión latina *animus societatis* se ha identificado desde antiguo con la intención de los contratantes de asumir conjuntamente el riesgo derivado de la empresa o actividad social. Georges Ripert ha precisado sobre el origen de esta figura que, “los jurisconsultos romanos, para distinguir la indivisión de la sociedad, decían que los socios debían tener el *affectio societatis*. La expresión se ha conservado y algunos autores han querido ver en ella la denominación de un carácter particular del consentimiento: los socios deben tener la intención de tratarse como iguales y de realizar conjuntamente la obra común. Así, por ejemplo, para distinguir la asociación en participación de otros contratos que comportan una participación en los beneficios, se tiene en cuenta la *affectio societatis*. En verdad no hay en ello una característica peculiar al consentimiento. Todo se reduce a decir, como lo expresaba por su parte el derecho romano imperial, que es necesario el *animus contrahendae societatis*. Otro tanto podría decirse de todos los contratos: el consentimiento debe darse con conocimiento de la naturaleza del contrato celebrado. Pero no se puede calificar el contrato por el análisis del consentimiento”

Georges Ripert, “Tratado Elemental de Derecho Comercial”, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Librería y Editorial Labor, 1988, pág. 49.

(18)

Según se afirmó antes, esta expresión tiene origen doctrinario y jurisprudencial, pues su postulación no se infiere de manera directa del texto del artículo 98 del Código de Comercio, en el cual se determinan los elementos esenciales del contrato de sociedad. Así, es preciso analizar las diferentes acepciones con las que se ha pretendido significar este concepto. En particular, conviene reseñar algunas posturas de la jurisprudencia y la doctrina francesas, cuyo contenido bien podría considerarse aplicable al sistema jurídico colombiano.

Cabe resaltar que la Corte Suprema de Justicia se ha referido a este aspecto al expresar que la calificación del contrato social exige, “recorrer al análisis de la intención de las partes y no estarse a lo que ellas hayan dicho, sino al conjunto de las estipulaciones, a la armonía que necesariamente debería existir entre todas ellas, a la situación que se le crea a cada una de las partes, al espíritu del contrato y demás circunstancias concomitantes y accesorias que den base para escudriñar y determinar, sin lugar a equívocos, la voluntad de los contratantes, y establecer si entre ellos hubo *affectio societatis* o *animus contrahendae societatis*” (Gaceta Judicial, Tomo LII, número 1981, pág. 780. Sentencia de noviembre 27 de 1941). A pesar de que la sentencia citada es anterior al Código de Comercio vigente, constituye un antecedente jurisprudencial relevante respecto del mencionado elemento.

(19)

Por lo demás, los doctrinantes de este país han estudiado con gran detenimiento tanto la definición como las consecuencias jurídicas del ánimo asociativo.

La Corte de Casación francesa, de una parte, se ha referido al concepto bajo estudio en los siguientes términos: “los asociados deben contribuir al desarrollo efectivo del interés común, ateniéndose a estrictas pautas de igualdad y participando tanto de las utilidades como de las pérdidas”

Jacques Delga, “Le Droit de Sociétés”, París, Éditions Dalloz, pág. 108.

(20)

.

De otra parte, el tratadista Jacques Delga se refiere al tema en estudio al expresar lo que a continuación se transcribe: “la *affectio societatis* ha sido definida por la doctrina como la colaboración activa, interesada, igualitaria y voluntaria de los asociados. La colaboración activa e interesada quiere significar que el asociado deberá tomar parte en las actividades relacionadas con el desarrollo de los negocios sociales. El concepto de igualdad, por su parte, hace referencia a la ausencia jurídica de una jerarquía entre los asociados, ya que los derechos contenidos en sus respectivas participaciones de capital son, en principio, iguales. Por último, la colaboración deberá ser voluntaria, es decir que el consentimiento de las partes no deberá haber sido otorgado en razón de una obligación legal o del constreñimiento de un tercero”

Ibídem, pág. 108.

(21)

.

También, el reconocido autor Philippe Merle, expresa que la *affectio societatis* “es una noción multiforme en la que el más pequeño común denominador engloba la voluntad de los asociados en el sentido de colaborar de manera conjunta, en pie de igualdad, para el triunfo de la empresa común; esta voluntad común debe existir no solamente al momento de la creación de la sociedad sino que también debe prolongarse durante toda la vida social”

Philippe Merle, “Droit Commercial”, Sociétés Commerciales, 5e édition, Paris, Ed. Dalloz, 1996, Págs. 54-55.

(22)

.

Aunque es claro que el elemento en cuestión se pone de manifiesto en las sociedades constituidas *intuitu personae*, no resulta evidente su presencia en las sociedades de capital y menos aún en aquellas en las que sus acciones se negocian en los mercados públicos de valores. Varios autores ponen de presente la importancia de considerar el carácter más o menos personalista de una sociedad, para definir si la aplicación del ánimo asociativo tiene relevancia. Así, por ejemplo, Barthelemy Mercadal sugiere que “resulta palmario afirmar que la *affectio societatis* se caracteriza por su maleabilidad; es así como su contenido y alcances pueden variar en razón de la forma asociativa escogida. En ese orden de ideas, no sería posible controvertir la existencia o la validez de una compañía en que miles de accionistas no demuestren interés alguno de participar en los negocios sociales. Ello obedece a que su concurrencia a la sociedad podría derivarse de un ánimo especulativo, como lo sería la obtención de dividendos o de un superávit por la negociación de sus participaciones de capital”

Mercadal et al., “Sociétés Commerciales, Mémento Pratique”, Levallois, Francia, Editions Francis Lefebvre, 1995, pág. 76.

(23)

.
De igual forma, José Ignacio Narváez, al referirse al tema en comentario, ha sostenido que “su exteriorización es más intensa en las sociedades con predominio del *intuitus personae* (por partes de interés y por cuotas) que en las compañías por acciones en las que prevalece el *intuitus pecuniae* o *intuitus rei*.”

En verdad en la anónima abierta, la *affectio societatis* sufre un eclipse total, puesto que la titularidad de acciones es el factor que establece la relación social, como ocurre con el inversionista no empresario que compra acciones para revenderlas”

José Ignacio Narváez, “Derecho Mercantil Colombiano; III. Teoría General de las Sociedades” Novena Edición, Bogotá D.C., Editorial Legis, 2002, pág. 132.
(24)

La denominada fungibilidad de los accionistas en las sociedades anónimas abiertas, es diciente respecto de la escasa consideración personal presente en estas sociedades y demuestra que los asociados tienen un ánimo en esencia especulativo respecto de su inversión. Así, resulta claro que, por lo general, su interés no se orienta a la participación en la gestión social ni mucho menos a establecer estrechos lazos de confianza con los demás accionistas. La relativa facilidad para enajenar su participación en el capital suscrito, se refleja también en el carácter usualmente temporal de su vinculación. Por tanto, resulta más difícil predicar la existencia de la *affectio* en las relaciones societarias de índole capitalista como un elemento diferente al mero consentimiento expresado en el acto constitutivo.

Las razones expuestas permiten afirmar que el *animus societatis* constituye un elemento cuya apreciación en lugar de concitar el criterio unánime de los doctrinantes, los separa en corrientes diversas. A lo sumo podrá afirmarse, como lo hace el profesor Waldirio Bulgarelli que cuando la obligación que surge del contrato de sociedad tiene como causa una contribución de naturaleza personal del socio, “la *affectio societatis* estará en función del *intuitus personae*, mientras que cuando la causa de la obligación tiene origen en una contribución de naturaleza patrimonial, se dirá que la *affectio societatis* está en función del *intuitus pecuniae*”

Waldirio, Bulgarelli, “Sociedades Comerciais”, 7ª edición, Sao Paulo, Editora Atlas S.A., 1998, Pág. 27.
(25)

.
Establecido como queda el concepto del ánimo asociativo, es procedente ahora determinar la utilidad del elemento en cuestión en el contexto del derecho societario. Así, se hace necesario precisar el contenido práctico que puede dársele a una noción tan teórica como esta. Una primera aproximación muestra cómo parte de la doctrina contemporánea tiende a negarle importancia al concepto de la *affectio societatis* como elemento esencial del contrato social. Para esta tendencia doctrinaria —en la que resulta evidente la intención de atenuar el alcance y la extensión de las causales de impugnación del contrato social—, tal elemento no debe siquiera diferenciarse del consentimiento expresado en cualquier negocio jurídico. El profesor Carlos Augusto Vanasco

se ha pronunciado sobre el particular en los siguientes términos: “Debemos tomar el concepto de *affectio societatis* como un factor de la realidad y no como un componente que indispensablemente debe existir en toda sociedad. Quizá no deberíamos elevarlo al rango de elemento característico como comúnmente se hace”

Carlos Augusto, Vanasco. “Manual de Sociedades Comerciales”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2001, pág. 37.

(26)

En una interpretación similar, las cortes argentinas, además de desestimar la noción estudiada como un elemento del contrato social, han enfatizado en la moderna tendencia doctrinaria que apunta hacia esa misma orientación. En este sentido, puede citarse el siguiente precedente jurisprudencial: “La *affectio societatis* solo resulta necesaria, de admitirse, en el momento de la constitución societaria, pero no necesariamente debe acompañarse ni subsistir en la vida de esta. Lo que une a los socios y constituye el elemento esencial de la sociedad es el fin común. Si este existe y además se encuentran reunidos los demás requisitos legales de la sociedad, esta existirá, haya o no entre los socios, confianza, simpatía, amistad, animadversión, desconfianza u odio. Por ello, los autores modernos prescinden hoy de mencionar a la *affectio societatis* como elemento del contrato de sociedad”

CNom, Sala E, 27/12/91, citada por Efraín H. Richard y Orlando M. Muiño, “Derecho Societario”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1997, pág. 153.

(27)

Por lo demás, el profesor colombiano Enrique Gaviria Gutiérrez es uno de los doctrinantes que adhiere a la postura reseñada con anterioridad. En su opinión, “a pesar de lo que comúnmente se cree, la llamada *affectio societatis* no constituye un requisito específico o independiente del negocio social, pues ella no es más que el contenido concreto del consentimiento de los socios, es decir, de su libre voluntad de asociarse con una finalidad lucrativa; se trata, pues, de algo equiparable a la confianza propia del mandato o a la colaboración personal subordinada, esencial en todo contrato de trabajo”

Gutiérrez, Enrique Gaviria “Las Sociedades en el nuevo Código de Comercio”, Tercera Edición, Bogotá D.C., Editorial Temis, 1984, pág. 38.

(28)

Otra parte de la doctrina, dentro de la que se encuentran muy destacados autores, considera que el tradicional elemento mencionado sigue teniendo significación en la teoría societaria contemporánea. Innúmeros autores han puntualizado la relevancia de la *affectio* para diferenciar el consentimiento como requisito para la formación de cualquier contrato, de aquella manifestación de voluntad de la que resulta el vínculo contractual societario. En este sentido, existen múltiples expresiones de la doctrina en las que se hace una enfática distinción entre consentimiento *in animo*. Vanasco se refiere a este asunto con particular puntualidad: “Realmente, si buscáramos entre las notas que caracterizan el fenómeno societario, no hallaríamos este “elemento” del contrato de sociedad. Desde este punto de vista, este elemento puede

confundirse con la voluntad o el consentimiento que ponen las personas para celebrar todos sus negocios jurídicos”

Carlos Augusto Vanasco, Op.Cit., págs. 35 y 36.

(29). Y más adelante expresa que, “es imprescindible no confundir la *affectio societatis* con el consentimiento, ya que son dos conceptos absolutamente diferentes. El consentimiento se refiere a la voluntad y al acuerdo de realizar un negocio jurídico, aun de naturaleza societaria. La *affectio societatis*, por el contrario, es la “voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada” que impera en toda situación de sociedad”

Ibídem.

(30)

La doctrina francesa se ha ocupado en señalar la aplicación concreta de la *affectio*, para distinguir al contrato de sociedad de otros actos jurídicos convencionales o cuasicontractuales. De tal forma que la verdadera utilidad del concepto parece reflejarse en la tipificación misma del contrato de sociedad. Por ello, en aquellos casos en que existe duda sobre la existencia del contrato social, particularmente en hipótesis fácticas que podrían configurar una sociedad de hecho, el *animo contrahendae societatis* resulta invaluable como diferencia específica. Lo propio podrá decirse de cuando sea necesario desvirtuar la existencia de un vínculo laboral mediante la demostración de las características de una asociación mercantil en la que, lejos de existir subordinación, haya igualdad jurídica entre los socios. Jacques Delga, por su parte, alude al hecho de que las cortes francesas han utilizado el elemento bajo estudio para develar las denominadas sociedades ficticias, de modo de diferenciarlas de aquellas compañías cuyo substrato real corresponda a la ejecución de una actividad económica lícita. En ese orden de ideas, el citado autor ha precisado que, “al demostrar la inexistencia de la *affectio societatis* en una compañía en que se haya comprobado previamente el ánimo de defraudar a terceros, se hace factible la imposición de multas y el descubrimiento de la verdadera naturaleza de la sociedad”

Jackques, Delga Op. Cit., pág. 110.

(31)

En sentido análogo, el ya citado tratadista argentino Carlos Augusto Vanasco alude a la conveniencia de tener en cuenta el susodicho elemento como criterio diferenciador en aquellas hipótesis fácticas en las que existe cierto grado de ambigüedad sobre la configuración del contrato de sociedad. En su opinión, “la experiencia demuestra que sí debemos tenerlo en cuenta como una herramienta útil para la interpretación de situaciones dudosas, en las que las circunstancias oscurecen la verdadera relación existente entre varias personas, sin que quede claro si entre ellas se ha configurado una sociedad u otra situación que aunque parecida, no es societaria. Por ejemplo, se puede recurrir a la ayuda que nos puede proporcionar el concepto de *affectio societatis* cuando se está frente a una complicada relación de hecho entre varias personas y alguna de ellas niega la existencia de la sociedad sosteniendo que hay una relación laboral o crediticia, y otra, por el contrario, afirma que la sociedad existe”

Carlos Augusto, Vanasco, Op. Cit., pág. 38.

(32)

Brunetti, de igual forma, estima la importancia del elemento que se analiza como criterio diferenciador entre la asociación sin ánimo de lucro y la sociedad, de manera que circunscribe su ámbito de aplicación a la causa misma del contrato social, entendida como el ánimo de los asociados de percibir utilidades. Por ello afirma que “a este respecto solo puede decirse que la *affectio societatis* distingue la sociedad con fin lucrativo de la asociación, aun cuando tenga un objetivo económico. El objetivo del reparto de beneficios derivados de la actividad común no constituye el objeto del consenso de los contratantes, como pretenden Manara y Navarrini, identificando un requisito común a la sociedad comercial y a la del antiguo tipo; la *affectio societatis* es la exteriorización de la voluntad de colaboración interesada y, por ello, no es un requisito del contrato sino un elemento de su causa, por referirse al propósito de los contratantes de repartirse los lucros producidos en el ejercicio de la actividad mancomunada. Decía Carnelutti que la expresión tradicional es medianamente útil, no para indicar un requisito singular del contrato, sino para significar que la voluntad de los contratantes está dirigida a construir, no una simple relación de comunidad, sino la de sociedad. Incluso de los textos romanos, de los que se ha pretendido derivar aquel significado, se deduce que más que al concepto de comunidad atiende al elemento intencional (...). La diferencia entre el género asociación y la especie sociedad, queda, pues, limitada al terreno del objeto. En esta última las partes se vinculan para poner juntas prestaciones singulares a fin de conseguir, conjuntamente, una ventaja económica individual”

Antonio Brunetti, *Sociedad Anónima*, Vol. 2, México, Editorial Jurídica Universitaria S.A., 2001, Pág. 7

(

33)

Entre nosotros, el profesor Gabino Pinzón, ha puesto de presente la importancia del elemento mencionado. En su criterio, el *animus* resulta de utilidad práctica para distinguir entre la comunidad y el contrato social. “Este elemento subjetivo, que se traduce o manifiesta a través de una convención o acuerdo de voluntades, es el que distingue substancialmente a la sociedad de una simple comunidad; y el *consensus* de que hablan los juristas romanos, para determinar el nacimiento y la duración de la sociedad, no es sino la manifestación positiva o afirmativa de ese *animus societatis*”

Gabino Pinzón, “*Sociedades Comerciales*”, Vol.

1, Quinta Edición, Bogotá D.C., Editorial Temis, 1988, pág. 15

(34)

De los textos transcritos, parece inferirse, con relativa claridad, que el mencionado elemento tiene importancia significativa como criterio auxiliar para distinguir el contrato de sociedad en relación con otros negocios jurídicos. Esta utilidad se manifiesta tanto en el análisis del acto genitor de la compañía, como en relación con contratos de sociedad que se encuentran en ejecución. En el primer caso señalado, la *affectio* permitirá definir si las obligaciones de los contratantes han de regirse bajo las pautas del contrato social o si, por el contrario, las normas aplicables corresponden a un tipo contractual diferente o

a un negocio jurídico ilícito, como en las hipótesis de contratos de trabajo o sociedades ficticias, respectivamente. En el segundo caso, la utilidad del elemento permitirá también definir con precisión si la tipicidad atribuida a un negocio que se encuentra en ejecución corresponde al contrato de sociedad o a otro tipo contractual diferente.

Cosa bien distinta sería darle una utilidad práctica adicional a la *affectio* para sostener, como se hace en el presente litigio, que la pérdida de este elemento debe suscitar la disolución, a lo menos parcial, de la sociedad, con el correspondiente reembolso de la participación del asociado. A pesar de la existencia de un precedente arbitral en ese sentido

Eugenio Schmidt Reitz, Ilse Helena Schmidt de Reitz y Rosario Ingborg Schmidt de Eberle vs. Aurora Ramírez de Baquero. 10 de octubre de 1997, en *Laudos Arbitrales*, Vol 4, Bogotá, Ediciones de la Cámara de Comercio, 1999, Págs. 15 - 52.

(35)

, lo cierto es que tanto la jurisprudencia francesa como la argentina se han pronunciado acertadamente y de modo explícito en contra de la consideración según la cual, la pérdida del *animo contrahendae societatis* pudiera dar lugar a una causa de disolución.

La Corte francesa de Aix-en-Provence, por una parte, ha sostenido que la carencia del elemento analizado no puede, per se, conducir a la disolución de la sociedad. El argumento de la citada corporación se fundamenta en el hecho de que la pérdida de la *affectio* no es motivo suficiente para la liquidación del ente social. En efecto, la Corte afirma que, además de la pérdida de ese elemento, sería necesaria la existencia de un bloqueo total en la gestión de la compañía, reflejada en la imposibilidad de adelantar los negocios sociales, para justificar la referida disolución. Así, pues, en palabras de la mencionada corporación, “en anteriores providencias la Corte ha establecido que la desaparición de la denominada *affectio societatis*, como resultado de un enfrentamiento permanente entre dos grupos de asociados, no puede justificar la disolución de la compañía, bajo el entendido de que alguna facción detenta aún la mayoría necesaria para continuar adelantando los negocios sociales”

Sentencia del 1º de abril de 1983, proferida por la Corte de Aix-en-Provence, Francia. Citada por Barthelemy Mercadal et al., *Op. Cit.*, pág. 76.

(36)

En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisdicción argentina, al desestimar las simples desavenencias de los socios como una causa de disolución. La doctrina informa cómo las cortes argentinas han puesto de relieve la inocuidad jurídica de la pérdida sobreviniente de la *affectio*. De esta forma, se expresa que, “nuestra jurisprudencia ha dicho que la ausencia de *affectio societatis* no habilita per se a estimar procedente la pretensión de disolución de la sociedad, pues esa contingencia no se halla legalmente prevista como causal disolutoria por el artículo 94 de la ley de sociedades. Este pronunciamiento ratifica que la *affectio societatis* constituye un elemento legalmente tipificante de la sociedad, dado que si lo fuera, constatada su ausencia, debería hacerse lugar a su disolución”

Carlos Augusto Vanasco, *Op. Cit.*, pág. 37.

(37)

Consecuentemente, aun los autores que reconocen la importancia del tan mencionado elemento como parte de la teoría del derecho societario, evitan confundir la utilidad práctica que tiene como criterio diferenciador con una errática consecuencia disolutoria para la sociedad o para el vínculo del asociado. En este sentido, el profesor Ricardo Nissen ha expresado que, “si bien la *affectio societatis* es el elemento característico del contrato de sociedad, su inexistencia no puede ser, en principio, causal de resolución parcial del referido contrato ni esgrimido por ninguno de los socios para negarse a cumplir con sus obligaciones sociales. Pero si la falta de *affectio* es el móvil de determinadas conductas del socio que resultan perjudiciales para la compañía, como, por ejemplo, su permanente inasistencia a las reuniones de socios, impidiendo adoptar decisiones fundamentales para la marcha de la sociedad, la exclusión de quien incurra en tales inconductas es admisible, pero no fundada en la inexistencia de la *affectio*, sino en las conductas que son su consecuencia”

Ricardo A. Nissen, “Curso de derecho societario”, Buenos Aires, Editorial Ad hoc, 1998, pág. 81.

(38)

La presunta exigencia de que el ánimo asociativo se mantenga durante toda la vida de la sociedad, crea dificultades de interpretación de relevancia insoslayable para los efectos del presente arbitramento. Aceptar la necesidad de que el *animus* permanezca indefinidamente, daría lugar a problemas prácticos que atentaría contra el principio contemporáneo de conservación de la empresa. Ello obedece a que, si llegare a faltar en cualquier tiempo, el vínculo del asociado se afectaría, con consecuencias inciertas respecto de la continuidad de su presencia en el contrato social. Es de la mayor relevancia determinar si la pérdida sobreviniente de este elemento que ocurre con frecuencia en la práctica por desavenencias entre los asociados —como se aprecia en el litigio sub examine—, tendría la suficiente entidad como para hacer inexistente el vínculo contractual del respectivo asociado

Mascheroni previene al intérprete sobre el grave riesgo de confundir la *affectio* con los sentimientos de afecto o confianza que puedan existir entre los asociados. “Esto nos lleva al insoslayable tema de la *affectio societatis*, que en definitiva no es otra cosa que el ánimo de contraer sociedad, o en otras palabras, de asociarse, lo cual no implica necesariamente una relación afectiva entre los socios y ni siquiera la existencia de una confianza específica, como la presupuesta en todo pacto de fiducia”. (Fernando H. Mascheroni y Roberto H. Muguillo, “Régimen Jurídico del Socio”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1996, pág. 8).

(39)

No parece lógica esta conclusión, a pesar de que, según lo previsto en el artículo 898 del Código de Comercio, la falta de un elemento esencial acarrea como efecto la inexistencia del contrato (o la del vínculo respectivo en los contratos plurilaterales).

Más aún, si la tesis se lleva a extremos, podría incluso aducirse que no existe *affectio societatis* cuando se presenta un bloqueo sobreviniente en los órganos sociales, por obra de alguno o algunos de los asociados. Se sabe que esta

situación no puede dar lugar a la falta de un elemento esencial del contrato ni a su inexistencia. Sin embargo, si la situación se prolonga en el tiempo podría acarrear la “imposibilidad de desarrollar la empresa social”. En este caso, la solución, muy distinta, sería la declaratoria de disolución de la sociedad por el acaecimiento de una causal legal.

Pero, es claro, que, en este proceso, la pérdida sobreviniente del ánimo asociativo en relación con el socio Guillermo Mejía Rengifo no ha dado lugar a que ocurra la causal de disolución contenida en el ordinal 2º del artículo 218 del Código de Comercio, puesto que, aun aceptando que ese elemento ya no concurre en la relación societaria que lo vincula con la compañía Alfonso Mejía Serna e Hijos Limitada, tal carencia no ha imposibilitado el desarrollo del objeto social, ni la apreciación del patrimonio de la sociedad, ni ha impedido el funcionamiento del máximo órgano social. El acervo documental aportado demuestra a las claras que la sociedad ha continuado ininterrumpidamente desarrollando algunas de las actividades de explotación económica previstas en la cláusula del objeto social. Ese mismo conjunto de elementos probatorios denota una continuada actividad de la junta de socios, cuyas determinaciones, a pesar de reflejar presumibles irregularidades, no parecen haber sido impugnadas directamente por los asociados con fundamento en la disposición prevista en el artículo 194 del Código de Comercio. De manera que, lejos de producirse un “bloqueo” de los órganos sociales, ellos han mantenido procesos de deliberación y decisión suficientemente acreditados en el expediente. Y es que, aun en el caso de haberse perdido por parte del socio Guillermo Mejía Rengifo su vocación interesada de asumir un riesgo común al lado de sus consocios, su participación porcentual en el capital no le habría permitido ni ahora ni antes de haber sido diluido, evitar el funcionamiento regular del máximo órgano social. Así las cosas, resulta evidente para el tribunal que, en el caso que se analiza, la pérdida sobreviniente del ánimo asociativo no ha tenido la virtualidad de situar a la sociedad convocada Alfonso Mejía Serna e Hijos Limitada en ninguna de las causales de disolución previstas en los artículos 218 y 370 del Código de Comercio.

Por las razones mencionadas anteriormente, este tribunal habrá de desestimar la pretensión primera de la demanda arbitral en cuanto solicita que se decrete que entre el convocante y los convocados “ha dejado de existir ánimo societario que permita la continuidad de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Limitada”. Debe precisarse respecto de la negativa del tribunal a acceder a esta pretensión, que ella no obedece al hecho de haberse comprobado o no la pérdida del ánimo asociativo del señor Mejía Rengifo, sino más bien a la circunstancia de no ser relevante dicha pérdida para la continuidad de la sociedad. En efecto, como quedó suficientemente explicado, no puede estimarse que las desavenencias ocurridas con posterioridad a la constitución de una sociedad, por graves que ellas resulten, puedan justificar la disolución parcial o total de la sociedad. Si la pérdida subsiguiente de la *affectio societatis* fuera bastante para permitirle al asociado separarse de la sociedad y obtener el reembolso anticipado de su capital, se pondría en grave riesgo la estabilidad patrimonial de la compañía, en notorio detrimento de los terceros acreedores y en desmedro del ya citado principio de conservación de la empresa. Resultaría muy grave, por tanto, para el sistema societario colombiano que hiciera carrera

la tesis de que los asociados no están obligados a mantener sus aportes en el fondo social hasta cuando se produzca la disolución de la compañía y se haya satisfecho íntegramente el pasivo externo social, según lo disponen perentoriamente las normas vigentes en materia de liquidación del patrimonio social.

Con fundamento en las mismas razones que se han expuesto a lo largo de esta providencia, el tribunal habrá de desestimar también la pretensión segunda contenida en la demanda, mediante la cual se solicita decretar la disolución y liquidación de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Limitada “por la misma causa de la pretensión primera”.

Debido a que las pretensiones tercera y cuarta de la demanda solo podrían ser consideradas en cuanto prosperara la primera, ya que presuponen que se inicie un proceso liquidatorio, tal como se solicita en la pretensión segunda, el tribunal habrá de desestimarlas también, pues mal puede liquidarse un reembolso de capital, cualquiera que fuere su porcentaje, cuando la presunta causa disolutoria que originaría tal reembolso parcial, no existe.

Ahora bien, si se asume que las mismas fueron formuladas como pretensiones autónomas, habrán igualmente de desecharse, teniendo en cuenta que: a) en la pretensión tercera se pide que se disponga que el aporte de capital del convocante es del 5.7692%, cuando conforme a los documentos allegados al proceso dicha participación fue reducida en virtud de la capitalización decretada por la junta de socios en el año de 1999 y, ni aun si hipotéticamente fuese posible disponer lo que el convocante pide, que no lo es, se podría ordenar una liquidación de aportes sin causa justificada; b) en la pretensión séptima se pide que los convocados cancelen una suma de dinero por restitución de aportes y liquidación de cuotas sociales, sin que haya razón alguna que permita justificar una solicitud de restitución de los aportes como pretensión autónoma de la de pérdida del affectio societatis, que como ya se expuso no puede derivar en obligación para la sociedad de restituir los aportes ni de liquidar la participación social del convocante en la sociedad.

En la pretensión quinta se pide ordenar la inscripción o registro de la parte pertinente del laudo en la Cámara de Comercio de Bogotá. En la medida en que ninguna decisión tomada en el presente proceso respecto de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. versa sobre asunto que conforme a la ley deba ser objeto de inscripción en cámara de comercio, ni menos aun respecto de las demás sociedades convocadas, la pretensión habrá de negarse.

Por lo que toca con la sexta pretensión habrá de correr la misma suerte de la anterior, dado que lo decidido en este laudo no afecta el derecho de dominio de ningún bien inmueble.

En cuanto tiene que ver con la pretensión séptima de la demanda, que ha sido planteada como subsidiaria de la segunda y mediante la cual se solicita que se decrete el retiro del socio Guillermo Mejía Rengifo por la misma causa de la primera pretensión, el tribunal considera pertinente manifestar que la pérdida

de la *affectio societatis* no constituye tampoco una causal que permita ejercer tal derecho de separación.

En verdad, la finalidad del derecho de retiro consiste en evitar que en determinaciones de trascendencia la ley de las mayorías se convierta en un mecanismo de abuso, empleado en contra de los intereses de los asociados minoritarios. Lo trascendente del derecho de receso no es tan solo la posibilidad de separarse de la sociedad. Esta opción está garantizada plenamente por medio de la cesión, a cualquier título, de la participación en el capital social. Lo relevante de esta prerrogativa es la opción que se le ofrece al asociado de obtener el reembolso anticipado de la participación de capital, aun antes que se produzca el pago del pasivo externo. De ahí que el derecho de retiro, como garantía individual concedida a los asociados tenga el grave inconveniente de generar, correlativamente, una reducción de la prenda común de los acreedores. No debe desconocerse que un sinnúmero de disposiciones legales contenidas en el Código de Comercio, apuntan al objetivo esencial de mantener el principio de integridad del capital durante la vida activa de la sociedad. Según lo sostiene el tratadista argentino Zaldívar, “la reducción de capital operada a consecuencia del ejercicio del receso, atenta —sin mayores beneficios en lo que hace a la protección del socio— contra la propia subsistencia del ente, y por ende, de la empresa social, amén del perjuicio apuntable con respecto a los acreedores sociales; todo ello sin que se justifique plenamente como institución, puesto que los socios no conformes pueden, en el tipo social que nos ocupa, transferir sus acciones obteniendo los mismos resultados”

Enrique Zaldívar et al., “Cuadernos de derecho societario”, Vol. III, Buenos Aires, pág. 500.

(40)

Las anteriores consideraciones son similares a las tenidas en cuenta en el proceso de reforma de la legislación societaria colombiana que dio lugar a la Ley 222 de 1995, en la cual se encuentra regulado el derecho de retiro en términos restrictivos y excepcionales. En la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes se expresó sobre este tema lo siguiente: “Igualmente se mantiene el derecho de receso aunque también con algunas modificaciones que hemos introducido especialmente en lo referente a los casos en que este procede. Consideramos que, en aras de la integridad del capital social de las compañías, que a su vez es prenda común de los acreedores, no puede convertirse prácticamente en regla general la posibilidad del retiro o receso para los eventos de cambio de domicilio o modificación del objeto social, como está previsto en el proyecto. Por eso creemos que debe restringirse únicamente para los casos de transformación, fusión y escisión, siempre y cuando para los socios se originen cambios sustanciales como lo es el incremento de su responsabilidad o la disminución de su situación patrimonial. Así también será posible dicho receso cuando tratándose de sociedades con acciones inscritas en bolsa de valores, dicha inscripción se cancele”.

Las causales de retiro solo pueden ser, por tanto, presupuestos de origen legal que le permitan al asociado separarse de la compañía y obtener el reembolso de su participación de capital. Es innegable, tanto a la luz de la redacción de las normas pertinentes, como de los antecedentes normativos, que las hipótesis de retiro son taxativas. Lo anterior se debe también a los principios ya mencionados de conservación de la empresa e integridad del capital, cuya vigencia podría verse afectada si se admitiera libertad de estipulación contractual sobre los presupuestos que configuran la eficacia de la separación o retiro. Y si ello es así, con mayor razón debe afirmarse que la jurisprudencia está impedida para crear causales de retiro que excedan aquellas previstas de modo limitativo en el artículo 12 de la Ley 222 de 1995. Por esta razón, el tribunal también habrá de desestimar la pretensión subsidiaria número 7 de la demanda.

F) Sobre las pretensiones octava y siguientes.

La pretensión octava de la solicitud de convocatoria habrá de ser negada por improcedente, toda vez que en la misma se pide “la citación a todas las personas que consideren estar legitimadas como causahabientes del señor Alfonso Mejía Serna (q.e.p.d.)” y la citación en mención fue decidida como cuestión previa al laudo, toda vez que la demanda se dirigió contra los causahabientes del mencionado señor Mejía Serna.

Es aquí pertinente hacer mención a la excepción propuesta por algunos de los convocados, en el sentido de que el pacto arbitral no vincula a los herederos del señor Alfonso Mejía Serna, planteamiento que parte de un silogismo mal construido y que por lo tanto no puede ser aceptado por el tribunal, dado que si bien es cierto que algunas de las personas que fueron llamadas al proceso como herederos del señor Mejía Serna no tienen el carácter de socios de la sociedad y por lo mismo no están en principio vinculados por los efectos de la cláusula compromisoria, lo cierto es que de acuerdo con la ley civil los herederos de una persona fallecida ocupan la posición del de cuius, en esa medida, estando vinculado el fallecido por la cláusula compromisoria, en lo tocante con las actuaciones cumplidas por él mientras fue socio de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., también lo están sus herederos, que ocupan su posición jurídica en lo concerniente con las obligaciones y derechos que gravitan en la esfera patrimonial del causante.

Todas las personas que fueron llamadas al proceso como herederos del señor Mejía Serna no expresaron rechazo alguno a que se les confiriera ese tratamiento, es decir, todos aceptaron tácitamente tener el título de herederos del señor Mejía Serna. Los herederos responden por las deudas hereditarias, que se dividen entre ellos, a prorrata de sus cuotas, siendo entendido que si se ha aceptado con beneficio de inventario, el límite de su responsabilidad estará en el valor de los bienes que hereda.

Respecto de la sucesión mortis causa en la deuda es del caso traer a colación el planteamiento del tratadista Fernando Hinestrosa, quien al respecto ha puntualizado:

“El heredero subentra en las relaciones del de cuius, ya en su totalidad, ya en una cuota parte, ya en el remanente; ...
(...).

... Es posible que para cuando ocurra la defunción del deudor ya la obligación esté vencida y sea exigible; como también puede suceder que dicha exigibilidad no llegue sino con posterioridad a aquel hecho, pero antes de que se liquide la sucesión ...”

Fernando Hinestrosa, “Tratado de las obligaciones”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, págs. 478 y 480.

(41)

En la pretensión novena, el demandante agrupa una serie de circunstancias relativamente inconexas y no suficientemente fundamentadas en un análisis jurídico de las normas societarias vigentes. Solicita la parte convocante en la mencionada pretensión que se declare que la parte convocada, en forma solidaria, es civilmente responsable de los perjuicios económicos por daño emergente y lucro cesante, causados a Guillermo Mejía Rengifo, “por violación del derecho de preferencia, derecho al retiro-cesión cuotas (sic) y disminución injustificada de sus derechos y cuotas sociales originado en un supuesto o abusivo aumento de capital de \$ 2.600.000 a \$ 43.600.000...”, en cuantías que se señalan en la misma pretensión.

Por lo que toca con la violación del derecho de preferencia se advierte que, efectivamente y tal y como se describe en los hechos de la demanda, algunos de los socios de la sociedad no dieron aplicación a la norma estatutaria que, bajo la vigencia de la correspondiente estipulación, reguló el derecho de preferencia que tenían los socios para adquirir las cuotas sociales objeto de enajenación.

Sin embargo, respecto de los presumibles perjuicios derivados de la trasgresión al derecho de preferencia en las distintas operaciones de enajenación de cuotas sociales efectuadas por algunos de los convocados, cabe señalar que no se encuentra probado que tales negocios jurídicos le hubieren ocasionado al convocante el perjuicio reclamado. En efecto, no se ha establecido la certeza del daño, sin la cual no procede decretar una indemnización. De hecho, en el acervo probatorio no se halla demostración de que el señor Guillermo Mejía Rengifo hubiese tenido interés en adquirir las cuotas sociales cuya enajenación se efectuaba en cada uno de tales negocios.

No basta con que en el documento denominado “cuantificación del daño emergente y lucro cesante causado al Sr. Guillermo Mejía Rengifo por violación del derecho de preferencia”, que se acompañó a la solicitud de convocatoria, se sostenga que este, tenía capacidad patrimonial para adquirir las cuotas sociales objeto de cesión sin sujeción al derecho de preferencia, para deducir a partir de dicha afirmación, la cual ni siquiera proviene del convocante, que este sí tenía el interés de adquirir las aludidas cuotas y que la frustración de dicho interés efectivamente le causó el daño alegado.

No existe en el expediente evidencia alguna de la existencia de un interés serio y real de adquisición de una mayor participación en el capital social de la

sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., por parte del socio Guillermo Mejía Rengifo y, por el contrario, lo que se pudo establecer es que los desencuentros del socio en mención con los consocios que tenían el control de la sociedad lo llevaron a proponerles la venta de su participación primero y, después, lo condujeron a considerar que había desaparecido el ánimo de permanecer en sociedad.

Por lo anterior habrá de negarse el reconocimiento de alguna indemnización por la trasgresión del derecho de preferencia en la negociación de las cuotas sociales.

En lo tocante con la violación del derecho de cesión de cuotas, el tribunal encuentra probado que efectivamente el convocante desplegó actuaciones enderezadas a hacer efectiva la atribución que el contrato social y la ley le confieren a los socios de sociedades de responsabilidad limitada, en el sentido de disponer de las cuotas sociales, en cuya virtud es posible lograr la desvinculación de la sociedad, bien por la vía de la adquisición de las cuotas sociales por parte de los demás socios o bien mediante la adquisición de dichas cuotas sociales por un tercero, sin perjuicio de la solución que para la negativa a aceptar al tercero adquirente se contempla en la ley y con arreglo a la cual los demás socios deben optar entre disolver la sociedad o excluir al socio interesado en la cesión, liquidando sus cuotas sociales.

No obstante que la conducta de la parte convocante dirigida a concretar la aludida cesión de cuotas sociales se manifestó mediante el envío de la comunicación requerida conforme a las disposiciones aplicables y no obstante que los restantes socios no expresaron interés en adquirir las cuotas sociales objeto de ofrecimiento, los socios que ejercían mayoría en la junta de socios se abstuvieron, sin justificación atendible y contrariando mandato legal imperativo, de darle trámite a la solicitud planteada por el señor Guillermo Mejía Rengifo, en el sentido de resolver sobre la cesión de dichas cuotas al señor Alfonso Cañas.

A pesar de que en la convocatoria a la reunión extraordinaria de la junta de socios que tuvo lugar en Bogotá, el día 4 de junio de 1999, se incluyó un punto relacionado con cesión de cuotas sociales, llegado el momento de tratar el tema, se puso en discusión por parte de los socios que ejercían el control de la sociedad una cesión de cuotas diferente a la propuesta por el señor Guillermo Mejía Rengifo, sin explicación razonable que justificara la falta de consideración de la solicitud por él formulada, a pesar de los reclamos del convocante.

Toda parte en un contrato está obligada a obrar con buena fe y, por ende, a procurar, en forma genuina la legítima satisfacción de intereses de la otra u otras partes del contrato. Dicho imperativo de conducta adquiere una dimensión mayor en el contexto de los denominados contratos de colaboración, en los cuales la satisfacción de intereses de los asociados se debe buscar mediante la acción coordinada de los mismos en procura de la obtención del fin común.

No es de recibo para el tribunal, a la luz de la buena fe, que los socios que ejercen un nítido control sobre una sociedad de responsabilidad limitada

desarrollen una conducta dirigida a obstruir o cuando menos a entorpecer el legítimo derecho del socio minoritario a obtener que un tercero adquiera una parte de su participación en la sociedad, menos aun si la sociedad es familiar y de aquellas que pueden caracterizarse como “de personas”.

Los socios mayoritarios deben comportarse con celo y acuciosidad ejemplares para asegurar el respeto al derecho que la ley confiere a sus consocios minoritarios para encontrar soluciones adecuadas a su interés de dejar de participar como asociado, máxime cuando la cesión de cuotas es por regla general la única opción que se ofrece a los asociados para desligarse de la sociedad, considerando el carácter excepcional con el que se plantea en el ordenamiento legal el derecho de retiro o receso y atendiendo a las consideraciones ya formuladas sobre la pérdida del ánimo asociativo por parte de alguno de los asociados y sus implicaciones respecto de la continuidad de la sociedad.

No es explicable ni admisible en buena fe que los socios mayoritarios de la sociedad no solamente se nieguen a incluir en el orden del día el punto del pronunciamiento sobre la cesión de cuotas que el socio minoritario está solicitando con insistencia, ni menos aún lo es que ante el retiro del señor Guillermo Mejía Rengifo del recinto donde se llevaba a cabo la reunión de la junta de socios, por el rechazo que hizo explícito frente al proceder de los socios mayoritarios, opten estos por introducir una manifestación de última hora según la cual el socio Guillermo Mejía Rengifo debe precisar si su interés está en la cesión de las cuotas a un tercero o en recibir bienes a cambio de la participación de capital de la que pretende disponer, tratando por esta vía, infructuosamente, de darle apariencia de corrección a su conducta.

La manifestación anterior no revela, a juicio del tribunal, una conducta seria orientada a la solución de la pretensión de cesión que ha sido propuesta ni el interés por ofrecer una salida alternativa al socio minoritario, sino que más bien aparece como un mecanismo de dilación injustificado.

Desde esa perspectiva, es claro para el tribunal que los socios controlantes de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., es decir, Alfonso Mejía Serna, Lucila Acosta Bermúdez, Mauricio Mejía Acosta y Ana María Mejía Acosta actuaron sin observancia de la buena fe contractual en lo tocante con el trámite del derecho de retiro o cesión de cuotas propuesto por el convocante y que tal situación se tradujo en violación del derecho de cesión de cuotas sociales que estaba tramitando.

La esposa del convocante, señora Edith García, así como el señor José Ignacio Puentes hicieron referencia a que, como consecuencia de no haber podido concretar la cesión de cuotas sociales, el convocante se había visto precisado a desistir de un negocio de pollos de engorde que se proponía llevar adelante en predio de su propiedad, toda vez que los dineros previstos para ese efecto hubo de destinarlos a la adquisición del inmueble que había prometido en venta al cesionario de las cuotas sociales.

No obstante lo anterior, no existe en el expediente ninguna prueba escrita de las condiciones en que el convocante y el señor Cañas habían convenido celebrar la cesión de cuotas ni hay principio de prueba por escrito respecto de tal negocio de cesión y sus condiciones, no obstante que la cesión de cuotas tenía estrecha relación con la forma como el convocante se proponía cumplir con el pago del precio del bien que el pretendido cesionario de las cuotas sociales había prometido en venta y el cual sí se hizo constar por escrito. Ni siquiera en las declaraciones de que se da cuenta se describen las condiciones del negocio de cesión.

De otra parte, en la promesa de venta celebrada entre el señor Guillermo Mejía Rengifo y el señor Cañas, que data del 7 de abril de 1999, como tampoco en el otrosí a dicha promesa de venta que es del 14 de mayo de 1999, aparece mención alguna a la cesión de cuotas sociales a título de permuta del inmueble o como parte del precio de la compraventa prometida.

El tribunal no tiene elementos que le generen la certeza requerida sobre las condiciones bajo las cuales la cesión se pudo haber acordado ni, por ende, sobre la implicación que la frustración de dicha cesión de cuotas pudo tener en la efectiva concreción del negocio de levante de pollos que el convocante pretendió llevar a cabo ni tampoco sobre el efecto que el incumplimiento del derecho de cesión pudo tener en el pago de unos arrendamientos, siendo por demás notoria la falta de fundamentación técnica que presenta el documento que se acompañó con la solicitud de convocatoria para sustentar el perjuicio sufrido por ese concepto, en la medida en que asume que la no disponibilidad de unos recursos “presupuestados”, que ni siquiera se cuantifican, deben dar lugar a reconocer como daño lo que el convocante tuvo que pagar por unos cánones de arrendamiento.

Desde la perspectiva anterior y en relación con los ítems mencionados no encuentra el tribunal fundamento para decretar una indemnización de perjuicios.

En cambio, el tribunal entiende que la conducta de los socios mayoritarios, que condujo a la violación del derecho del convocante a ceder sus cuotas sociales, en las condiciones que la ley mercantil dispone, se reflejó en un detrimento ulterior del patrimonio de este, en la medida en que la participación que no pudo vender por causa de la conducta dilatoria anotada se vio diluida como consecuencia de la capitalización de la compañía, capitalización que los mismos socios mayoritarios decidieron realizar de manera más o menos concomitante, situación esta que le generó al convocante un daño cierto e indemnizable.

Con todo, como el mencionado perjuicio está en directa conexión con el que el convocante alega le produjo la capitalización decretada por la junta de socios de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., habrá de volverse sobre el punto cuando se aborde esta arista de la reclamación del convocante, a lo cual se procederá enseguida.

El convocante ha planteado que los convocados incurrieron en abuso del derecho al disponer la capitalización de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., poniendo de presente que como consecuencia de la aludida capitalización se produjo una reducción de su participación en la sociedad en mención que pasó del 5.7692% al 0.34%.

Al respecto, encuentra el tribunal que existen suficientes indicios de que la capitalización de la sociedad efectuada en la reunión de la junta de socios llevada a cabo el día 26 de octubre de 1999, solemnizada mediante escritura pública 4211 de 5 de noviembre de 1999, otorgada en la Notaría 42 del Círculo de Bogotá, fue realizada de manera abusiva y que la conducta es imputable a los socios que ejercían el control de la sociedad.

No solo la convocatoria de esa reunión, efectuada por medios inusuales para los asociados, sino la determinación intempestiva de incrementar el capital social en más de un mil seiscientos por ciento (1600%) sin un propósito claramente establecido, sumadas a la consecuencia de dilución del socio Guillermo Mejía Rengifo de 5.7692%, al 0.34%, denotan, cuando menos, una conducta abusiva del derecho. Y aunque prácticas como esta se hallen lamentablemente extendidas en el entorno societario colombiano, tal costumbre debe considerarse, ciertamente, contra legem. No puede, coonestarse que, so pretexto de un fortalecimiento patrimonial, muchas veces injustificado e innecesario, se oprima a los asociados minoritarios mediante la reducción del valor de su inversión y la privación de su interés en la asociación, mercantil.

El tribunal considera necesario advertir que el pronunciamiento que en este laudo se hace sobre la existencia de un comportamiento abusivo por parte de los socios mayoritarios de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., con ocasión de la capitalización realizada y a la que se ha hecho mención, no lleva implícito pronunciamiento de validación acerca de la eficacia de las reuniones de la junta de socios que precedieron a aquella en que se adoptó la decisión que se examina, ni tampoco se le reconoce más eficacia que la que con arreglo a la ley tenga la propia reunión en que la decisión de capitalización fue tomada.

Al proceso se allegaron algunas piezas de la actuación que se viene surtiendo ante la Superintendencia de Sociedades y que se orienta a que esa autoridad pronuncie la ineficacia de decisiones adoptadas en el seno de la junta de socios de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. A este tribunal no le fueron planteadas por el convocante cuestiones relativas a la eficacia o ineficacia de las mencionadas decisiones sociales y, por ende, no se pronunciará sobre ese aspecto.

También debe ponerse de presente que para el examen de la cuestión que se analiza, el tribunal parte de la premisa de lo que consta en el acta 59 de la reunión de la junta de socios de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., en el entendido que no le concierne decidir sobre la validez de las decisiones tomadas, desde el punto de vista del cumplimiento de los requisitos que para el efecto plantea el ordenamiento legal colombiano. Lo que el tribunal sí examinará serán las consecuencias que para el convocante se derivaron de las decisiones tomadas en la mencionada reunión de la junta de socios,

concretamente en lo concerniente con el efecto de dilución de la participación de capital que, según los documentos aportados, tenía el socio Guillermo Mejía Rengifo antes y después de la aludida capitalización.

La decisión de la junta de socios de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. que dio lugar a la capitalización y consiguiente dilución de la participación del socio Guillermo Mejía Rengifo fue adoptada por los socios Alfonso Mejía Serna, Lucila Acosta Bermúdez, Mauricio Mejía Acosta y Ana María Mejía Acosta. Además, la administración de la sociedad estaba en manos de algunos de los socios mayoritarios, toda vez que el señor Alfonso Mejía Serna fungía como gerente y la señora Lucila Acosta Bermúdez actuaba como suplente del gerente, de manera que para la concreción del designio que orientó su comportamiento no requirieron de la colaboración o participación de otras personas.

Si bien es cierto para llegar a la capitalización que tuvo tan importantes implicaciones en la estructura de capital de la compañía se utilizó el medio idóneo de acuerdo con la ley para llevar a cabo la convocatoria a reuniones del máximo órgano social, no puede perderse de vista que dicho comportamiento entrañó una modificación intempestiva a una práctica enraizada en la sociedad, como anteriormente se advirtió, según la cual para las reuniones de la junta de socios se daba un aviso personal a todos y cada uno de ellos. No le compete al tribunal pronunciarse sobre la validez del modo de convocatoria tradicionalmente utilizado por la sociedad al que antes se hizo mención, que está en la base del debate sobre la eficacia de las decisiones sociales adoptadas por las juntas de socios así convocadas y que se ventila ante la Superintendencia de Sociedades, sino que lo que se quiere es resaltar que la sociedad y, consiguientemente los socios que asistían a las reuniones del máximo órgano social, estaban en el deber de ser congruentes con sus propios actos del pasado, de manera tal que si se iba a dar un cambio en la forma de convocar a las reuniones, así con el mismo se estuviera observando la ley en punto a los medios de convocatoria, dicho cambio debía traducirse necesariamente en una actuación revestida de total transparencia frente a los asociados.

Cuando los socios mayoritarios, de manera consciente y deliberada, deciden decretar una capitalización que se plantea de manera repentina y que se promueve sigilosamente, aprovechándose de una intempestiva modificación de la forma como se venían haciendo las convocatorias a las reuniones de la junta de socios y privando a sus consocios, de facto, de la posibilidad de participar en dicha capitalización, incurren en abuso del derecho, a pesar de que formalmente hayan cumplido con los pasos para concretar una capitalización en la que —teóricamente— los demás consocios también pueden participar.

En suma, los socios con capacidad decisoria tienen la potestad de hacer valer su mayoría para aprobar una decisión que implique una capitalización de la sociedad. El derecho en mención, que se enmarca dentro de los lineamientos propios de ejecución del contrato social, debe sin embargo ejercerse en forma consecuente con la función que en el ordenamiento jurídico se le atribuye al mismo, de manera que un comportamiento que sea incongruente con la función

que para la figura de la capitalización o aumento del capital social se ha previsto en el ordenamiento jurídico en orden a la plena realización de los fines del contrato de sociedad, debe ser rechazado, particularmente si como consecuencia del mismo se infringe un daño a un tercero

“[C]uando se pronuncia la expresión “abuso del derecho” se desea destacar un tipo particular de ilícitos cometidos solamente por quien cuenta con un poder legal que ejercita en contradicción con su espíritu o fuera de sus linderos” (Fernando Hinestrosa, “Curso de obligaciones”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1961, pág. 688).

(42)

En el sentido expuesto se ha pronunciado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, aludiendo a la implicación de la realización de una conducta que entrañe abuso del derecho en el marco de la celebración o ejecución de una relación contractual

También en el campo de la justicia arbitral se ha planteado el tema del abuso del derecho en el contexto de relaciones contractuales, como por ejemplo, en el laudo arbitral de Acarreos Beyjor contra Bavaria S.A., de 28 de febrero de 1997, árbitros María Cristina Morales de Barrios, Carlos Darío Barrera Tapias y José Antonio Lema Villegas, o en el laudo arbitral de Aura Cristina Geithner contra Sonolux S.A., de fecha 13 de junio de 2001, árbitros Diego Muñoz Tamayo, Luis Carlos Rodríguez Herrera y Alirio Gómez Lobo.

(43)

:

“... [N]ingún argumento convincente se adujo en orden a demostrar que el fenómeno conocido como “abuso del derecho” tiene reducido su campo de acción a servir de fuente de obligaciones extracontractuales, que no cumple por ende papel alguno cuando se trata del ejercicio de facultades emanadas de la contratación entre particulares y, por último, que no es posible concebir el “acto abusivo” sino en tanto medie una falta personal imputable a título de dolo o de culpa al autor del daño de quien es reclamada la respectiva indemnización”.

“Así pues, la condena jurídica de los comportamientos abusivos del titular de un derecho subjetivo, ora sea al ejercitarlo o al dejar de hacerlo, es un valioso principio regulador de tipo general que en tanto permite un amplio control judicial orientado a reprimir esos comportamientos donde quiera que se presenten

...” (C.S.J., sentencia de octubre 14 de 1994, expediente 3972).

Jorge Suescún Melo ha sintetizado en forma afortunada algunas de las orientaciones que la jurisprudencia nacional ha sentado para explicar el marco dentro del cual puede surgir la responsabilidad por abuso del derecho:

“Según nuestra jurisprudencia, para que no se incurra en responsabilidad por abuso del derecho, es menester que este se ejerza de tal forma que sirva para el cumplimiento del fin social a que está destinado y sobre bases de estricta justicia. Por ello se dice que no es suficiente que se haga uso de las facultades que se desprenden de los derechos que nos corresponden, sino que dicho uso debe hacerse sin perjuicio de los demás y con la intención de no causar daño

Jorge Suescún Melo, “Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo”, Bogotá, Edición Cámara de Comercio de Bogotá y Universidad de los Andes, 1996, página 19.

(44)

”

Sobre la aplicación del abuso del derecho al ámbito de las relaciones contractuales también se ha pronunciado Ernesto Rengifo García:

“El abuso se puede dar tanto en el ejercicio de un derecho contractual —p. ej., en los contratos de arrendamiento de servicios de duración indeterminada, en el contrato de mandato, en el contrato de compraventa, en el contrato de arrendamiento de cosas, en el contrato de sociedad—, como en el ejercicio de un derecho extracontractual”

Ernesto Rengifo García, “Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, página 63.

(45)

.

A juicio del tribunal el problema del abuso en el contexto del derecho de sociedades no debe reducirse de manera exclusiva al asunto de la responsabilidad de la compañía o de sus socios por las deudas sociales, que suele analizarse bajo la doctrina del descorrimiento del velo societario, sino que puede extenderse a otros ámbitos, como aquellos relacionados con la aplicación del principio de la ley de las mayorías —vinculado de manera estrecha con la teoría organicista sobre la personificación jurídica de la sociedad—, por cuyo posible abuso pueden resultar perjudicados los socios de minoría.

Bajo la concepción tradicional se estima que las determinaciones mayoritarias encarnan el denominado querer social, o sea que representan la expresión volitiva, del ente societario, manifestada por conducto del órgano social competente (junta de socios). Esta asunción fáctica justifica la existencia de preceptos como el contenido en el artículo 188 del Código de Comercio, según el cual, los socios ausentes y disidentes quedan, en general, obligados respecto de la decisión mayoritaria, por la determinación así adoptada. Empero, la realidad enseña, como ocurre en el caso que se decide por este laudo, que la mayoría, al manifestarse en determinaciones del máximo órgano social, puede apartarse de modo significativo del denominado interés social, para confundirse con la simple suma de los intereses individuales de los asociados mayoritarios, intereses que en cuanto se expresan en dirección contraria a la que guía la protección que el ordenamiento jurídico dispensa a las decisiones de la mayoría, abre las puertas a la corrección de la desviación mediante la aplicación de la figura del abuso del derecho.

Con acierto, algunos sistemas jurídicos han reaccionado contra conductas como aquellas de que da cuenta el acervo probatorio en este proceso, por medio de la aplicación de la teoría del abuso del derecho a las determinaciones aprobadas por las asambleas o juntas de socios. Son bien conocidos los avances que en esta materia ha logrado, por ejemplo, la jurisprudencia francesa. Las decisiones de los tribunales han intentado resolver el mencionado conflicto que suele presentarse entre la voluntad de los asociados y el interés social.

Cuando, como ocurre en el presente caso, se aprueba una determinación de capitalizar la sociedad, con el propósito subyacente de diluir la participación en el capital de socios minoritarios y de establecer una recomposición de la

participación de los socios mayoritarios, se produce un abuso de mayoría que debe ser corregido. No puede tolerarse, en verdad, que sin que medie una oportunidad real de participación, un asociado resulte mermado en sus derechos patrimoniales por la simple imposición de decisiones arbitrarias orientadas por el propósito inconfesable de perjudicarlo.

La conducta desplegada por los accionistas mayoritarios y que es objeto de censura por su tinte abusivo se tradujo en una reducción de la participación del socio convocante, quien pasó de tener el 5.7692% a ser titular del 0.34% del capital social en la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda. La aludida reducción resultante de la capitalización efectuada generó un daño al patrimonio del señor Guillermo Mejía Rengifo que habrá de ser indemnizado.

Cuando se examinó el aspecto relacionado con la violación del derecho de cesión en que incurrieron los accionistas mayoritarios, se puso de presente que dicha violación afectó al convocante en cuanto la conducta en mención le impidió disponer de la parte de sus cuotas sociales que iban a ser negociadas y, de esta forma, se afectó posteriormente su patrimonio como consecuencia de la capitalización que se llevó a cabo, toda vez que la dilución que como consecuencia de la capitalización se produjo no lo hubiera afectado, sino en la parte de la participación social que después de la cesión iba a conservar.

No obstante, en la medida en que el efecto de la dilución de que fue objeto la participación en el capital social que tenía el convocante se está considerando íntegramente para disponer la indemnización que se decretará como consecuencia del abuso del derecho en que se incurrió por la capitalización que los accionistas, mayoritarios decretaron, con dicha indemnización se repara también el daño que en la visión del tribunal fue causado al convocante por la violación del derecho de cesión de cuotas.

Al proceder en la forma antes expuesta evita el tribunal decretar una doble indemnización originada en una misma situación y se supera así una de las dificultades que ha entrañado la solución del caso, debido a la yuxtaposición de pretensiones indemnizatorias que formula el convocante.

Tal y como se ha expuesto a lo largo del laudo, las personas que intervinieron en los hechos que dan origen a la indemnización que se decretará a favor del convocante fueron Alfonso Mejía Serna, Lucila Acosta Bermúdez, Mauricio Mejía Acosta y Ana María Mejía Acosta.

No obstante, para atribuir la responsabilidad correspondiente y lograr la solución más acorde con la justicia en el presente caso, el tribunal tendrá en cuenta que las acciones desplegadas por los accionistas mayoritarios estuvieron guiados por el propósito de beneficiar a los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Mauricio Mejía Acosta y Ana María Mejía Acosta, al punto que la participación del fallecido socio Alfonso Mejía Serna se fue reduciendo significativamente hasta desaparecer en una sucesión de operaciones de donación, otras que se denominaron “rescisión” de donación, compraventa y, por último, la capitalización. En consecuencia, la totalidad del beneficio que generó la capitalización abusiva que los accionistas mayoritarios llevaron a

cabo se radicó en el patrimonio de los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Mauricio Mejía Acosta y Ana María Mejía Acosta. Por lo tanto, considera el tribunal que en el presente caso la solución que en equidad debe darse es la de imponer la obligación de indemnizar, derivada de la condena, a los tres mencionados convocados, en forma solidaria, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive.

Para determinar el monto de la condena ha imponer el tribunal considera apropiado basarse en dos pilares fundamentales: a) el balance de la sociedad anterior más próximo a la fecha en que la capitalización que con abuso del derecho fue realizada y que obra en el expediente, esto es, el balance de diciembre de 1998, y; b) los avalúos que sobre los inmuebles se practicaron a principios del año de 1999; esto último, teniendo en cuenta que el activo de la sociedad según se estableció estaba conformado esencialmente por los bienes inmuebles que fueron valuados.

La dilución de que fue víctima el convocante por la acción de los accionistas mayoritarios lo privó de una proporción equivalente al 5.4292%. Por lo tanto, la indemnización máxima susceptible de ser decretada es equivalente al valor que el aludido porcentaje representa en el valor de los activos valuados, más los otros activos según el balance, menos las depreciaciones, menos el valor de los pasivos que en la fecha del balance gravaban el patrimonio social.

En todo caso, el valor máximo de la indemnización a ser reconocida no podrá exceder de la cifra que se pidió por el convocante para resarcir el perjuicio por la capitalización abusiva, esto es ciento cuarenta y un millones novecientos veintiséis mil ochocientos ochenta y siete pesos con 50/100 (\$ 141.926.887,5).

El valor de los bienes inmuebles de la sociedad, según los avalúos, era de cuatro mil tres millones nueve mil doscientos pesos (\$ 4.003.009.200); el valor de los otros activos era de setenta y dos millones seiscientos noventa y nueve mil cuatrocientos sesenta y dos pesos (\$ 72.699.462); el valor de las depreciaciones correspondía a treinta y siete millones ciento noventa y cuatro mil trescientos setenta y cuatro pesos (\$ 37.194.374); el valor de los pasivos ascendía a veintiún millones diez mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos (\$ 21.010.844).

Por lo tanto, el 5.4292% del valor neto resultante de la operación matemática realizada conforme a lo antes descrito sería equivalente a doscientos dieciocho millones ciento dieciocho mil doscientos noventa y tres pesos (\$ 218.118.293).

En consecuencia, como el valor antes mencionado excede del pedido, se concederá este último, es decir, ciento cuarenta y un millones novecientos veintiséis mil ochocientos ochenta y siete pesos con 50/100 (\$ 141.926.887,5).

Por otra parte, al no haberse acreditado lucro cesante no se impondrá condena porese concepto. En efecto, en el documento que se acompañó con la solicitud de convocatoria se establece un lucro cesante determinado como una tasa de interés sobre el valor de la indemnización que en dicho documento se plantea.

Sin embargo, no se trata aquí de una obligación dineraria cuyo pago se hubiera incumplido y sobre la cual sería procedente liquidar intereses, sino que la misma surge por la afectación patrimonial que le produjo al convocante la reducción de su participación patrimonial en la sociedad y no se probó la existencia de un perjuicio por lucro cesante que tuviera como causa la aludida dilución.

Sin embargo y con el propósito de que la indemnización decretada sea íntegra o completa, en términos de que se preserve el poder de compra del dinero en el tiempo, se dispondrá —en armonía con lo pedido en la pretensión undécima de la demanda— el pago del valor de la condena actualizado por inflación, calculado con base en la diferencia entre el índice de precios al consumidor del mes siguiente al de la adopción por la junta de socios de la reforma estatutaria en cuya virtud se incrementó el capital social en forma abusiva, es decir, desde el mes de diciembre de 1999, inclusive, hasta el mes anterior a aquel en que se pague el monto de la condena, inclusive.

Debido a que el tribunal no concederá la pretensión relacionada con la liquidación de la sociedad ni con el ejercicio del derecho de retiro con reembolso de participaciones de capital a favor del señor Guillermo Mejía Rengifo, este continuará como socio de la compañía Alfonso Mejía Serna e Hijos Limitada, con la misma participación que en la actualidad detenta en el capital social, después de la capitalización y que para la fecha de la solicitud de convocatoria era del 0.34%, sin perjuicio de los actos dispositivos que en el entretanto haya podido haber realizado o los que efectúe en el futuro.

Por lo que toca con la pretensión décima de la demanda, contenida en la solicitud de convocatoria, debe ser negada, toda vez que, de una parte, se pide indemnización por enriquecimiento sin causa, originado en la capitalización abusiva, situación que ya fue resuelta bajo el prisma del abuso del derecho y, de otra parte, porque no se encuentra fundamento alguno en los hechos de la demanda para sostener que las donaciones realizadas por algunos de los convocados hayan podido enriquecer a los convocados y empobrecer al convocante, como no sea porque el asunto se plantee con referencia a la violación del derecho de preferencia en la cesión de cuotas, aspecto este que ya fue resuelto en otra parte de este laudo.

Por último, teniendo en cuenta que se ha demostrado el abuso del derecho en que han incurrido los convocados al efectuar una capitalización abusiva en la sociedad, el tribunal despachará favorablemente también la pretensión contenida en el punto 12 de la demanda, relativa a la condena en costas del proceso y agencias en derecho a la parte convocada, aunque la misma se impondrá solo en relación con los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Mauricio Mejía Acosta y Ana María Mejía Acosta y en un porcentaje equivalente al 30% de las mismas, considerando que las pretensiones solo prosperaron parcialmente.

Ahora bien, por lo que toca con los convocados en relación con los cuales no prosperó ninguna de las pretensiones de la demanda se adoptarán las siguientes determinaciones en materia de costas: a) En lo concerniente a los

convocados como herederos del señor Alfonso Mejía Serna, si bien contra estos no se profiere condena, teniendo en cuenta las consideraciones hechas por el tribunal sobre el papel que desempeñó el finado señor Mejía Serna en las actuaciones que derivaron en la violación del derecho de cesión y en la capitalización abusiva, se considera que no hay lugar a disponer condena en costas a cargo del convocante Guillermo Mejía Rengifo y a favor de los mencionados convocados; b) Teniendo en cuenta que la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., aunque no es condenada, fue el instrumento utilizado por los socios mayoritarios para materializar la capitalización abusiva, considera el tribunal que tampoco procede decretar condena en costas a cargo del convocante en relación con dicha sociedad; c) En lo que dice relación con las sociedades L. Acosta Bermúdez y Cía. S. en C. y A. Mejía Serna y Cía. SCA, respecto de las cuales no prospera ninguna de las pretensiones de la demanda, considera el tribunal que debe condenarse en costas al convocante.

G) Pronunciamiento del tribunal sobre las excepciones propuestas por los convocados.

En anterior aparte del presente laudo, se relacionaron las excepciones propuestas por los convocados que contestaron la demanda.

El tribunal ha hecho un análisis pormenorizado de las pretensiones del actor, las cuales prosperarán parcialmente, concretamente en lo relativo al abuso del derecho invocado por la parte convocante en sustento de sus pretensiones.

Dentro de las excepciones propuestas por los convocados que serán condenados en la parte resolutive de esta providencia, ninguna de ellas tiene la capacidad de enervar la pretensión de abuso del derecho que el tribunal encontró probada, y, por el contrario, la generalidad de las mismas ya fue resuelta en el curso del trámite, al ocuparse los árbitros de las alegaciones orientadas a demostrar, sin éxito, la indebida integración del tribunal, su pretendida falta de competencia para fallar en este asunto y la presunta incapacidad de algunos de los convocados para ser parte en el proceso.

Sea la ocasión para señalar que la excepción propuesta los convocados Ana María Mejía Acosta y Mauricio Mejía Acosta en el sentido de que no están vinculados por la cláusula compromisoria por ser menores de edad al momento de su vinculación como socios de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., el tribunal entiende que su vinculación a la sociedad y, por ende, a la cláusula compromisoria pactada en el contrato se dio por la intervención de quienes ostentaban la representación legal de los menores y dicha actuación se presume válida y produce todos sus efectos mientras no se anule, nulidad que por lo demás se predicaría del vínculo de los mencionados convocados como asociados y no propiamente de la aplicabilidad a los mismos de la cláusula compromisoria.

Tampoco es de recibo la excepción propuesta por doña Lucila Acosta Bermúdez en el sentido de no existir cláusula compromisoria que la ate con el convocante, pues está probado que la mencionada cláusula, contenida en el contrato social, era vinculante para los socios en la época de que tratan los hechos debatidos en el proceso.

En cuanto a las sociedades L. Acosta Bermúdez y Cía. S. en C. y A. Mejía Serna y Cía. SCA al proceso se trajeron copias de sendas escrituras públicas en las que las mencionadas sociedades figuraban como adquirentes de cuotas sociales de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda.

Varias de las excepciones propuestas se edifican, desde el punto de vista fáctico, en la consideración de que mediante este proceso se está atacando la validez de decisiones tomadas por el máximo órgano social, a pesar de que las acciones de impugnación de actas se deben ventilar ante la jurisdicción ordinaria, dentro de los precisos términos que la ley establece (v.gr. las de “acción errada”, “prescripción y/o caducidad de las acciones y reclamaciones”). Sin embargo, el planteamiento es incorrecto, pues ninguna de las pretensiones de la demanda se enfiló a obtener una declaratoria de nulidad o ineficacia de las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., por lo cual las excepciones correspondientes no están llamadas a prosperar.

La acción, en lo concerniente con la pretensión cuya prosperidad se declara es la adecuada con arreglo a la ley, pues persigue una declaratoria de responsabilidad por abuso del derecho en que incurrieron algunos de los convocados en relación con actos desplegados en el contexto de ejecución del contrato social y considerando el momento en que los hechos ocurrieron no se ha configurado la prescripción ordinaria, que sería la aplicable al caso ni hay caducidad alguna que impida el ejercicio de la acción por abuso del derecho.

CAPÍTULO IV

Costas y agencias en derecho - otras condenas Costas a cargo de los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Ana María y Mauricio Acosta.

Conforme a lo expuesto en anteriores apartes del presente laudo, los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Ana María y Mauricio Mejía Acosta, serán condenados al pago del 30% de las costas del proceso.

En consecuencia, se condenará solidariamente a los anteriormente mencionados al pago a favor del convocante de la suma de \$ 13'431.600 que corresponden al porcentaje ya indicado del total decretado por el tribunal mediante auto 7 del 3 de octubre de 2003.

Agencias en derecho a cargo de los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Ana María y Mauricio Acosta.

Los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Ana María y Mauricio Mejía Acosta serán condenados solidariamente a pagar a la parte convocante, dentro del término que al efecto se señalará en la parte resolutive de esta providencia, la suma de \$ 5'504.436.

Total por concepto de costas y agencias en derecho a cargo de los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Ana María y Mauricio Acosta.

Por concepto de costas\$ 13.431.600

Agencias en derecho\$ 5.504.436
Total\$ 18.936.026

Honorarios de la curadora ad litem

Estos deberán ser asumidos por el convocante Guillermo Mejía Rengifo, quien solicitó y propuso la comparecencia de los herederos indeterminados y posibles causahabientes del señor Alfonso Mejía Serna, quien deberá pagar a dicha auxiliar de la justicia, como honorarios por su gestión en el proceso y dentro del término que al efecto se señalará en la parte resolutive de esta providencia, la suma de \$ 5.504.436.

Costas y agencias en derecho a cargo de Guillermo Mejía Rengifo y a favor de las sociedades L. Acosta Bermúdez & Cía. S. en C., y A. Mejía Serna & Cía. SCA.

Es claro que las pretensiones del convocante relativas al abuso del derecho que se abrieron paso involucraban a estas dos sociedades, y que ninguna de ellas resultará condenada en el proceso por razón de las mismas.

En consecuencia, se condenará al convocante Guillermo Mejía Rengifo al pago de costas y agencias en derecho a favor de esas sociedades en las proporciones y con fundamento en la liquidación que a continuación se presenta.

El convocante será condenado a reembolsar a cada una de las sociedades que se menciona, las sumas que les correspondió asumir y que como está probado le reintegraron, para asumir los costos del proceso y los honorarios de los integrantes del tribunal, a razón de \$ 1.787.754 para cada sociedad.

En materia de agencias en derecho, el convocante deberá reconocerlas a cada una de las sociedades mencionadas en cuantía de \$ 2.752.128 en cada caso. Total de costas y agencias en derecho a cargo de Guillermo Mejía Rengifo y a favor de las sociedades L. Acosta Bermúdez & Cía. S. en C. y A. Mejía Serna & Cía. SCA, en cada caso.

Por concepto de costas\$ 1.787.754
Agencias en derecho\$ 2.752.218
Total\$ 4.539.972

Otras condenas.

Teniendo en cuenta que el tribunal dispuso la actualización de las condenas económicas que serán impuestas a los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Ana María y Mauricio Mejía Acosta, a continuación se cuantifica esa suma, así: Teniendo en cuenta que la variación porcentual del índice de precios al consumidor

—IPC—registrada a partir del mes siguiente al de diciembre del año de 1999, en que se concretó la dilución de la participación del convocante en el capital de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Ltda., tal como ya se expuso en las motivaciones que hacen parte del presente laudo, es decir, entre enero de

2000 y el vigente a febrero de 2004, inclusive, es de 36.18053648%, se tiene que el valor de la actualización de la condena a imponer a los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Ana María y Mauricio Mejía Acosta, hasta el mes anterior a aquel en que se profiere este laudo arbitral es de \$ 51.349.909,31.

En consecuencia, el valor actualizado de la condena a imponer a los convocados que anteriormente fueron mencionados, asciende a la cantidad total de \$ 193.276.796,81, valor este que deberá ser actualizado, en el evento en que se pague después del 31 de marzo de 2004, por la variación que registre la inflación a partir del mes de marzo de 2004 y hasta el mes inmediatamente anterior a aquel en que se pague el monto de la condena, es decir que si, por ejemplo, la condena se paga en el mes de abril de 2004 deberá pagarse el monto arriba señalado ajustado por la inflación que se haya registrado en el mes de marzo de 2004 y si, por ejemplo se paga en el mes de mayo de 2004 se deberá ajustar por la inflación registrada en los meses de marzo y abril.

CAPÍTULO V

Parte resolutive

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento integrado para dirimir, en conciencia, las diferencias surgidas entre las partes del presente proceso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar infundada la tacha por sospecha formulada en relación con la testigo Edith García Lozano.

Segundo. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, se declaran no probadas las excepciones de mérito propuestas por los convocados contra las pretensiones de la demanda.

Tercero. Por encontrarse probado que los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Ana María y Mauricio Mejía Acosta, incurrieron en abuso del derecho en las operaciones de que da cuenta la parte motiva de la presente providencia en perjuicio del convocante Guillermo Mejía Rengifo, como socio de la sociedad Alfonso Mejía Serna e Hijos Limitada, se condena a los anteriormente mencionados a pagar, solidariamente y dentro de los 30 días siguientes al de la ejecutoria del presente laudo, la suma de \$ 193.276.796,81 que corresponde a la condena indicada, debidamente actualizada hasta el mes de febrero de 2004, la cual se adicionará por el valor equivalente a la variación que registre el índice de precios al consumidor a partir del mes de marzo de 2004 (tomando en cuenta el índice del mes de febrero de 2004) hasta el mes anterior a aquel en que se pague el monto de la condena, en el evento en que ello ocurra después del 31 de marzo de 2004, tal y como se dispuso en anterior capítulo de este laudo.

Cuarto. De conformidad con lo expresado en el capítulo IV de la presente providencia, condenar a los convocados Lucila Acosta Bermúdez, Ana María y Mauricio Mejía Acosta a pagar al convocante Guillermo Mejía Rengifo, en forma solidaria y dentro de los 30 días siguientes al de la ejecutoria del presente laudo, la suma de \$ 18.936.026, que corresponde, a las costas y agencias en derecho del proceso según liquidación precedente.

Quinto. De conformidad con lo expresado en el capítulo IV de la presente providencia, el convocante Guillermo Mejía Rengifo deberá pagar a la curadora ad litem, Clara Lucía Uribe Bernate, dentro de los 30 días siguientes al de la ejecutoria del presente laudo, la suma de \$ 5.504.436, correspondiente a sus honorarios profesionales por su gestión en el proceso.

Sexto. De conformidad con lo expresado en el capítulo IV de la presente providencia, se condena al convocante, Guillermo Mejía Rengifo, a pagar, dentro de los 30 días siguientes al de la ejecutoria del presente laudo, a pagar a las sociedades L. Acosta Bermúdez & Cía. S. en C. y A. Mejía Serna & Cía. SCA, la suma de \$ 4.539.972, en cada caso, suma que corresponde, a las costas y agencias en derecho del proceso según liquidación precedente.

Séptimo: Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Octavo. Expídanse copias del presente laudo con las constancias de ley, con destino a las partes del proceso, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a la curadora ad litem que actuó en el proceso y a la Procuraduría General de la Nación.

Noveno. En firme el presente laudo, el presidente del tribunal protocolizará el expediente en una notaría del círculo de esta ciudad y reintegrará a las partes el remanente de gastos del proceso si lo hubiere.

Notifíquese y cúmplase.

Francisco Reyes Villamizar, Presidente—Floencia Lozano Revéiz, árbitro—
Fernando Silva García, árbitro.

Juan Pablo Riveros Lara, secretario.