

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES
SALA CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente
ÁNGELA MARÍA PUERTA CÁRDENAS

Rad 17614-31-12-001-2021-00021-01

Sentencia N° 181

Proyecto aprobado mediante acta No. 207 de la fecha.

Manizales, dieciséis (16) de noviembre del dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Estudiada la sustentación del recurso de alzada, acorde el traslado escrito que en cumplimiento del artículo 14 del Decreto 806 del 2020 fue corrido mediante auto del 2 de julio pasado, se **RESUELVE** el recurso de apelación interpuesto por los encartados frente a la sentencia proferida el 16 de junio de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio-Caldas, dentro del proceso verbal de declaración, disolución y liquidación de sociedad de hecho promovido por los señores Martín Hernando y Jorge Humberto Durán Ortiz en contra de los señores Alexander Arias Durán y Edilberto Cardona Duque.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda. Solicitan los actores que mediante sentencia se declare la existencia de la sociedad de hecho constituida entre ellos y los demandados a partir del 21 de junio de 2010, hasta el 24 de noviembre de 2015 o *“hasta el día que se pruebe dentro del proceso”*, a efectos de explotar el molino denominado *“Cascajero”* hoy *“El retorno”* ubicado en la vereda El Llano del municipio de Marmato; su respectiva disolución y liquidación, a la par de la condena en costas procesales a su favor.

En sustento de sus pretensiones, como hechos jurídicamente relevantes, relataron que en la primera de las fechas antedichas tuvo lugar la reunión a la que comparecieron los intervinientes a fines de constituir una Sociedad por Acciones Simplificada, cuyo objeto específico correspondía a adelantar el montaje, exploración, explotación o extracción de metales preciosos mediante procedimientos ecológicos; organización que se llamaría *“Montaje Cascajero SAS”* con sede en Manizales, con un capital autorizado de \$60.000.000, regentada en forma principal por el señor Edilberto Duque Cardona y como suplente el señor Alexander Arias Durán para un periodo de 2 años.

La sociedad adquirió a través de crédito otorgado por el señor Héctor Hoyos López, variedad de elementos como un molino continuo, mesa, remoladores etc. avaluados en la suma de \$6.000.000 que se garantizaron mediante la firma de 6 letras de cambio por valor de \$1.000.000 cada una a favor del vendedor, instrumentos suscritos por el señor Arias Durán en su calidad de gerente suplente, quien ante la mora en el pago de las obligaciones fue demandado en proceso ejecutivo que finalizó por la satisfacción total de la obligación el día 26 de abril de 2011, la que se dio con dineros propios de la asociación.

Los demandantes aportaron a la sociedad su trabajo personal y directo, mientras que los restantes socios enviaron empleados que sufragaron de su peculio personal para la explotación del molino, cuyo producido durante los años 2010 y 2011 equivalía a una volqueta diaria de mineral que se convertía en oro, por ende en dinero, que era manejado en forma caprichosa por los encartados, quienes ni siquiera rendían las cuentas pertinentes.

Finalmente, indicaron que a partir del 27 de abril de 2011 se impidió en forma violenta el ingreso de los demandantes al molino para continuar laborando; que el vínculo aún no se ha disuelto ni liquidado según informó el señor Alexander Arias Durán en el interrogatorio de parte adelantado como prueba extraprocésal el 24 de noviembre del 2015, a más que dicho sujeto se enriqueció a expensas de la sociedad, la cual pese a no estar constituida bajo las reglas de las SAS, subsiste como figura de hecho.

2.2. La réplica. La demanda fue admitida mediante proveído datado 16 de febrero del 2021, notificada a la dirección física de los demandados a finales de dicho mes, quienes emitieron pronunciamiento de forma oportuna resistiéndose a las pretensiones y elevando las excepciones de fondo que designaron como *“Nulidad absoluta”*, *“Prescripción”*, *“Carenia del derecho reclamado”*, *“Falta de legitimación en la causa por activa”* y *“Mala fe”*.

2.3. Trámite procesal. Fueron valoradas como pruebas las herramientas documentales proporcionadas por la parte demandante, junto con las extraprocésales practicadas a instancia suya; los interrogatorios de los extremos adjetivos y el testimonio de la señora María Elena Durán Ortiz.

2.4 La Sentencia. En decisión adoptada el día 16 de junio del 2021, al hallarse configurados por la Juez cognoscente, los elementos propios a la figura societaria deprecada, declaró su existencia por el lapso comprendido entre el 21 de junio del 2010 y el 27 de abril del 2011, disponiendo a su vez la disolución y liquidación.

El despacho refirió a las disposiciones legales generales en torno al contrato de sociedad y las particulares aplicables a la sociedad de hecho, tales como que al no erigirse en persona jurídica los socios entran a responder en forma directa y solidaria con su patrimonio; que el objeto a liquidar son las participaciones de cada uno de ellos, tanto en derechos como en obligaciones; amén que permanecen en estado de disolución hasta que alguno de los participantes solicite su liquidación.

Tras lo anterior, pasó al escrutinio de las piezas suasorias de las que coligió que los 4 involucrados aceptaron en sus interrogatorios haber conformado una sociedad para beneficiar en el montaje Cascajeros, los metales preciosos extraídos de la mina “La Angelita”, cuyos derechos corresponden a los demandantes; de allí que se diera por acreditado el *animus* o *affectio societatis*, al menos por el periodo de inicio ilustrado en el Acta 001 hasta el 27 de abril de 2011, data en que se excluyó a los señores Durán Ortiz de la actividad. También indicó que los demandantes aportaron con la mina y con su mano de obra, mientras que el señor Cardona Duque concurrió con los dineros inicialmente requeridos para el montaje del molino y los necesarios para el pago de los trabajadores, a la par que el señor Arias Durán aparentemente suministró los elementos adquiridos del señor Héctor Hoyos López con la suscripción de los instrumentos cambiarios, circunstancia que sería definida al momento de la liquidación.

Sumado a lo dicho, la sentenciadora adujo que el aprovechamiento de las minas en Marmato no devenía ilegal pues la mayoría de ellas carecen de un título, a lo que añadió que los promotores llevan largo tiempo en la actividad sin ningún requerimiento por parte de la autoridad; entendió que la excepción de prescripción no estaba llamada a prosperar por cuanto el lapso de 5 años ha de computarse desde que se ordene la liquidación de la sociedad, lo que en el *sub-judice* no había sucedido; amén que desestimó los demás medios de defensa por no encontrarse probados.

2.5. Los Reparos. Los demandados manifestaron su inconformidad con lo decidido y propusieron el recurso de alzada fincados en idénticos argumentos a los expuestos al momento de la contestación; en especial mostraron su divergencia con que la judicial predicara la legalidad de la actividad minera ejecutada por los demandantes, puesto que al carecer del respectivo título era claro que la sociedad adoleció de nulidad absoluta por objeto ilícito, amén que al darse por terminada la misma el día 27 de abril de 2011 lo procedente era concluir la configuración de la prescripción, ya que habían transcurrido más de los 5 años contemplados por la normativa a efectos de que los socios ejercitaran las acciones pertinentes.

2.6. La réplica. Dentro del término del traslado del recurso, la parte demandante se pronunció solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, aduciendo para ello que los razonamientos ofrecidos por su contendiente carecen de fundamentos jurídicos si se atiende a que en el Municipio de Marmato la minería se ha desarrollado de tiempo atrás, además que no era posible admitir la prescripción respecto de una sociedad cuya existencia no había sido aún declarada.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Problema Jurídico

Encontrando que los supuestos procesales están reunidos, que no se observa irregularidad o causal de nulidad alguna que obligue retrotraer lo actuado a etapa anterior, compete a la Sala establecer si se hallan estructurados los elementos

axiológicos para la declaratoria de existencia de la sociedad comercial de hecho peticionada por la activa, según discernió la judicial de primer grado o si, por el contrario, como lo sostuvieron los divergentes, la misma al estar viciada de nulidad absoluta de cara a su objeto nunca nació a la vida jurídica; y si se dio, está afectada por el fenómeno de la prescripción extintiva.

3.2. Tesis de la Sala

Atendiendo a los reparos concretos elevados por el recurrente, que en esta sede delimitan la pretensión impugnativa, en armonía con la realidad develada por los medios de prueba y en consonancia con lo sentado por la jurisprudencia constitucional en torno a la actividad minera en el municipio de Marmato, Caldas, delanteramente se anuncia que la providencia confutada será confirmada en su totalidad, al verificarse que no comporta ilegalidad de ningún tipo el propósito para el cual se constituyó la sociedad, a más que de acuerdo a los principios generales del derecho, mal haría en predicarse la extinción de una situación jurídica que previo al proceso no había sido declarada.

3.3. Supuestos Jurídicos

3.3.1. La sociedad comercial encuentra su regulación, a la par que en diferentes disposiciones legales de acuerdo a cada arquetipo societario, a través de las normas insertas en el Estatuto Mercantil, cuyo artículo 98 la define como un convenio en el que dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes tasables monetariamente, a efectos de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social; ello independiente de las consideraciones en torno a su naturaleza contractual, puesto que al momento presente es sabido que no siempre las sociedades se constituyen de tal manera en tanto pueden nacer de una iniciativa individual.

Una vez erigida con el lleno de requisitos normativos, la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados; no obstante, la preterición en la observancia de aquellos, no puede equipararse de ningún modo a la ilegalidad en tanto el artículo 498 del compendio antes mencionado en su literalidad señala: *“La sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. Su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley.”* atribuyéndole como consecuencia principal la carencia de personalidad jurídica, de allí que *“(…) los derechos que se adquieran y las obligaciones que se contraigan para la empresa social, se entenderán adquiridos o contraídas a favor o a cargo de todos los socios de hecho. (...)”* (Art. 499 C. Co.), a más que, a tono con el canon 501, los socios son responsables solidaria e ilimitadamente de las operaciones celebradas en pro del objeto social, hallándose igualmente facultados para pedir en cualquier tiempo la liquidación con el pago de su respectiva participación y los demás asociados están obligados a proceder a esta (Art. 505 ib.).

La jurisprudencia nacional, ha establecido de tiempo atrás diversos elementos identificadores de la forma asociativa en comentario, tales como: *“1° Que se trate de una serie coordinada de hechos de explotación común; 2° Que se ejerza una*

acción paralela y simultánea entre los presuntos asociados, tendiente a la consecución de beneficios; 3° Que la colaboración entre ellos se desarrolle en un pie de igualdad, es decir, que no haya estado uno de ellos, con respecto al otro u otros, en un estado de dependencia proveniente de un contrato de arrendamiento de servicios, de un mandato o de cualquiera otra convención por razón de la cual uno de los colaboradores reciba salario o sueldo y esté excluido de una participación activa en la dirección, en el control y en la supervigilancia de la empresa; 4° Que no se trate de un estado de simple indivisión, de tenencia, guarda, conservación o vigilancia de bienes comunes, sino de verdaderas actividades encaminadas a obtener beneficios.”¹

Además de lo anterior, ha resaltado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, la relevancia que adquiere la *affectio societatis* entendida como el ánimo inequívoco de asociación entre los participantes: “(...) *Por ello, es indispensable que los hechos revelen con claridad y de modo concluyente el ánimo de asociarse para la consecución de fines económicos, y la ulterior repartición de las eventuales utilidades o pérdidas.*”²

Para finalizar, de cara a los argumentos en que se fincó la alzada, ha de destacarse que como cualquier figura convencional de la que se pretenda su reconocimiento y consiguiente protección del ordenamiento jurídico, la sociedad, sea esta regular o de hecho, ha de redundar inherentemente sobre un objeto y una causa lícita, cuya ausencia, por sabido está, conduce a predicar la nulidad absoluta del respectivo acto de constitución.

3.3.2. El artículo 322 de la Constitución Política indica que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, postulado ratificado por la Ley 685 de 2001, actual Código de Minas, cuyo artículo 6° consagra la inalienabilidad e imprescriptibilidad de estos (artículo 6°), que de suyo descarta la posibilidad de ser adquiridos por los particulares en vía de la prescripción.

Por regla general, las personas de derecho privado únicamente pueden constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, a través del contrato de concesión minera debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional, que valga aclarar, no trasfiere el derecho de propiedad del suelo, sino el de establecer en forma exclusiva y temporal dentro del área cedida la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, para apropiarlos mediante su extracción. De allí que en nuestro ordenamiento se encuentre tipificado como punible la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales.³

¹ Sentencia del 30 de noviembre de 1935, reiterada en providencias CSJ del 30 de junio de 2010. Exp. 2000-00290-01 y del 24 de febrero de 2011. Exp. 2002-00084-01

² Sentencia del 25 de marzo de 2009. Exp. 2002-00079-01

³ Ley 2111 del 2021. Artículo 332. “*El que sin permiso de autoridad competente (...) explote, explore o extraiga yacimiento minero, (...) incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*”

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso especial del municipio de Marmato, Caldas, donde la actividad minera ha sido sustento no solo económico, sino también legado cultural de sus habitantes, la Corte Constitucional mediante providencia de unificación SU133 de 2017 señaló que la minería tradicional de la que depende la subsistencia de la mayoría de marmateños ostenta protección constitucional en la medida que la historia de la localidad *“ha estado inescindiblemente ligada a la minería que se ha ejercido en la zona desde hace ya más de cuatro siglos. Que el centro urbano del pueblo se ubique en el cerro El Burro donde se concentran la mayor parte de los yacimientos de oro, habla del vínculo que une a la población marmateña con la actividad minera (...) de ello da cuenta el hecho de que el ordenamiento territorial del pueblo y su paisaje urbano se hayan diseñado en función del modo de producción minero”*.

A pesar que el Código Minero y la Ley 1382 de 2010 contemplaron los términos y procedimientos tendientes a que los habitantes obtuvieran la legalización de su labor, por causas ajenas a ellos, la mayoría de solicitudes no se han podido concretar, sin que eso derive automáticamente en la ilicitud de la actividad, en tanto la ausencia de definición: ***“no descalifica el ejercicio de una actividad que aunque ejercida de manera informal ha sido reconocida y consentida por el Estado de diversas maneras”*** aclarando que: *“(...) por vía reglamentaria de derecho internacional y jurisprudencial se ha contemplado una subclasificación de la minería ilegal que permite distinguir la minería de hecho de la ilícita. La primera abarca la minería a pequeña escala generalmente tradicional, artesanal o de subsistencia, la segunda se asocia con el patrocinio de actividades ilícitas (...). Ambas formas se diferencian entonces, en virtud de su vocación de legalización; los mineros de hecho aspiran a obtener un título que les brinde la posibilidad de ejercer la minería como forma de subsistencia (...)”*

Es así como el órgano de cierre en materia constitucional ha distinguido la minería de hecho de la ilícita, reconociendo la trascendencia de los derechos esenciales comprometidos cuando la actividad tiene vocación de legalizarse en tanto se constituye en el medio de subsistencia de los afectados y con particular énfasis respecto al municipio de Marmato, indicó: *“Las labores mineras que se ejercen en Marmato pueden calificarse como minería tradicional, (...) en razón de su ejercicio continuo (sic) desde hace ya más de 400 años por parte de una población cuyas formas de vida, cultura, ordenamiento territorial, modos de producción y relaciones sociales se han estructurado en torno a la distribución territorial del derecho a extraer el oro que yace en sus territorios(...) Se trata, pues, de una minería tradicional aunque no se realice, aún, al amparo de un título minero .”*⁴

3.3.3. Con relación a la prescripción liberatoria, se tiene por establecido conforme enseña el artículo 2512 del Código Civil, que se contrae al modo de extinción de los derechos y acciones por no ejercerlos su titular dentro de cierto tiempo. Para su configuración se requiere, el transcurso del lapso de tiempo señalado en la ley y la inactividad del acreedor o sea, que éste no haya promovido la respectiva acción.

⁴ Sentencia SU-133 del 28 de febrero de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

El plazo prescriptivo de las acciones derivadas de las divergencias que pudiesen presentarse entre los asociados en las figuras comerciales de hecho, no ha sido un tema extraño para la jurisprudencia patria que se ha ocupado de aclarar la improcedencia de aplicar el cómputo del quinquenio señalado en el artículo 256 del Estatuto Comercial a partir de la fecha de disolución de la organización, ello teniendo en cuenta que durante su vigencia permanece en tal estado.⁵

No obstante, las controversias alrededor del contrato social deben llevarse a los estrados judiciales en el plazo previsto por el canon 235 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor: *“Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa”*, lapso que a voces de la Corte Suprema de Justicia: *“se inicia desde cuando la obligación se ha hecho exigible, según los términos del inciso segundo del artículo 2535 del Código Civil, aplicable por remisión del canon 822 del Estatuto Mercantil. El término de prescripción antedicho es igual al previsto en el artículo 256 del Código de Comercio, solo que este dispone que ese quinquenio deba comenzar a contarse a partir de la fecha de disolución de la sociedad y la de hecho pareciera estar siempre en ese estado, con lo cual se genera una confusión, que salva el aludido precepto 235 de la Ley 222.”*⁶

Ahora bien, siendo presupuesto ineludible de la institución en comento la inactividad del titular en adelantar la acción, misma que es sancionada con la pérdida de su derecho, mal se haría en afirmar la posibilidad de extinguirlo si aquél no ha nacido; o dicho de otro modo, no es dable hablar de inercia imputable al interesado hasta que su derecho pueda hacerse valer. Raciocinio incorporado por el principio acorde el cual *“non valenti agere non currit praescriptio”*, es decir, la prescripción no corre para el que no puede ejercitar la acción.

3.4. El asunto concreto

Estudiados los razonamientos ofrecidos por la recurrente, dimana que su inconformidad con la decisión de primer nivel se cierne en dos aspectos principales alegados desde los albores del trámite declarativo. Ellos son **(i)** la presunta ilicitud del propósito para el que se constituyó la sociedad por versar sobre la exploración y explotación de un yacimiento carente de título minero, y **(ii)** la configuración del fenómeno prescriptivo de acuerdo el término contemplado por el artículo 256 del Estatuto Comercial; tópicos que serán objeto del pronunciamiento de este *ad-quem*:

⁵ *“(…) las llamadas sociedades de hecho propiamente dichas (...) por no ajustarse a los requerimientos mínimos que indica el ordenamiento estatal, carecen de una vida como personas jurídicas y deben desaparecer del mundo jurídico, cuando quiera que, por su estado permanente de disolución, los interesados pidan su liquidación (...)”* Sentencia del 8 de junio de 1994, citada en SC-042-1998

⁶ Sentencia SC 2818 del 18 de julio de 2018

(i) En concepto de la censura, la sociedad cuyo génesis fue el documento privado suscrito el 21 de junio de 2010, se encuentra viciada de nulidad absoluta por su objeto y causa atendiendo que la explotación de la mina “La Angelita” no se encuentra amparada por las autoridades competentes mediante el respectivo contrato de cesión, circunstancia que torna en ilícita la actividad y sobre la cual el señor Cardona Duque se percató con posterioridad conduciéndolo ello a abandonar el proyecto.

En contraposición, la judicial de conocimiento encontró que las pruebas obrantes acreditaban la plena existencia de la sociedad de hecho, a la par de la licitud del fin para el que se conformó, atendiendo a que: *“En Marmato, solo explotar una mina no es una actividad ilegal, la mayoría de las minas en realidad no tienen títulos como decían los demandantes, entonces esa no es una actividad ilegal (...) han estado allí todo el tiempo y sin embargo no han tenido ningún requerimiento, nadie los ha denunciado, no están invadiendo una propiedad privada (...)”*

El asunto que aquí se debate está circunscrito a la presunta ilicitud de la sociedad irregular integrada por los señores Martín Hernando Durán Ortiz, Jorge Humberto Durán Ortiz, Alexander Arias Durán y Edilberto Cardona Duque, a cuyo fin se impone en primera medida la verificación de sus elementos esenciales, ya aludidos en el acápite normativo de esta providencia.

Dentro de las herramientas de convicción que obran en el plenario, es dable destacar como relevantes:

a) El acta N° 001 de constitución de la sociedad denominada “*Montaje Cascajero S.A.S.*” datada 21 de junio de 2010, rubricada por quienes acuden como sujetos procesales, donde se consigna como objeto: *“(...) podrá realizar cualquier actividad lícita, en especial la del montaje, exploración, explotación y extracción de minerales metalíferos preciosos con procedimientos ecológicos (...) podrá desarrollar actividades similares, conexas o complementarias (...), en la que además se refiere a todos los intervinientes como socios*⁷.

b) El interrogatorio de parte practicado como prueba extraprocesal al codemandado Arias Durán el 24 de noviembre de 2015, donde admitió haber tenido una sociedad con los demandantes y el señor Cardona Duque, misma que no se había disuelto, ni liquidado⁸.

c) La inspección judicial al lugar donde se ejecutó la labor minera, adelantada el 30 de enero de 2020 previo al proceso, a la que acudieron todos los asociados acompañados de sus correspondientes mandatarios.

⁷ Expediente Sharepoint. “01PrimeraInstancia” archivo “04anexos1-50”

⁸ “P. Díganos si usted ha tenido algún tipo de negocio con los mencionados señores R. Si, al principio tuvimos una sociedad pues que no fue a futuro porque fue embargada (...) el señor Edilberto fue el inversionista al principio, los tíos míos (...) tienen una mina, entonces el señor Edilberto Cardona y yo nos pusimos pues a invertir una plata a esa mina y entonces fiamos un montaje (...) P. Ustedes alguna vez han disuelto o liquidado esa sociedad? R. Pues nunca, hasta estos momentos nunca se ha liquidado ni se ha disuelto porque pues en el momento del embargo el mismo señor Edilberto Cardona igualmente se le está debiendo una plata (...) entonces don Edilberto dijo que qué iban a liquidar ahí si antes le estaban debiendo una plata a él (...) lo que fue la sociedad duró como 4 o 5 meses, la sociedad no duro pues mucho.”

d) El interrogatorio de parte realizado en audiencia concentrada, en la cual el señor Cardona Duque aceptó haber sido contactado por los demandantes para la conformación de la sociedad en la que se comprometió a poner aportes en capital a cambio de recibir utilidades derivadas de la producción, a más que si la mina llegaba a venderse también se le reconocería un porcentaje⁹, habiéndose trabajado 2 meses aproximadamente por personas que él pagaba; por su parte, el señor Alexander Arias Durán refirió haber acudido en calidad de socio, en virtud de lo cual gestionaron lo relativo a la organización de la mina para su explotación y el montaje para beneficiar los metales extraídos¹⁰, que en su decir correspondieron a “30 castellanos”, con una duración de 7 meses.

El codemandante Martín Durán, informó integrar la sociedad con su hermano y los demandados, dando como aportes la mina y su trabajo personal¹¹, todo por un lapso de 9 a 10 meses; mientras que el señor Jorge Humberto manifestó haber hecho parte de la asociación por casi un año.

De los antedichos instrumentos emerge, como acertadamente lo acotó la *a-quo*, la presencia de la empresa social conformada para la explotación de la mina y posterior beneficio del material en el molino, a la par que los aportes brindados por parte de los implicados, unos en dinero, otros en trabajo, dirigidos a obtener utilidades que serían repartidas entre ellos; acuerdo que perduró de manera sucesiva por cierto periodo de tiempo y que a pesar de no haber quedado plasmado mediante Escritura Pública, se halla en documento privado firmado por los socios y que en todo caso no fue desconocido por ninguno de ellos, toda vez que el disenso en alzada se dirige únicamente a cuestionar la legalidad del objeto social.

Descendiendo al punto específico, con apoyo en el pronunciamiento de unificación emitido por la Corte Constitucional reseñado en el aparte jurídico, se advierte que el reclamo elevado por los demandados se sirve de consideraciones alejadas de la real situación atinente a las personas que despliegan la actividad minera en el municipio de Marmato, Caldas.

En efecto, según es sabido y fue ratificado por la Corte, los pobladores de la antedicha localidad se han dedicado históricamente a la minería tradicional de pequeña escala, en forma personal o a través de emprendimientos autónomos, misma que además de constituir su fuente básica de subsistencia, se erige en legado cultural superior a los 400 años iniciado por sus ancestros en la época colonial, existiendo una estrecha e intensa relación con tal oficio que en sí define la identidad, el folclore del municipio y de quienes lo habitan.

⁹ “**P.** Qué era la sociedad? **R.** (...) que yo hiciera unas inversiones allá en la mina, que yo invirtiera un capital y que con lo que produjera la mina se iba pagando, pues yo tenía que invertir en unos montajes allá en la cosa del molino y que ya después con el tiempo decían ellos que si la mina se llegaba a vender pues ya ellos me pagaban la plata que yo invirtiera como utilidad (...)”

¹⁰ “(...) empezamos a abrir la mina a organizar y todo y ya cuando empezamos a organizar la mina (...) hicimos un montaje que nombramos como cascajeros (...) Solo hicimos limpiar, organizar la mina limpiada y el molino; lo que se procesó fue muy poquito”

¹¹ “(...) hicimos la sociedad así fue vea, que nosotros poníamos la mina Jorge Humberto Durán mi hermano y Martín Hernando Durán (...) pusimos la mina, pusimos el trabajo, empezamos a explotar la mina (...)”

En este estado de cosas, no es posible endilgar ilicitud alguna a la explotación que de los yacimientos auríferos adelantan los marmateños aunque no lo hagan con el aval que otorga un título minero, pues la misma se presume realizada de buena fe, ostenta la vocación de legalizarse, así como con la anuencia del Estado que hasta el momento presente se ha sustraído de su obligación de diseñar e implementar las medidas efectivas en aras de la formalización del laborío minero de ese lugar en particular.

Si lo indicado se estimara insuficiente para afirmar la legalidad del fin social, se tiene que dentro del acervo probatorio obra el oficio “S.P.I.V. 02 04, 09 097” de la Secretaría de Planeación Municipal de Marmato, que si bien fue expedido con destino al codemandado Alex Arias Durán, contiene información que resulta de utilidad para el proceso según la cual el Esquema de Ordenamiento Territorial vigente en el tiempo que se constituyó la sociedad, delimitaba en su artículo 175 como áreas permitidas para la explotación de materiales de minas, las localizadas en el: *“área del aporte 1017, ubicado en gran parte sobre el suelo superficial urbano de la cabecera del municipio de Marmato, y parte en suelo rural”* sin haberse demostrado por los interesados que la mina “La Angelita” estaba por fuera de esos límites.

Dicho de otra forma, si la excepción de mérito tendiente a estructurar la nulidad absoluta de la organización se afincó sobre la ilicitud de su objeto social, conforme la carga probatoria inserta en el artículo 167 del Estatuto Adjetivo, materialización del principio *“onus probandi”*, aflora diáfano que a los demandados incumbía acreditar que la explotación estaba siendo realizada al margen del área del aporte N° 1017 respecto a la cual los ordenadores municipales, de cara a las disposiciones de organización territorial, decantaron la legalidad de la actividad, carga insatisfecha en el *sub judice* en el cual los encartados se limitaron a alegar dichos aspectos sin ofrecer las herramientas de persuasión correspondientes.

Ahora bien, en lo tocante con las manifestaciones de la judicial primaria relacionadas con la presunta posesión desplegada por los demandantes sobre la mina, se advierte que aquellas, no obstante ser desafortunadas, carecen de incidencia alguna en las resultas de este asunto, donde además no se estaba despachando una acción relacionada con ese punto en tanto no se trata de un trámite de declaración de pertenencia y a la luz de la normativa citada previamente, es claro que el subsuelo es imprescriptible a favor de los particulares, de allí que este Colegiado no profundizará en ello.

Corolario de lo indicado, queda establecido que frente al propósito social no es admisible predicar la existencia de una causa u objeto ilícito que derive en la nulidad absoluta del acto jurídico a través del cual se constituyó la sociedad, imponiéndose la confirmación del proveído fustigado en ese punto.

(ii) El segundo tema de inconformidad expuesto por la impugnante radica en la configuración de la prescripción extintiva que, a su juicio, afectó la acción, ya que si en la sentencia se declaró que la sociedad finalizó el 27 de abril del 2011 debido a

la imposibilidad de desarrollar su labor, situación que al abrigo del N°2 del artículo 218 del Código de Comercio implicaba su disolución, era desde allí que debía computarse el plazo de 5 años a que alude el canon 256 para el ejercicio de las acciones entre socios, *ergo*, aquellas al momento de iniciar la demanda estaban prescritas.

Frente al tópico, el Juzgado de conocimiento al resolver la excepción de mérito indicó que el quinquenio al que se refería el citado artículo se contabilizaba *“después que se ordene la liquidación y esta sociedad de hecho estaba ilíquida”*.

Con relación al asunto, atendiendo a las apreciaciones vertidas en el apartado jurídico de la presente providencia, el Tribunal encuentra que no le asiste razón a la divergente, sin que esto implique que el fundamento brindado por la *a-quo* sea el acertado.

En realidad, si se tiene en cuenta que la remisión que hace el canon 506 del Estatuto Comercial se contrae a lo pertinente a los principios a observar para la liquidación de la sociedad de hecho y que no es posible aplicar las disposiciones generales relativas a las sociedades constituidas como personas jurídicas en tanto las irregulares no lo son, motivo por el que la jurisprudencia patria ha indicado que se encuentran en *“estado permanente de disolución”*¹², en el acto se advierte la improcedencia de razonar con base en el canon 256 C. Co., sino que según quedó visto, la normativa aplicable resulta ser la que contiene el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 en concordancia con el precepto 2535 del Código Civil.

Sentado lo anterior, se tiene que el primero de los mencionados concibe un plazo de 5 años para ejercitar las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones pactadas o de la trasgresión a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio, mismo que empieza a contabilizarse *“desde cuando la obligación se ha hecho exigible, según los términos del inciso segundo del artículo 2535 del Código Civil”*¹³.

En el presente asunto, en concepto de la Magistratura, atendiendo a que previo al proceso de declaración de existencia de la figura societaria, los demandantes no tenían la posibilidad de reclamar judicialmente de sus cocontratantes el acatamiento de las obligaciones consideradas trasgredidas, mal haría en admitirse la pérdida de su derecho, por cuanto si lo que la ley sanciona mediante la extinción es la indiferencia del titular para exigirlo, parte del supuesto que tiene acción para ejercerlo y es en ese sentido que opera el principio *“non valenti agere non currit praescriptio”*.

Puesto en otros términos, antes de obtenerse la declaración de existencia de la sociedad de hecho integrada por las partes para la consecución del fin social, carecían los demandantes de las acciones a que alude el canon 235, razón que en sana lógica los vedaba de desplegarlas ya que únicamente la sentencia de primer nivel otorgó la certeza sobre el vínculo sustancial a raíz del cual les era dable elevar sus reclamos ante la jurisdicción; así ha entendido la Corte que: (...) *e/*

¹² Sentencia del 8 de junio de 1994, citada en SC-042-1998

¹³ Sentencia SC 2818 del 18 de julio de 2018

tiempo necesario para configurar la prescripción, solo corre a partir del momento en que esté en posibilidad de ejercitar el respectivo derecho o acción, conforme al principio según el cual la prescripción no corre contra quien no puede valerse para actuar (contra nom valentem agere prescriptio non currit). Dicho en otras palabras, no puede condenarse a sufrir la extinción de sus derechos o acciones a quien no cuenta con la posibilidad de ejercitarlos”¹⁴.

Conforme lo anterior, la prescripción extintiva de los derechos emanados de la sociedad no podía declararse si la misma no lo había sido en precedencia, conllevando esto a la confirmación del proveído en cuanto a la desestimación de la excepción formulada en esa dirección.

3.5. Conclusión

Todo lo hasta aquí discurrido impone confirmar la decisión refutada, considerando que las labores adelantadas por los socios no revistieron ilicitud alguna de cara a las particularidades que sobre la actividad minera ha decantado la Corte Constitucional, a más que se verifica la imposibilidad de predicar la prescripción extintiva toda vez que con antelación al presente litigio la asociación irregular entre las partes no había sido judicialmente reconocida.

3.6. Costas

Por lo demás, de acuerdo con las reglas incorporadas en el artículo 365 del Estatuto Procesal Civil, se condenará en costas a la recurrente en favor de los demandantes, de cara a la improsperidad del recurso y la diligencia desplegada por los promotores en esta sede para defender el fallo a su favor.

IV. DECISIÓN

Por lo antes expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 16 de junio de 2021 por el Juzgado Civil del Circuito de Riosucio-Caldas, dentro del proceso verbal de declaración, disolución y liquidación de sociedad de hecho promovido por los señores Martín Hernando y Jorge Humberto Durán Ortiz en contra de los señores Alexander Arias Durán y Edilberto Cardona Duque.

Además se realizan los siguientes ordenamientos:

CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada en favor de la demandante, las cuales serán tasadas y liquidadas en la forma que determina el artículo 366 del C.G.P. Las agencias en derecho en esta sede serán previstas por la Magistrada Ponente, de conformidad con el numeral 3 del mismo precepto.

DEVOLVER oportunamente el expediente al despacho de origen.

¹⁴ CSJ SC 30 sep. 2002, rad. 6682.

NOTIFÍQUESE,

Los magistrados,

ÁNGELA MARÍA PUERTA CÁRDENAS

ÁLVARO JOSÉ TREJOS BUENO

JOSÉ HOOVER CARDONA MONTOYA

Firmado Por:

**Angela Maria Puerta Cardenas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 6 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas**

**Jose Hoover Cardona Montoya
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 5 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas**

**Alvaro Jose Trejos Bueno
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 9 Civil Familia
Tribunal Superior De Manizales - Caldas**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9c5c469de08fc08496edbf5a17fee7d9d4b504a622a2cc2865ca139b3b1acd41

Documento generado en 16/11/2021 09:50:14 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**