



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL

Bogotá D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil trece (2013)

Proceso: **VERBAL**
Radicación: **110013199001-2012-55580-01**
Demandante: **CARLOS HAKIM DACCACH**
Demandada: **GYPTEC S.A.**

Magistrada Sustanciadora: **JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE**

Discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión de 18 de julio de 2013, según consta en Acta No. 30.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada contra la sentencia que en el proceso de la referencia, profirió la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, el veinte (20) de febrero de dos mil trece (2013).

ANTECEDENTES

1. Carlos Hakim Daccach, por intermedio de apoderado judicial, demandó en proceso verbal sumario a Gyptec S.A., a fin de que mediante sentencia, se acceda a las siguientes pretensiones (folios 695 a 697 Tomo 3)¹:

“PRETENSIONES PRINCIPALES RELACIONADAS CON LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA ESCISIÓN.

Primera Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión de escindir la sociedad GYPTEC S.A. para formar la sociedad GYPTEC INMUEBLES S.A.S que consta en el Acta 17 de la Asamblea General de Accionistas de GYPTEC S.A es nula absolutamente.*

Segunda Pretensión Principal: *Que se declare que la decisión de escindir la sociedad GYPTEC S.A. para formar la sociedad GYPTEC INMUEBLES S.A.S que consta en el Acta 17 de la Asamblea General de Accionistas de GYPTEC S.A. es nula absolutamente por no haber sido aprobada por unanimidad, en los términos del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008.*

Tercera Pretensión Principal: *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta de la decisión de escindir la sociedad GYPTEC S.A. para formar la sociedad GYPTEC INMUEBLES S.A.S. que consta en el Acta 17 de la Asamblea General de Accionistas de GYPTEC S.A. se declare que la decisión de escindir la sociedad GYPTEC S.A. para formar la sociedad GYPTEC INMUEBLES S.A.S. no produjo efectos.*

Cuarta Pretensión Principal: *Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta, se ordene a Gyptec S.A. y sus administradores realizar*

¹ La demanda fue inadmitida mediante proveído de 10 de septiembre de 2012 (fls. 681 a 683, **ib.**), para luego admitirse el 31 de octubre siguiente (fls. 707 y 708, **ib.**).



todos los actos necesarios para retrotraer cualquier acto realizado con fundamento en el Acta 17 en la que aparece la decisión de escindir la sociedad GYPTEC S.A. para formar la sociedad GYPTEC INMUEBLES S.A.S.

Quinta Pretensión Principal: que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta, se ordene la cancelación de la inscripción del Acta 17 de la Asamblea General de Accionistas de Gyptec S.A. en el Registro Mercantil, en el evento en que se haya practicado.

Sexta Pretensión Principal: Que se condene a la demandada a pagar las costas y agencias en derecho del proceso.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES EN RELACIÓN CON LA INEFICACIA DE LAS DECISIONES

En el evento en que no prospere el Grupo de Pretensiones Principales, se solicita al Despacho efectuar las siguientes o similares declaraciones en contra de la sociedad demandada:

Primera Pretensión: Que se declare el reconocimiento de la existencia de los presupuestos de la ineficacia de las decisiones adoptadas por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad GYPTEC S.A. celebrada el 24 de septiembre de 2012.

Segunda Pretensión: Que se declare el reconocimiento de la existencia de los presupuestos de la ineficacia de las decisiones adoptadas por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la sociedad GYPTEC S.A. celebrada el 24 de septiembre de 2012 por ser contrarias a la ley al no contener las especificaciones establecidas en el artículo 4 de la ley 222 de 1995 en el Proyecto de Escisión.

Tercera Pretensión: Que se declare el reconocimiento de la existencia de los presupuestos de la ineficacia de las decisiones adoptadas por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la sociedad GYPTEC S.A. celebrada el 24 de septiembre de 2012 por no haberse realizado la convocatoria al señor Carlos Hakim en su domicilio, de acuerdo con lo establecido en la ley y los estatutos.

Cuarta Pretensión: Que como consecuencia del reconocimiento de la existencia de los presupuestos de la ineficacia de las decisiones adoptadas por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la sociedad GYPTEC S.A. celebrada el 24 de septiembre de 2012, se declare que tales decisiones no produjeron efecto alguno.

Quinta Pretensión: Que como consecuencia del reconocimiento de la existencia de los presupuestos de la ineficacia de las decisiones adoptadas por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la sociedad GYPTEC S.A. celebrada el 24 de septiembre de 2012, se ordene a Gyptec S.A. y sus administradores realizar todos los actos necesarios para retrotraer cualquier acto realizado con fundamento en el Acta 17.

Sexta Pretensión: Que como consecuencia del reconocimiento de la existencia de los presupuestos de la ineficacia de las decisiones adoptadas por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la sociedad GYPTEC S.A. celebrada el 24 de septiembre de 2012, se ordene la cancelación de la inscripción del Acta 17 de la Asamblea General de Accionistas de Gyptec S.A. en el Registro Mercantil, en el evento en que se haya practicado.

Séptima Pretensión: Que se condene a la demanda (sic) a pagar las costas y agencias en derecho del proceso.”

2. Las pretensiones del demandante, tienen como soporte los hechos que a continuación se compendian:



2.1. Que, como antecedente debe tenerse en cuenta que inició un proceso arbitral contra Jorge Hakim Tawil, Gyptec S.A. y Kistna Overseas Corporation, para que le fueran restituidas las acciones de su propiedad, en las sociedades Arkata Investments Inc. y Ukiah International Corp., personas jurídicas que ostentan la calidad de accionistas mayoritarias de la demandada.

2.2 Que, en Laudo Arbitral calendado octubre diez (10) de dos mil once (2011) se ordenó a las convocadas devolver las respectivas cuotas de participación, decisión confirmada por esta Corporación en mayo veintiocho (28) de dos mil doce (2012), al declarar infundado el recurso de anulación impetrado.

2. 3 Que, a las decisiones descritas no se les ha dado cumplimiento, y por lo contrario, los mencionados han ejercido actos tendientes a perjudicar a Carlos Hakim Daccach, dada su calidad de accionista minoritario de Gyptec S.A..

2.4 Que, la demandada en el presente asunto, es una sociedad cuyo objeto social consiste en la fabricación, producción, distribución, instalación y comercialización de láminas de yeso y materiales para la construcción, así como también la prestación de servicios de consultoría, asesoría o interventoría de obras civiles, entre otros. Ese ente está compuesto por seis (6) socios, siendo el mayoritario Arkata Investments Inc. con el 51.5394% de las acciones, luego, con una cuota menor del 48.4548% Ukiah International Corp, y Jorge Hakim Tawil, Carlos Hakim Daccach y Alejandro Hakim Tawil con 0.001883% cada uno.

2.5. Que, en la Asamblea Extraordinaria llevada a cabo en septiembre veinticuatro (24) de dos mil doce (2012), los accionistas de Gyptec S.A. se pronunciaron sobre un proyecto de escisión mediante el que *“sin disolverse transfiere en bloque parte de su patrimonio para la constitución de la sociedad beneficiaria GYPTEC INMUEBLES S.A.S.”*, el que fue recibido por el representante del demandante, el diez (10) de septiembre de dos mil doce (2012).

2.6 Que, a voces de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, la aprobación de esa decisión requería el voto unánime de los accionistas, pues se está frente a un proceso de escisión en el que se propone el tránsito de un tipo societario regulado por el Código de Comercio a uno por acciones simplificadas.

2.7 Que, pese a que el demandante votó en contra, la decisión fue aprobada por la mayoría de las acciones representadas por los asociados, y de ello se dejó constancia en el Acta No. 17.

2.8 Que, la descrita determinación no es válida pues la ley prescribe el requisito de unanimidad para su aprobación, con independencia del porcentaje de acciones de las que sea titular el accionista que muestra desacuerdo. Por ello, la sanción a aplicar es la nulidad absoluta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 190 del Código de Comercio.

2. 9 Que, la decisión adoptada en septiembre veinticuatro (24) de dos mil doce (2012) por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas, es ineficaz porque el actor no fue convocado en debida forma, es decir, conforme a los Estatutos, como preceptúa el artículo 424 del Código de Comercio.

2.10 Que, en los Estatutos se estableció que para llevar a cabo la mencionada reunión societaria se debe remitir comunicación a cada accionista, a las direcciones que hayan registrado en los correspondientes libros.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

2.11 Que, en agosto treinta y uno (31) de dos mil doce (2012) al demandante le enviaron una citación para acudir a la Asamblea ya mencionada, a una dirección ubicada en la ciudad de Bogotá, pese a que su lugar de residencia es Miami, Estados Unidos, como es de conocimiento de la demandada.

2.12 Que, la ineficacia se predica de las decisiones tomadas por la Asamblea en contravía a lo dispuesto en la Sección I del C. de Com. en la que se encuentra incluido el artículo 424 *ejusdem*.

2.13 Que, además, el contenido del Proyecto de Escisión era “*insuficiente para tomar una decisión informada*” puesto que no contaba con los parámetros mínimos de que trata el artículo 4 de la Ley 222 de 1995, específicamente “los motivos de la escisión y las condiciones en que se realizará”, sin que sea suficiente argüir que el propósito de la sociedad era dedicarse a su objeto social principal y destinar parte de su patrimonio a la creación de una beneficiaria que se denominaría Gyptec Inmuebles S.A.S. que venderá y administrará inmuebles.

2.12 Que, el proyecto de escisión también adolece de otras irregularidades, como que no contenía un análisis de viabilidad financiera de la propuesta, tampoco un señalamiento de los beneficios que reportaría esa operación, ni un estudio de costo-beneficio.

3. Una vez asumió el conocimiento del libelo demandatorio, el *a quo* lo admitió (fls. 707 y 708, **ib.**), y dispuso la notificación a Gyptec S.A., quien enterada de la demanda, la contestó oportunamente y se opuso al *petitum*, mediante la formulación de los siguientes medios exceptivos (fls. 757 a 762 *ibídem*):

3.1 “**Debida citación**”, fundada en que con los documentos anexados a la réplica de la demanda se acredita que el demandante fue citado a la Asamblea Extraordinaria a que se ha hecho mención, en las direcciones que de él conoce la sociedad, así como a la ubicada en la ciudad de Miami.

3.2 “**La información suficiente**”, con sustento en que la conveniencia de la escisión era práctica “*porque de lo que se trataba era de separar del patrimonio de GYPTEC un inmueble que no era necesario para el desarrollo del objeto social*”. Agrega que el estudio de viabilidad financiera y costo-beneficio no son datos exigidos por la ley ni los Estatutos, y que su requerimiento por parte del actor, tiene la finalidad de obstaculizar las decisiones de la mayoría.

3.3 “**La unanimidad de la decisión**”, pues estima que el demandante se equivoca en su apreciación al respecto, toda vez que la ley alude a ese requisito sólo cuando la escisión supone la transferencia en bloque de la totalidad de los activos y pasivos de la sociedad escidente.

4. En providencia adiada en noviembre veintitrés (23) de dos mil doce (2012), (fls. 11 a 21 Tomo Medidas Cautelares), el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles, previa prestación de caución dineraria por parte del actor, decretó la suspensión provisional de la decisión contenida en el numeral 4° del Acta No. 17 en la que consta la Asamblea de Accionistas de Gyptec S.A., realizada en septiembre veinticuatro (24) de dos mil doce (2012), que atañe a la escisión de esa sociedad con la finalidad de crear Gyptec Inmuebles S.A.S.

Para soportar su decisión, explicó el *a quo*, que a la luz de lo indicado por los artículos 421 del Código de Procedimiento Civil y el 590 del Código General



del Proceso, el decreto de las medidas cautelares debe ser analizado atendiendo las probabilidades de éxito de la demanda, así como los posibles perjuicios que puedan ser causados a la parte demandada.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, que bajo la óptica española consiste en que pueda vislumbrarse una probabilidad cualificada de la prosperidad del *petitum*, hizo una inmersión en lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 que regula el tránsito por escisión de una sociedad prevista en el Código de Comercio a una S.A.S., explicando que esta última tiene un carácter especial, puesto que la voluntad social prima para su funcionamiento y por ende, la intervención normativa es allí reducida.

En ese orden de ideas, estimó que por la libertad con que cuentan los asociados en las S.A.S., se justifica el requisito de unanimidad previsto para decisiones como la aquí controvertida, conclusión que se apoya además, en los antecedentes legislativos de la Ley 1258 de 2008, que refirieron a esa exigencia como una herramienta para proteger a los socios minoritarios enfrentados a la voluntad de las mayorías. Agregó, que existe una probabilidad razonable para la prosperidad de la pretensión, de acuerdo a los presupuestos fácticos narrados en precedencia, puesto que la plurimencionada escisión “*parecería tener por efecto un tránsito hacia el tipo societario de la SAS*”, lo que sería un evento en el que debe aplicarse el requisito señalado en el parágrafo del artículo 31 de la mencionada Ley 1258 de 2008, es decir, la unanimidad en la votación.

Por último, para valorar la graduación de los posibles perjuicios ocasionados al demandante por la decisión societaria impugnada, tuvo en cuenta que aquél adquiriría, una vez registrada la correspondiente Escritura Pública de escisión, la calidad de accionista de Gyptec Inmuebles S.A.S. aun sin estar de acuerdo, e igualmente, los conflictos suscitados entre los asociados de que da cuenta la documental aportada y el interés económico de Carlos Hakim Daccach que se halla representado no solo en el porcentaje de acciones que tiene sobre Gyptec S.A., sino también en las acciones que se ordenaron restituir a su favor en el debate arbitral, respecto de las sociedades Arkata Investments Inc. y Ukiah Internatial Corp., socias mayoritarias de la demandada.

LA SENTENCIA APELADA

Una vez agotadas las etapas procesales de primera instancia, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles, profirió fallo, en el que resolvió:

“Primero. *Decretar la nulidad absoluta de la decisión adoptada por la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. durante la reunión extraordinaria celebrada el 24 de septiembre de 2012, consistente en la aprobación del proyecto de escisión presentado ante el máximo órgano social, según consta en el Acta No. 17.*

Segundo. *Oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá para que proceda de conformidad con lo resuelto en esta sentencia.*

Tercero. *Oficiar al representante legal de la sociedad demandada para que proceda de conformidad con lo resuelto en esta sentencia.*

Cuarto. *Condenar en costas a la sociedad demandada y fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$1.179.000.00*



Quinto. Ordenar la devolución de la caución prestada por el demandante para el decreto de medidas cautelares.”

Para arribar a la anterior conclusión, el *a quo* consideró de entrada que era menester estudiar la disposición contenida en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 con el objeto de establecer si la unanimidad es un requisito que debió observarse en la decisión de escisión parcial de Gyptec S.A., que ahora es objeto de reproche. Comienza iterando los argumentos expuestos en la providencia que decreta la medida cautelar de suspensión provisional del acto impugnado, para concretar el asunto, afirmando que la norma citada “busca evitar que cualquier persona pueda convertirse en accionista de una S.A.S. sin haber accedido a ello en forma expresa” (fl. 998, Tomo 4).

Enseguida señaló que no podía tener acogida el argumento de la sociedad demandada, conforme al cual la unanimidad no era un requisito en el caso bajo estudio, pues ella sólo se exige en los eventos de escisión total, y lo que acaeció con Gyptec S.A. fue una escisión parcial, con el propósito de transferir unos bienes de aquella a una sociedad por acciones simplificada, subsistiendo en todo caso la sociedad escidente, porque implicaría cercenar el mecanismo de protección previsto por la norma descrita, pues en situaciones como la que es objeto de análisis, una persona podría convertirse en accionista de una S.A.S. aun en contra de su voluntad.

Luego se refirió al derecho de retiro a que hizo alusión la demandada al momento de alegar de conclusión, quien planteó una contradicción entre aquél y el requisito de unanimidad, en tanto si esta última es necesaria, no existiría tal prerrogativa. Al respecto, sostuvo el juzgador que es cierto lo planteado por la parte, dado que el derecho de retiro no es posible ejercerlo ante las operaciones de la estirpe discutida, y por esa razón, la Ley 1258 otorgó a los asociados un prerrogativa de mayor entidad denominada derecho de veto, que se ejerce frente a los negocios jurídicos que conduzcan a los accionistas a tener esa misma calidad en una S.A.S.

Adentrándose en el caso concreto, se encuentra que la escisión parcial que atañe a este proceso, tenía por finalidad la constitución de una sociedad por acciones simplificada, denominada Gyptec Inmuebles S.A.S., de la que el demandante se convertiría en accionista aun habiendo votado en contra de esa decisión. Lo descrito, evidenció que se está ante una de las hipótesis a la que le es aplicable el artículo 31 de la prenombrada Ley, motivo por el que sí se requería la unanimidad aludida, y por contera, la escisión parcial aprobada, es nula absolutamente.

Dada la prosperidad de la pretensión principal, el **a quo** se abstuvo de estudiar las demás que se formularon.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA Y EL RECURSO

1. Inconforme con lo resuelto la parte demandada apeló, y el conocimiento del recurso le correspondió por reparto al H. Magistrado Rodolfo Arciniegas Cuadros, quien se declaró impedido para desatarlo con fundamento en la causal de recusación contemplada en el numeral noveno del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, el 11 de abril del año en curso, el que fue aceptado en auto de la misma fecha, oportunidad en la cual la Magistrada, ahora Sustanciadora,



avocó el conocimiento del asunto y ordenó reintegrar la Sala (fls. 14 a 15, de este cuaderno), tras lo cual señaló fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de alegaciones y fallo prevista en el artículo 434 **ejusdem**.

2. El dos (2) de mayo siguiente, a las 2:30 P.M, data señalada para el efecto, antes de escuchar a las partes, y una vez reintegrada la Sala, la referida Magistrada resolvió en forma negativa la solicitud que presentó la gestora judicial del demandante, en torno a que se declarara “*el desistimiento tácito del recurso de apelación interpuesto por GYPTEC S.A. en contra de la sentencia proferida por la Superintendencia de Sociedades el 20 de febrero de 2013*”; seguidamente los extremos procesales del litigio procedieron a rendir sus alegaciones, que quedaron consignadas en el registro magnetofónico de la diligencia (fls. 46 a 48, **ibídem**), amén de sendos escritos que se incorporaron al expediente (fls. 23 a 38, **ib.**).

2.1. Así, la demandante insistió en que para adoptar la escisión parcial de Gyptec S.A. a Gyptec Inmuebles S.A.S se requería el acuerdo de todos los socios.

2.2. Por su parte, el apoderado de la sociedad demandada después de memorar cuál era el objeto social de la empresa, y que lo que se quiso con la mencionada escisión fue transferir un activo que no podía explotar debido a la restricción de dicho objeto, arguyó que la Superintendencia de Sociedades por un lado, aplicó indebidamente la Ley 1258 de 2008, y por otro, omitió las reglas que sobre el particular tiene la Ley 222 de 1995.

Lo primero, porque presumió que hubo una transformación, cuando lo cierto es que la sociedad Gyptec S.A. no ha dejado de ser, es decir, no pasó de anónima a S.A.S., que es lo que supone la Ley para exigir el requisito de unanimidad, simplemente se destinó un activo a la creación de una nueva sociedad.

Lo segundo, habida cuenta que lo que debía aplicarse era el derecho de retiro, de tal suerte que si el señor Hakim consideraba que la referida escisión iba en desmedro de sus intereses tenía la posibilidad de retirarse de la empresa.

Con todo precisó, que se había tratado de una escisión simétrica, y en la nueva sociedad no se desmejoraba la participación del actor, sino que las condiciones eran iguales; y que más bien su oposición era un abuso de su derecho, donde la minoría podía tiranizar a la mayoría, en contra del principio de la libre empresa, que sólo debía restringirse en virtud del interés general o razonabilidad del legislador.

CONSIDERACIONES

1. Es posible emitir sentencia de fondo, porque los presupuestos procesales concurren, amén de que no existe causal de impedimento, el trámite se adelantó conforme a la Ley y no fueron violentadas las garantías fundamentales propias del juicio.

2. La primera precisión que cumple hacer, es que la competencia de la Sala se circunscribe a determinar si la decisión que adoptó Gyptec S.A. en la Asamblea Extraordinaria de Accionistas que se llevó a cabo el 24 de septiembre de 2012, en torno a una escisión parcial que tenía o tuvo como finalidad la creación de Gyptec Inmuebles S.A.S., adolece de nulidad absoluta a propósito de no haberse adoptado por la votación requerida por la ley, conforme lo dispone el artículo 190



del Código de Comercio, norma según la cual: “Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; **las que se adopten sin el número de votos previstos en los Estatutos o en las leyes**, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios disidentes”, (se resalta), de manera que la dilucidación de aspectos como: el de si la citación al señor Hakim Daccach fue indebida, quien por lo demás asistió a la referida asamblea a través de una apoderada que constituyó para ese efecto, si hay desmedro de sus derechos en la nueva sociedad, la finalidad de la eliminación de la cláusula compromisoria en el proyecto de escisión, en principio nada aporta a la solución de la controversia, que a decir verdad se reduce a un conflicto de interpretación, que puede enunciarse así: ¿Si a la luz del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, la pluricitada escisión debía adoptarse por el voto unánime de todos los socios de Gyptec S.A.?

3. Para resolver lo pertinente se dirá, que la disposición legal anotada prevé:

“TRANSFORMACIÓN. Cualquier sociedad podrán [sic] transformarse en sociedad por acciones simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. La decisión correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil.

De igual forma, la sociedad por acciones simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, siempre que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante decisión unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas.

*PARÁGRAFO. **El requisito de unanimidad de las acciones suscritas también se requerirá en aquellos casos en los que, por virtud de un proceso de fusión o de escisión o mediante cualquier otro negocio jurídico, se proponga el tránsito de una sociedad por acciones simplificada a otro tipo societario o viceversa**”, (se destaca).*

Entonces, según el precepto en cita, la unanimidad se requiere en los siguientes supuestos:

(i) Cuando alguna sociedad, sin importar su clase, pretenda transformarse en una sociedad por acciones simplificada.

(ii) Cuando se persiga la transformación de una sociedad por acciones simplificada a otro tipo societario.

(iii) Cuando a través de una escisión o fusión, o por cualquier otro negocio jurídico, se proponga el “tránsito” de una S.A.S. a otro tipo societario, y finalmente,

(iv) Cuando por medio de estos últimos mecanismos, una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio haga tránsito a una sociedad por acciones simplificada, que es el supuesto que interesa a efectos de resolver la alzada que concita la atención de la Sala.



Y como ampliamente lo expuso el Superintendente Delegado Para Procedimientos Mercantiles, al decretar la suspensión provisional de la resolución acusada (fls. 11 a 21, Tomo Medidas Cautelares) y decidir las pretensiones de la demanda, dicho canon busca proteger la voluntad de aquellas personas que van a hacer parte de una sociedad por acciones simplificada, de tal suerte que sólo la conformen cuando así lo quieran, habida cuenta de su carácter eminentemente dispositivo, ya que de acuerdo al artículo 17 de la citada Ley 1258, *“en los estatutos de la sociedad por acciones simplificadas se determinará libremente la estructura orgánica de la sociedad y demás normas que rijan su funcionamiento”*.

4. Ahora, para efecto de interpretar la ley, en el capítulo 4° del Código Civil se consagraron algunas directrices, entre las que importa destacar, las previstas en los artículos 27, 28 y 30, que en su orden rezan:

“Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso de las mismas palabras; pero cuando el legislador haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

“El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medios de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

5. Bajo esta perspectiva, no es como lo pretende hacer ver la sociedad demandada, que el “tránsito” de un tipo societario a uno de sociedad por acciones simplificada, a que alude el parágrafo del referido artículo 31, debe traducirse a un cambio en su naturaleza, de modo que desde esta hermenéutica, la unanimidad en la votación sólo se requería, en el caso concreto, en el evento en que Gyptec S.A., a propósito de la escisión parcial de su patrimonio, hubiese dejado de ser una sociedad anónima para convertirse en una sociedad por acciones simplificada, por las siguientes razones:

5.1. En primer lugar, si así fuera, no hubiera sido necesario hablar de “transformación” ni de “tránsito”, sino simplemente del primero de los términos, porque en todo caso dicho proceso es el que apareja que una sociedad abandone su naturaleza inicial por otra. Véase que el artículo 167 del Código de Comercio prevé:

“Una sociedad podrá, antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este Código, mediante una reforma del contrato social”.

Sin embargo, el legislador quiso que el requisito respecto del cual se ha hecho mérito, también aplicara para el caso del tránsito hacia una SAS, por medio de una escisión o fusión.

5.2. Desde el punto de vista gramatical, hay que tener en cuenta que de



acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y en el contexto del artículo “Transitar” es “3. Paso”, “6. Paso de un estado o empleo a otro”. Ahora “Paso”, es “la acción de pasar” (7.) y “Pasar” trae los siguientes significados que importan: 1. Llevar, conducir de un lugar a otro. 2. Mudar, trasladar a otro lugar, situación o clase. 3. Enviar, transmitir. 9. **Transferir o trasladar algo de una persona a otra.**

5.3. Por otra parte, el artículo 3° de la Ley 222 de 1995 establece:

“Modalidades. Habrá Escisión cuando:

*1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes **o las destina a la creación de una o varias sociedades**, (se resalta).*

2. Una sociedad se disuelve sin liquidarse, dividiendo su patrimonio en dos o más partes, que se transfieren a varias sociedades existentes o se destinan a la creación de nuevas sociedades”.

5.4. En el caso **sub examine**, por un lado, como consta en el proyecto de escisión que se aprobó por mayoría en la asamblea citada (fls. 50 a 56, Tomo 1), Gyptec S.A. “...sin disolverse, transfiere en bloque parte de su patrimonio para la constitución de la sociedad beneficiaria GYPTEC INMUEBLES S.A.S.”, y por otro, a propósito de dicha escisión, finalmente habría lugar al tránsito a una sociedad por acciones simplificada, como que se transferiría parte de su patrimonio a la constitución de este tipo societario, concretamente treinta mil trescientos treinta y seis millones setecientos noventa y un mil doscientos nueve pesos con cincuenta y siete centavos (\$30336’791.209,57) como activos, y tres mil seiscientos ochenta y cinco millones trescientos ochenta mil veintidós pesos (\$3685’380.021.00), como pasivos, (envés fl. 54, Tomo I).

Si así no fuera, entonces se habría indicado que el tránsito debía hacerse sólo a través de una escisión total, cuando nada se dice al respecto, y bien se sabe, que donde el legislador no ha distinguido al intérprete no le es dable hacerlo (***Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus***).

5.5. Y a vuelta de indagar en los antecedentes de la ley, se advierte fácilmente, que la intención del legislador con el párrafo del citado artículo 31 fue la de no solo exigir el requisito de unanimidad para eventos como la “transformación”, sino en los casos de escisión o fusión de una sociedad.

En efecto, como lo anotó la Superintendencia de Sociedades, en las ponencias para primer y segundo debate ante el Senado del Proyecto de Ley 39 de 2007, correspondiente a la hoy Ley 1258, sólo se hablaba del requisito de unanimidad para cuando hubiese transformación de una sociedad a otra por acciones simplificada, y fue en el curso del primer debate ante la Cámara de Representantes, con el Proyecto de Ley 241 de 2008, que se propuso “regresar a la versión original del artículo 31 del proyecto de ley, pues la exigencia de la unanimidad para adoptar las decisiones referentes a la transformación, permiten en una sociedad cerrada, como la propuesta, proteger en debida forma los derechos de los socios minoritarios”, incluyéndose el mencionado párrafo².

² Ponencia Primer Debate Senado Proyecto de Ley 39 de 2007 (Gaceta 391 de 2007).

Artículo 31. Transformación. Cualquier sociedad podrá transformarse en sociedad por acciones simplificada, siempre y cuando que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares del cien por ciento del capital. La determinación correspondiente deberá



5.6. Desde un análisis sistemático de la Ley señalada, se tiene que el requisito de unanimidad en la votación para cuando haya transformación, escisión o fusión de un tipo societario, o cualquier otro negocio jurídico a través del cual se proponga el tránsito a una sociedad por acciones simplificada, constituye una excepción a las reglas generales sobre la materia.

Así, véase que el artículo 30 **ejusdem** reza:

*“NORMAS APLICABLES A LA TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y ESCISIÓN. **Sin perjuicio de las disposiciones especiales contenidas en la presente ley,** las normas que regulan la transformación, fusión y escisión de sociedades le serán aplicables a la sociedad por acciones simplificadas, así como las disposiciones propias del derecho de retiro contenidas en la Ley 222 de 1995”, (se enfatiza).*

Y enseguida el párrafo del artículo 31 regla:

“El requisito de unanimidad de las acciones suscritas también se requerirá en aquellos casos en los que, por virtud de un proceso de fusión o de escisión o mediante cualquier otro negocio jurídico, se proponga el tránsito de una sociedad por acciones simplificada a otro tipo societario o viceversa”; he ahí la excepción a la aplicación de la norma general, y bien se sabe que es hermenéutica jurídica universalmente aceptada, que la ley especial, o la disposición que verse sobre asunto especial, prevalece sobre la norma general y que la ley posterior se aplica de preferencia a la disposición anterior (artículo 5° de la Ley 57 de 1887, 3° de la Ley 153 de 1887 y artículos 71 y 72 del Código Civil).

constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil.

De igual forma, la sociedad por acciones simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, siempre y cuando que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante determinación unánime de los asociados titulares del cien por ciento de las acciones suscritas.

Ponencia Segundo Debate Senado Proyecto de Ley 39 de 2007 (Gaceta 605 de 2007).

Artículo 31. Transformación. Cualquier sociedad **excepto las vigiladas por la Superintendencia Financiera**, podrán transformarse en sociedad por acciones simplificada, siempre y cuando que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación de los asociados titulares **de las tres cuartas (3/4) partes del capital**. La determinación correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil.

*De igual forma, la sociedad por acciones simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, siempre y cuando que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante determinación de los asociados titulares **de las tres cuartas partes (3/4)** de las acciones suscritas.*

Ponencia Primer Debate Cámara Proyecto de Ley 241 de 2008 (Gaceta 248 de 2008)

Artículo 31. Transformación. Cualquier sociedad podrá transformarse en Sociedad por Acciones Simplificada, antes de la disolución, siempre que así lo decida su asamblea o junta de socios, mediante determinación unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas. La decisión correspondiente deberá constar en documento privado inscrito en el Registro Mercantil.

De igual forma, la Sociedad por Acciones Simplificada podrá transformarse en una sociedad de cualquiera de los tipos previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio, siempre que la determinación respectiva sea adoptada por la asamblea, mediante decisión unánime de los asociados titulares de la totalidad de las acciones suscritas.

Parágrafo. El requisito de unanimidad de las acciones suscritas también se requerirá en aquellos casos en los que, por virtud de un proceso de fusión o de escisión, se proponga el tránsito de una Sociedad por Acciones Simplificada a otro tipo societario o viceversa”, (los destacados son originales al texto). Consultado en <http://www.secretariassenado.gov.co/antecedentesley.asp>.



Luego, si lo que se requería para adoptar la decisión relativa a la constitución de una sociedad por acciones simplificada era el voto unánime de todos los socios de Gyptec S.A., no se le puede anteponer al demandante el derecho de retiro previsto en el artículo 12 de la Ley 222, norma según la cual, *“cuando la transformación, fusión o escisión impongan a los socios una mayor responsabilidad o impliquen una desmejora de los derechos patrimoniales, los socios ausente o disidentes tendrán derecho a retrotraerse de la sociedad”*, porque en **primer lugar**, aquí el asunto no es que en la nueva sociedad se le haya impuesto al señor Carlos Hakim una mayor responsabilidad o se le hayan desmejorado sus prerrogativas en relación con la anterior sociedad, se trata de que la Ley le otorgó la posibilidad de hacer valer su inconformidad frente a la circunstancia de formar parte de una sociedad por acciones simplificada; en **segunda medida**, dicho retiro, como derecho que es, se puede ejercer o no, es decir, es un asunto discrecional de su titular, del que está claro no ha hecho ni quiere hacer uso el demandante. En **tercer lugar**, porque contrario a lo que sostiene el impugnante, en asuntos como el de la especie no resulta aplicable el precepto citado, sino otro con un significado totalmente opuesto, como es el derecho al veto. Y finalmente, si pudiera pretextársele al socio disidente que puede retirarse de la sociedad, sería tanto como imponerle a aceptar una decisión que la ley no lo obliga a soportar, pues al margen del número de acciones que posea, para tal efecto se debe contar con su beneplácito, ya que precisamente lo que quiso evitar la ley es que los socios mayoritarios o más fuertes impongan su voluntad a los minoritarios.

Por eso ha puntualizado la doctrina, que *“...pese a que todas las leyes formulan el principio de sumisión de los socios al voto de la mayoría, hay casos en los que la ley permite a las minorías que se resistan a la mayoría, para hablarse entonces de ‘defensa de la minoría’. De esta manera..., ‘la protección de la minoría se manifiesta entonces como un antídoto de la democracia, como un correctivo sentimental a la fuerza bruta del número’³”*.

5.7. Adicional a esto y no menos importante, es que una interpretación distinta a ésta, como la que propone Gyptec S.A. facilitaría una trampa a la ley, pues so pretexto de que una escisión parcial no configura un tránsito a una SAS, se transferiría poco a poco su patrimonio social hasta pasarlo en su totalidad a una sociedad por acciones simplificada, haciendo así socio al disidente, de un tipo societario que nunca convino, que es lo que pretende evitar a toda costa la pluricitada Ley 1258.

5.8. Ahora, si de acuerdo con la anterior exposición de motivos, la protección a los socios minoritarios es otro de los objetivos de la Ley en comento, mal se hace en acusar al demandante de abusar de su derecho, ya que si como se desprende del artículo 43 **ejusdem**⁴, el preanotado abuso puede configurarse

³ MARTÍNEZ Neira, Néstor Humberto. “Cátedra de Derecho Contractual Societario. Regulación Comercial y bursátil de los actos y contratos societarios”, pág. 205. Editorial Abelado Perrot. Buenos Aires (Argentina), 2010; autor que a su turno cita a “GARRIGUES, Joaquín, Temas de derecho vivo, Tecnos, Madrid, 1978, ps. 96/97”.

⁴ “ABUSO DEL DERECHO. Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para una tercera ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas. Quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada, por la ilicitud del objeto.



cuando los socios minoritarios se oponen caprichosamente a la adopción de determinadas decisiones con el único propósito de favorecer sus propios intereses, no se ve lo injustificado o ilegítimo de su oposición frente a la transferencia del aludido patrimonio para la constitución de Gyptec Inmuebles S.A.S., si se tiene en cuenta que dicho proceder está amparado por la ley, quien le concede para el efecto **el derecho a vetar una decisión de semejante talante, como que exige para su adopción la unanimidad de la votación.**

Además, no se advierte el beneficio o utilidad que le reportaba a la demandada dicha escisión, pues no es cierto que haya tenido como finalidad explotar un inmueble que por virtud de la restricción de su objeto social, circunscrito a una zona franca, no podía realizar, porque por una parte, al tenor del certificado de existencia y representación legal de Gyptec S.A., “*EN DESARROLLO DE SU OBJETO, LA SOCIEDAD PODRÁ EJECUTAR Y CELEBRAR TODOS LOS ACTOS QUE TENGAN RELACIÓN CON EL MISMO, ENTRE LOS CUALES SE INCLUYEN LOS SIGUIENTES: (...) 7. ADQUIRIR, COMPRAR, POSEER, VENDER, PERMUTAR, PIGNORAR, HIPOTECAR, DAR O RECIBIR A CUALQUIER TÍTULO LEGAL, ENAJENAR, GRAVAR, TRANSFORMAR Y ADMINISTRAR TODA CLASE DE BIENES E INMUEBLES, PARA EL DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS SOCIALES O PARA INVERTIR LAS RESERVAS O DEMÁS DINEROS QUE LA SOCIEDAD ESTIME CONVENIENTE*”, (fls. 17 y 18, Tomo 1), tanto así, que de acuerdo al proyecto de escisión, los derechos sobre el susodicho bien están representados en una fiducia; en efecto se lee del aparte denominado “*DISCRIMINACIÓN Y VALORACIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS QUE SE INTEGRAN A LA SOCIEDAD BENEFICIARIA*”:

*“Dentro de los activos que se destinan de la sociedad GYPTEC S.A. a la sociedad GYPTEC S.A.S., se encuentran el 100% de los derechos fiduciarios que posee la sociedad sobre el patrimonio autónomo FC-GYPTEC el cual es administrado por la FIDUCIARIA COLPATRIA S.A. identificada con el NIT. 800.144.467-6; Patrimonio Autónomo constituido por el 73.86% del lote de terreno No. 29 CONASTIL, identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 060-59056”, (envés fl. 54, **ib.**).*

Por otra, según se infiere del interrogatorio de parte que rindió el apoderado judicial de Gyptec S.A., con facultad para confesar (fl. 941, Tomo 4), dicha sociedad tenía un particular interés en el susodicho bien, el cual estaba directamente relacionado con su objeto social.

Así el aludido profesional del derecho cuando se le increpó por la justificación de la escisión, puntualizó:

“La motivación fue la siguiente: Ese lote es un lote que tiene un muy buen porvenir. Gyptec se encuentra en una situación en la cual por las controversias que hay entre los socios la toma de las decisiones en relación con ese... con todos los temas de Gyptec se ha vuelto conflictiva. Sobre ese lote por su situación, resulta que, puede ser eventualmente un buen negocio para un puerto por ejemplo, es más, ha habido algunos acercamientos, que están muy lejanos todavía, para eventualmente convertir ese lote en un puerto, (minuto 53 segundo 20 a minuto 54 segundo siete, fl. 947, Tomo 4).

La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario”.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

“(…)

Y la otra es, la evidente [sic] y claro interés que se ha presentado por hacer negocios sobre el lote. Uno de esos negocios... es la construcción de un puerto, la situación del lote es especial para eso, ha habido acercamientos hacia Gyptec para ver si se construye un puerto, pero se trata de negociaciones que en este momento están simplemente en la etapa de tratos preliminares.

(…)

El destino natural de ese lote es un puerto. Eso no cabe la más mínima duda. Pero inclusive para eso existen muchos problemas, para que Ud. vea la etapa en que eso está y por qué entre otras cosas debe estar en una sociedad distinta. Si Ud. lo mira, todo ese lote de Pasacaballo de Cartagena hay discusión sobre si es playa o no es playa...”, (minuto 54 segundo 20 a minuto 58 segundo 8, ib.).

Y de acuerdo al plurimencionado certificado de existencia, Gyptec S.A. se dedica a “**DESARROLLAR ACTIVIDADES COMO USUARIO INDUSTRIAL DE SERVICIOS Y USUARIO INDUSTRIAL DE BIENES EN ZONAS FRANCAS, (...), PARA LO CUAL PODRÁ DESARROLLAR ACTIVIDADES TALES COMO: LA FABRICACIÓN, PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN, INSTALACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE LÁMINAS DE YESO Y MATERIALES PARA LA CONSTRUCCIÓN, TANTO EN EL TERRITORIO NACIONAL COMO PARA LA EXPORTACIÓN. LA COMPAÑÍA REALIZARÁ Y CUMPLIRÁ SU OBJETO EN INSTALACIONES INDUSTRIALES Y COMERCIALES, EN LA ZONA FRANCA DE LA CANDELARIA UBICADA EN MAMONAL, CARTAGENA DE INDIAS D.T., DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**”, (fl. 17, Tomo I), no cabe duda alguna que le ayudaría al desarrollo de su labor el acceso en mejores condiciones a un puerto marítimo, partiendo del supuesto que tiene participación en el lote de terreno donde habría de ser construido.

5.9. Pero hay más, si al tenor del citado interrogatorio la toma de las decisiones en Gyptec S.A. se ha vuelto conflictiva, bastante riesgo corre el señor Carlos Hakim, dada su condición de socio minoritario, al escindirse parcialmente dicha sociedad a una por acciones simplificada, pues sin duda, y a tono con la libertad contractual de este tipo societario, es muy probable que su voto poco o ningún efecto tenga a la hora de su conducción.

6. Lo discurrido, fuerza concluir la legalidad de la decisión impugnada, razón por la cual se confirmará; y consecuentemente se condenará en costas a la parte demandada (num. 1º art. 392 del Código de Procedimiento Civil).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en una de sus Salas de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia pronunciada el veinte (20) de febrero del año en curso, por el Superintendente Delegado Para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la sociedad Gyptec S.A. Para efecto de su liquidación, la Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1'000.000.00), teniendo en cuenta las directrices previstas en el numeral 1.3. del artículo 6° del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 del mismo año⁵, ambos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura

Se notifica en estrados.

JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE

Rad.: 2012-55580-01

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Rad.: 2012-55580-01

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Rad.: 2012-55580-01

⁵ “PROCESO VERBAL. “En los casos en que únicamente se ordena o niega el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes”.