

|REPUBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**
Sala de Decisión Civil**Magistrada Ponente: Dra. ANA LUZ ESCOBAR LOZANO****ACTA N° 89**

Cali, dieciocho (18) de noviembre dos mil veinte (2020)

I. OBJETO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la **Sentencia Anticipada** proferida por el Juez Trece Civil del Circuito de Cali el 11 de junio de 2019, en el proceso verbal iniciado por **MARIA DEL ROSARIO CABAL AZCARATE** contra **MODESTO IGNACIO CABAL AZCARATE Y OTROS**

II.- ANTECEDENTES.

La demanda se presenta por María del Rosario Cabal Azcarate en calidad de socia comanditaria en las sociedades Inversiones Cabal Azcarate y Cia S en C – *en adelante Inversiones Cabal-* e Inversiones Modesto Cabal y Cia S en C - *en adelante Inversiones Modesto Cabal-* , contra Modesto Ignacio, María Catalina y Victoria Eugenia Cabal Azcarate en su calidad de socios comanditarios en las sociedades citadas y los dos primeros además socios gestores en las mismas; Juliana Cabal Azcarate como socia comanditaria en Inversiones Cabal , y todos como herederos determinados del señor Modesto Alberto Cabal Jaramillo (qepd) ; contra los herederos indeterminados del señor Cabal Jaramillo; así como contra las sociedades Inversiones Cabal e Inversiones Modesto Cabal .

1.- Las pretensiones son las siguientes:

1.1- Pretensiones *principales*: Se declare que Inversiones Cabal e Inversiones Modesto Cabal están en estado de disolución desde el 28-11-01 -fallecimiento del socio gestor Modesto Cabal Jaramillo- y en consecuencia se proceda a la liquidación y adjudicación de bienes a los socios.

1.2.- *Pretensiones subsidiarias primeras*: Declarar la inexistencia de la junta de socios de Inversiones Cabal del 5-04-90 por falta de quorum deliberatorio, en consecuencia, declarar la inexistencia de las decisiones allí adoptadas y protocolizadas, que la sociedad está disuelta desde el 24-11-03 por expiración del término, y proceder a su liquidación. -

1.3.- *Pretensiones subsidiarias segundas* .- Declarar que Inversiones Modesto Cabal, Modesto Ignacio, María Catalina- *en adelante Catalina-* , Victoria Eugenia- *en adelante Victoria-* y Juliana Cabal Azcarate en su condición de socios de Inversiones Cabal : *Pretensión 1 subsidiaria*: incumplieron y continúan incumpliendo el contrato social con Inversiones Cabal; *Pretensión 2 subsidiaria* :han ejecutado y continúan ejecutando de mala fe el contrato social con Inversiones Cabal ; *Pretensión 3 subsidiaria*: han abusado de sus derechos y su posición mayoritaria en ejecución del contrato social con la citada sociedad .

Declarar que Modesto Ignacio y Catalina Cabal Azcarate como socios gestores, representantes legales y administradores de Inversiones Cabal: *Pretensión 4 subsidiaria*: han incumplido y continúan incumpliendo el contrato social con Inversiones Cabal; *Pretensión 5 subsidiaria*: han ejecutado y continúan ejecutando de mala fe el contrato social con dicha sociedad.

Declarar que Modesto Ignacio, Catalina y Victoria Cabal Azcarate como socios de Inversiones Modesto Cabal: *Pretensión 6 subsidiaria*: incumplieron y continúan incumpliendo el contrato social con dicha sociedad; *Pretensión 7 subsidiaria*: han ejecutado y continúan ejecutando de mala fe el contrato social con Inversiones Modesto Cabal; *Pretensión 8 subsidiaria*: han abusado de sus derechos y de su posición en la ejecución de dicho contrato social.

Declarar que Modesto Ignacio y Catalina como socios gestores, representantes legales y administradores de Inversiones Modesto Cabal: *Pretensión 9 subsidiaria*: incumplieron y continúan incumpliendo el contrato social con dicha sociedad; *Pretensión 10 subsidiaria*: han ejecutado y continúan ejecutando de mala fe dicho contrato social. *Pretensión 11 subsidiaria* : Declarar que Modesto Ignacio Cabal detenta un control o poder subordinante de facto en la sociedad Inversiones Modesto Cabal ; *Pretensión 12 subsidiaria* : Declarar la terminación del contrato de sociedad que vincula a los socios de Inversiones Cabal; *Pretensión 13 subsidiaria* : Declarar la terminación de contrato social que vincula a los socios de Inversiones Modesto Cabal; *Pretensión 14 subsidiaria* : Declarar la disolución de Inversiones Cabal , y en consecuencia proceder a su liquidación : *Pretensión 15 subsidiaria* , Declarar la disolución de Inversiones Modesto Cabal y en consecuencia se proceda a su liquidación : *Pretensión 16 subsidiaria* : se condena a los convocados en costas.-

1.4.-*Pretensiones subsidiarias terceras* :1 *Pretensión subsidiaria* : Declarar que el contrato social que vinculó a los socios de Inversiones Modesto Cabal carece en la actualidad de objeto y causa lícitos; 2 *Pretensión subsidiaria* , Declarar que en la actualidad no existe ánimo societario entre los socios de Inversiones Cabal; 3 *Pretensión subsidiaria* .- Declarar que en la actualidad no existe ánimo societario entre los socios de Inversiones Modesto Cabal; 4 *Pretensión subsidiaria*, Declarar la terminación del contrato social que vincula las partes como socios en Inversiones Cabal; 5 *Pretensión subsidiaria*: Declarar la terminación del contrato social que vincula a las partes como socios en Inversiones Modesto Cabal ; 6 *Pretensión*

subsidiaria: Declarar que ha operado la disolución de Inversiones Cabal y proceder a liquidarla; *7 Pretensión subsidiaria*, Decretar que ha operado la disolución de Inversiones Modesto Cabal y en consecuencia debe liquidarse ; *8 Pretensión subsidiaria* , se condene en costas a las convocadas.-

2.- Un resumen de los hechos es como sigue:

2.1.- Hechos generales relativos a la constitución de las sociedades, sus estatutos y reformas: La sociedad Inversiones Cabal fue constituida por escritura pública número 1222 de 3 de noviembre de 1983, Notaría 1 de Buga, siendo su único socio gestor el señor Modesto Cabal Jaramillo, con vigencia de 20 años- hasta el 22 -11-03 y sin pactarse la continuidad de la sociedad con los herederos del socio fallecido o los socios supérstites. Posteriormente -1988- quedaron como socios gestores Modesto Cabal Jaramillo y Modesto Ignacio Cabal. El 28-11-01 falleció el socio gestor Cabal Jaramillo, y para el 2007 se incluyó como socia gestora a Catalina Cabal y son socios gestores Modesto Ignacio y Catalina Cabal desde ese año –

En el acta de junta de socios del 5 de abril de 1990 protocolizada en la escritura pública 11950 de 21 -11-90 Notaria 10 de Cali, consta el acuerdo de ampliar el término de vigencia de la sociedad hasta el 31-12-14, y ante la inasistencia del socio gestor Modesto Cabal Jaramillo fue votado por su apoderado general de Modesto Cabal Jaramillo, Modesto Ignacio Cabal quien no podía representarlo por ser igualmente socio gestor.

La sociedad Inversiones Modesto Cabal se constituyó mediante escritura pública 4974 del 11-12-92, Notaria 13 de Cali siendo socios gestores Cabal Jaramillo y Cabal Azcarate, pero no se pactó que la sociedad continuaría en caso de muerte de algún socio con sus herederos o con los socios supérstites. Cabal Jaramillo falleció el 28 de noviembre de 2001 ¿y desde el año 2007 son sus socios gestores Modesto y Catalina Cabal. Esta sociedad es matriz e Inversiones Cabal sociedad filial.

2. 2.- Hechos relacionados con el incumplimiento del contrato social por los socios gestores y reiterada violación del derecho de inspección como manifestación del incumplimiento.

Los socios gestores de ambas sociedades, no han cumplido e incumplen con su gestión porque no se atempera a la ley ni a los estatutos.

Lo anterior porque en varios ejercicios contables le han evitado o restringido a la accionante el ejercicio del derecho de inspección , han abusado de sus derechos aprobándose cuentas y los informes de gestión; porque los socios gestores de Inversiones Modesto Cabal han abusado de su derecho de voto al aprobar cuentas y pagos a los socios gestores por *deudas* sin autorización ni soporte; por cuanto el socio gestor de ambas sociedades Modesto Ignacio Cabal votó favorablemente en su propio interés proposiciones , informes y cuentas sometidas a

votación en las juntas de socios de los años 2011,2012,2013, 2014 y 2015. Y por cuanto Modesto Ignacio Cabal abusando de su condición de socio gestor en la controlante se ha auto aprobado cuentas e informes de gestión y determinado el sentido del voto designando apoderado.

2.3.- Hechos relativos a actividades de la administración fuera del objeto social como manifestación del incumplimiento del contrato social por los socios gestores y la perjudicial administración de estos. Consisten en que en juntas de socios de Inversiones Cabal y de Inversiones Modesto Cabal la mayoría aprobó pagos de fiestas , clubes para beneficio del socio Modesto Ignacio Cabal , y préstamos a terceros sin relación con el objeto social, y para sanear irregularidades la misma mayoría en reunión del 29 -01-2016- Acta 55 se amplió el objeto social de Inversiones Cabal; y porque en el año 2008 la SuperSociedades encontró indicios de negligencia en la administración y en el año 2010 emitió alertas por pérdidas operacionales entre otras fallas de administración .

2.4.-Hechos relativos a la ausencia del ánimo societario, abuso a la personalidad jurídica en Inversiones Modesto Cabal y control de facto del socio gestor, consistentes en que algunos socios no quieren continuar en sociedad desde la muerte del padre porque las sociedades son utilizadas en beneficio del socio gestor de ambas Modesto Ignacio Cabal por lo que la sociedad controlante *pierde su objeto legal para convertirse en vehículo de ilegales decisiones*. Además, el derecho de voto de Inversiones Modesto Cabal en Inversiones Cabal hace que *de facto* quien ostente el control en ambas sociedades sea el socio gestor Modesto Ignacio Cabal.

3.- Surtidas las notificaciones comparecieron los demandados así:

Inversiones Cabal pronunciándose sobre la demanda , se opone a las pretensiones y en lo que nos interesa, formula la excepción de PRESCRIPCION sustentado en la aplicación del artículo 235 de la ley 222 de 1995 respecto a las situación de ausencia absoluta del socio gestor Cabal Jaramillo para lo que han transcurrido con creces los cinco años, que igualmente han pasado a la fecha de presentación de la demanda para ejercitar las acciones que tienen relación con los asuntos relativos a nulidad por objeto y causa ilícito y a todas las alegaciones que refieren a hechos sucedidos hace más de cinco años .

Inversiones Modesto Cabal y Catalina Cabal contestan en similares términos a Inversiones Cabal y alegan PRESCRIPCION con fundamento en el artículo 235 de la ley 222 de 1995 , cuando han pasado más de cinco años desde la muerte de Cabal Jaramillo y de las reuniones que aspira la demandante dejar sin efecto, excepción que también formulan Modesto Ignacio y Victoria Eugenia Cabal , añadiendo el primero que las pretensiones respecto a las decisiones aprobadas en la reunión del 5 de abril de 1990 están igualmente prescritas.

4.- Por SENTENCIA ANTICIPADA se declara probada la excepción de prescripción extintiva y en consecuencia se niegan las pretensiones, se decreta el levantamiento de las medidas cautelares e impone condena en costas. -

Para arribar a tal decisión el juez concreta la acción intentada a la disolución y liquidación de las sociedades demandadas pues todas las pretensiones subsidiarias concluyen en ellas y así figura en el poder, en la demanda, en los fundamentos de derecho al citar el artículo 524 CGP que regula la disolución, nulidad y liquidación de sociedades, y porque se admitió el libelo como de “disolución, nulidad y liquidación de sociedades”, sin cuestionamiento de ninguna de las partes

Dice que el libelo inicial es caótico en su argumentación, lográndose desentrañar que las causales alegadas son:

La muerte de alguno de los socios sin que se hubiere estipulado la continuación de la sociedad con sus herederos o socios supérstites y; el vencimiento del término de duración del contrato, debiendo el juzgador verificar si se configuran, pues toda la otra argumentación sobre actuaciones sociales o actas ilegales debe tramitarse bajo otra cuerda procesal.

Así, como el estado de disolución se pide desde la muerte del socio Cabal Jaramillo – 2001- o desde cuando expiró el término de vigencia de la sociedad -2003- , la acción está prescrita por haber transcurrido mas de cinco años- artículo 235 de la ley 222 de 1995 - desde que se configuró la causal a la fecha de radicación de la demanda en junio de 2016 y quedan desestimadas totalmente las pretensiones tanto principales como subsidiarias pues el término no fue interrumpido no civil ni naturalmente , tampoco se ha renunciado a él, además el demandante no se pronunció frente a tal excepción al descorrer el traslado.-

5.- Inconforme la parte demandante con lo resuelto pide revocar la decisión para que en su lugar se continúe el trámite y decida de fondo, formulando los siguientes reparos y sustentación:

-El juez se extralimitó en la facultad de dictar sentencia anticipada porque se pronunció sobre asuntos no relacionados con la prescripción extintiva y amplió los efectos de la decisión a todas las pretensiones- subsidiarias segundas y terceras- , sin evaluarlas a la luz de dicha figura y excluyéndolas , pasando por alto que las pretensiones se formularon de forma acumulada pero independientes unas y otras, en la modalidad de acumulación concurrente y sucesiva “*concurrente en la medida que cada grupo de pretensiones tiene una cadena consecucional entre sus pretensiones; y sucesiva en la medida en que el fracaso de un grupo de pretensiones daría lugar al estudio del siguiente grupo de pretensiones por haber sido formuladas como subsidiarias*, además no agotó el debate probatorio e incurrió en indebida valoración probatoria.

-Se desestimaron la totalidad de las pretensiones por prescripción entendiendo que versaban únicamente sobre la disolución y liquidación de sociedades- artículo 524 CGP- , cuando existían otras pretensiones acumuladas en forma concurrente y sucesiva y de cadena consecucional entre ellas por grupo -subsidiarias segundas y terceras- , que aluden al incumplimiento del contrato social , a la ejecución del mismo de mala fe, al abuso del derecho, a la causa y objeto ilícitos del contrato de sociedad y a la inexistencia del ánimo societario.

-Paso por alto el juez que, aunque la totalidad de las pretensiones persiguen la disolución y liquidación de la sociedad, lo hacen desde diversos supuestos fácticos que no fueron objeto de pronunciamiento, y de considerar poco clara la demanda, no la interpretó.

-Por cuanto es errado contabilizar el término prescriptivo para la disolución desde la ocurrencia de cada causal-muerte del socio y vencimiento término de duración; porque solo se necesita constatar la existencia de la causal; toda vez que la disolución no se agota sino que continúa en el tiempo ,salvo la enervación de la causal en forma legal si es procedente ; en razón a que deben practicarse pruebas para determinar probatoriamente la ocurrencia de la causal y la inexistencia del enervamiento ; y toda vez que no hay término prescriptivo para solicitar la liquidación y se trata de un proceso liquidatorio- artículo 524 CGP no declarativo.

-No es acertada la decisión del juez de soportar la prescripción de la acción en los artículos 256 del C de Co y el artículo 235 de la ley 222 de 1995 porque no son aplicables al caso concreto:
 a.- El artículo 256 del C de Co porque regula la prescripción de acciones que se ejercitan contra el proceso liquidatorio b.- Y el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 porque refiere a actuaciones derivadas del incumplimiento de obligaciones o de violación de lo previsto en el Libro Segundo del C de Co y la ley 222, pero no a la extinción de derechos ni a la ineficacia que opera de pleno derecho , según lo ha decidido la Superintendencia de Sociedades.- . Además, los supuestos de hecho previstos en el citado artículo no son los discutidos en el caso, que no tienen que ver con incumplimiento de normas de índole societaria sino de la verificación de hechos que dan lugar a la liquidación de la sociedad. -

-El artículo 370 del CGP es una oportunidad para pedir pruebas no para pronunciarse sobre las excepciones y el silencio al respecto no implica conformidad con aquellas como lo entendió el juez, que además no valoró la prueba de manera integral.

6.- El abogado de la contraparte en su réplica expresa en resumen que la sentencia debe confirmarse por lo siguiente:

-Porque está probada la excepción de prescripción y se cumplen los supuestos para dictar sentencia anticipada, toda vez que la pretensión global refiere a la disolución o nulidad y liquidación de las sociedades Inversiones Cabal e Inversiones Modesto Cabal teniendo en

cuenta que todas las pretensiones apuntan a una declaración en tal sentido y la demanda se funda en el artículo 524 del CGP y así se admite, sin que la parte actora se opusiera. -

-Dice que, confrontada las causales de disolución alegadas con la situación fáctica invocada en la demanda, están prescritas las pretensiones principales y primeras subsidiarias. Y en cuanto a las pretensiones segundas y terceras subsidiarias, su sustento refiere a supuestos incumplimientos y actuaciones intemporales, ajenas a las causales de disolución legales y estatutarias para la viabilidad de la pretensión global de disolución perseguida, además están prescritas por remontarse los incumplimientos y hechos a fechas pretéritas considerando el término indicado por el artículo 235 de la ley 222 de 1995.

-Avala la decisión del juez de dictar sentencia anticipada porque a igual conclusión se arribaría al resolver de fondo, resultando innecesario continuar con la etapa probatoria y las alegaciones, más aún cuando el apoderado de la parte actora asintió tácitamente con las excepciones al no describió el traslado de mismas y el juez analizó y valoró en forma racional y lógica las pruebas. -

-Expresa que la parte demandante ha hecho uso abusivo del recurso judicial formulando en contra de los demandados 22 demandas y otros trámites para vencerlos por fatiga y cansancio, y recurriendo a procederes temerarios como el amparo de pobreza que pretendió imponer en este proceso. -

7.-Surtido el trámite prescrito en el decreto 806 de 2020- artículo 14, procede dictar sentencia, previas estas:

III.- CONSIDERACIONES.

1.- La competencia del Tribunal se circunscribe a los reparos concretos formulados y sustentados por el recurrente, por lo que debe entenderse, que los demás son puntos que escapan a la competencia de esta Corporación, conforme a lo preceptuado en el artículo 328¹ del CGP.

2.- Según los reparos de la parte apelante, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si como lo consideró el juez está probada la excepción de prescripción propuesta por los demandados respecto a todas las pretensiones de la demanda con fundamento en el artículo 235 de la ley 222 de 1995, o si le asiste razón al apelante al afirmar que no han prescrito porque el juez pasó por alto que la demanda contiene acumulación concurrente , sucesiva y subsidiaria de

¹ CGP. Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.
Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

distintas pretensiones y con supuestos fácticos distintos, que dicha disposición no aplica, y de serlo los términos no se contabilizan desde la fecha de ocurrencia de los hechos en que se fundamenta lo pedido.-

3.- Sobre la prescripción se ha indicado por la Corte Suprema de Justicia que implica la extinción de un derecho, a diferencia de la figura de la caducidad que corresponde a la extinción de la facultad de ejercer un derecho o realizar un acto por no haberlo ejercitado dentro del término señalado en la ley. Dice así la Corporación: *“La caducidad en concepto de la doctrina y la jurisprudencia, está ligada con el concepto de plazo extintivo en sus especies de perentorio e improrrogable, el que, vencido, la produce sin necesidad de actividad alguna ni del juez ni de la parte contraria. De ahí que pueda afirmarse que hay caducidad cuando no se ha ejercido un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley para su ejercicio. - El fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercido, se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo en el cual el derecho puede ser últimamente ejercido. Por ello, en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio del derecho, o sea la negligencia real o supuesta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún la imposibilidad del hecho”*.²

La prescripción debe alegarse- artículo 2513 CC- y tratándose de prescripción extintiva su conteo debe comenzar desde cuando la obligación se haya hecho exigible o nace la obligación según lo dispone el artículo 2535 de tal normatividad y el entendimiento que de esta norma ha realizado la Corte Suprema de Justicia al precisar que *“ (...) el tema de la prescripción tiene en su esencia ineludible el elemento de la exigibilidad, por supuesto que al establecer el artículo 2535 del Código Civil que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso durante el que no se hayan ejercido dichas acciones, precisa que se cuente con este tiempo desde que la obligación se hizo exigible, es decir, que aún en el caso de que la obligación haya nacido a la vida del derecho, mientras no sea exigible, mientras no se pueda demandar su cumplimiento, no empieza a correr el término prescriptivo (...) no se está diciendo nada más- ni tampoco menos-, que entre el anotado fenómeno y la exigibilidad de las obligaciones existe una dependencia indiscutible, para lo cual es pertinente traer a colación, además aquél acerado y potísimo axioma de raigambre romana, conforme al cual (...) “la acción que no ha nacido, no puede prescribir” (actions non natae non praescribitur)”, postulado éste que tiene como plausible cometido el garantizar que el término respectivo se inicie a partir de que la acción (...) pudo ser ejercida”*.³ (Resaltado fuera de texto).

El término prescriptivo puede interrumpirse, ya natural ya civilmente -artículo 2539 del CC- lo último que ocurre por demanda judicial, norma que debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 94 del CGP según el cual, la presentación de la demanda interrumpe el término prescriptivo e

² Sentencia 19 de noviembre de 1976- Procedimiento Civil General Tomo I, Hernán Fabio López Blanco, Editorial Dupre, edición 10, Bogotá 2009, pág. 512.-

³ Cas Civil, sentencia de junio 29 de 2007, Exp. 1997-04690-01.

impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella se notifique al demandado dentro del término de un año contado a partir del día siguiente a la notificación de esa providencia al demandante, pues pasado ese término los efectos solo se producen a partir de la notificación al demandado, claro está ,siempre y cuando no se produzca alguna de las circunstancias que hacen ineficaces la interrupción de la prescripción y la operancia de la caducidad – artículo 95CGP-.

3.1.- Y en materia comercial el artículo 235 de la ley 222 de 1995 dispone que *“Las acciones 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”*.

La Corte Suprema de Justicia sobre esta norma ha indicado que según su contenido ella *“ (...) está significando, sin duda, que tal mecanismo de extinción de las obligaciones puede tener lugar solo en presencia de una reclamación judicial que haya sido fundamentada en una cualquiera de las tres hipótesis involucradas (...); así deberá tratarse de una acción relacionada con la insatisfacción total, la atención parcial o tardía de unas determinadas obligaciones , o con la infracción del régimen legal previsto para las sociedades mercantiles, contenido a partir del artículo 98 del Código de Comercio, así como en las normas concordantes y complementarias, o del quebrantamiento de alguna disposición de la misma ley 222 (...)”*⁴

De manera que cuando se ejercitan acciones cuya causa petendi refiere a algunas de las situaciones indicadas por dicha disposición, ella es la aplicable, y el conteo del término- 5 años - se inicia desde cuando la obligación se ha hecho exigible, esto es, desde cuando la acción pueda ejercerse según lo indicado en el artículo 2535 del CC, que aplica por remisión del artículo 822 del Estatuto Mercantil. -

4.-Descendiendo al caso y revisado el mismo, no se encuentra objeción en cuanto a los presupuestos procesales, como tampoco configurada causal alguna de invalidez - Y respecto a la legitimación en la causa, la tienen la actora y los demandados en su calidad de socios en las sociedades sobre las cuales versan las pretensiones.

Y desde ya se anota que le asiste razón a la parte demandada al cuestionar la decisión de primera instancia en cuanto en ella se considera como pretensión global formulada, la de disolución y liquidación de las sociedades y se accede a la excepción de prescripción propuesta para declararla probada respecto a todo lo pedido , esto toda vez que pasó por alto el funcionario que la demanda refiere a acciones de conocimiento encaminadas al reconocimiento de un derecho o interés jurídico , bien para la declaración misma de su existencia, o bien para modificar una determinada situación jurídica, y contiene una acumulación de pretensiones en la modalidad concurrente y

⁴ Cas Civil, sentencia agosto 6 de 2010, Rad 2002-00189 M.P Dr. Cesar Julio Valencia Copete

sucesiva ,que imponía analizar en igual forma su prescripción, como se hará en esta instancia para determinar si efectivamente todas las pretensiones están prescritas como se decidió.

4.1.- .- En tal sentido ha de tenerse en cuenta que todas las pretensiones ejercidas se encuentran dentro del marco legal que ampara el artículo 235 de la ley 222 de 1995 por referirse a la disolución de las sociedades , a la inexistencia de juntas de socios, al incumplimiento del contrato social y a la ejecución anómala del mismo ,a la terminación del contrato social, nulidad del contrato social, abuso del derecho y posición dominante, falta de ánimo societario, ejercicio de poder subordinante por socio gestor e incumplimiento de funciones por los administradores, asuntos relativos al incumplimiento de obligaciones y a violaciones de lo previsto en el Segundo Libro del Código de Comercio y en la ley 222 de 1995, luego es prescriptible el derecho a reclamar esas pretensiones concretas en los términos de la citada ley, no del artículo 256 del C de Co , toda vez que como ha indicado la Corte Suprema de Justicia esta norma *“refiere al término de prescripción de las acciones que se ejercitan contra el proceso liquidatorio, las cuales, por su naturaleza, no deben prolongarse durante mucho tiempo, por lo que el legislador estableció un término de prescripción relativamente corto* (SC, 5 ag. 2013, rad. n° 2004-00103-01), y las acciones ejercitadas no lo son contra el proceso liquidatorio.

4.2.- Ahora, el tema de la prescripción es complejo e igualmente lo es el relativo a las acciones de ineficacia e inexistencia porque operan de pleno derecho, ipso iure, lo que ha llevado a algunos tratadistas y jueces a señalar que no son acciones, que no prescriben y que no precisan de declaración judicial.

Sin embargo, si tenemos en cuenta que *“ (..) la acción no es más que el derecho a reclamar del Estado el cumplimiento de su función jurisdiccional para que se ponga en movimiento la jurisdicción, con miras al reconocimiento o satisfacción de los derechos, que serán definidos a través de un pronunciamiento de autoridad que ampare o rechace la pretensión –sentencia.”*⁵ , y que la parte demandante acude a la jurisdicción para que declare que ha operado la disolución o la inexistencia entre otras pretensiones, al hacerlo está ejerciendo su derecho a reclamar concretado en las pretensiones, lo que quiere decir ontológicamente que no es cierto que baste constatar la existencia de lo pedido y que no se precise de tales declaraciones , como tampoco es cierto que no prescriba ese derecho a reclamar bajo las pautas del artículo 235 de la ley 222 de 1995 porque en otros pronunciamientos distintos al citado por el apelante, la Superintendencia Financiera ha admitido la prescripción de la acción de ineficacia a la luz de dicha norma- sentencia de 2 de marzo de 2009- igual lo ha hecho la Superintendencia de Sociedades en sentencia anticipada del 2018-08-10 y la Corte Constitucional en la T 790 de 2010.

⁵ CSJ, SC5515-2019, sentencia de 18 de diciembre de 2019, M.P Dra. Margarita Cabello Blanco

4.3.- Y por otra parte ha de indicarse que este no es un trámite liquidatorio – artículo 524 del CGP – como de forma simplista se entiende, pues ni la mención de esa norma como una de las que sirven de fundamento de derecho a la demanda, ni la calificación que al negocio se le dio en el auto admisorio del libelo ⁶, permiten descartar las otras pretensiones que constan en él, que es el que las contiene por exigencia legal- artículo 82 CGP- .

5. Nos adentramos entonces en el estudio de las pretensiones.

5.1.- Como *pretensión principal* se solicita declarar que las sociedades Inversiones Cabal e Inversiones Modesto Cabal están en estado de disolución desde el 28-11 -01 fecha de fallecimiento del socio gestor - y que se proceda a liquidarla, por cuanto no se pactó en sus estatutos la continuación de las sociedades con los herederos del socio fallecido o los socios supérstites.

El socio gestor Modesto Cabal Jaramillo falleció el **28-11-01** según consta en el certificado de defunción aportado. Esto significa que desde ese momento la accionante pudo reclamar la declaración que ahora pretende para sustentar la disolución y liquidación de la sociedad por la causal que dice configurada, y como dejó transcurrir con creces los cinco años previstos en la norma - artículo 235 ley 222 de 1995- , prescribió su derecho a ese reclamo pues la demanda que nos ocupa se presentó el 28-06-16, para cuando habían transcurrido 15 años desde la ocurrencia del hecho que da lugar al reclamo.

Es entonces la posibilidad de accionar lo que determina el inicio del conteo del término prescriptivo y será el transcurso del tiempo necesario el que determine la ocurrencia de la prescripción, sin consideraciones respecto a si puede o no enervarse la causal o sobre la disolución, por cuanto esto es precisamente lo que se pedía declarar, y que no se analiza por la ocurrencia del fenómeno prescriptivo. –

Por tanto , estas pretensiones están prescritas y procede la excepción en tal sentido propuesta, sin que pueda entenderse que la parte demandante acepto tácitamente tal excepción por no haber descrito su traslado, en razón a que el artículo 370 del CGP en que se dice fundamentada tal exigencia si bien dispone tal traslado al demandante, lo concede para pedir pruebas sobre los hechos en que ella se fundan y no para pronunciarse sobre ellas, de manera que la sanción que dedujo el funcionario para la parte actora por no descorrer el traslado de las excepciones de mérito no tiene sustento legal.

5.2.- En las peticiones *subsidiarias primeras* se pide declarar la inexistencia de la junta de socios de Inversiones Cabal realizada el **5-04-90**, y consecencialmente declarar la inexistencia de las decisiones allí adoptadas y protocolizadas, que la sociedad está disuelta desde el 24- 11-03 por

⁶ Auto N 807 de 8 de agosto de 2016 “*ADMITIR la presente demanda VERBAL DE DISOLUCION, NULIDAD Y LIQUIDACION DE SOCIEDADES (...)*”

expiración del término y que se proceda a su liquidación, sustentado todo en que en esa reunión de asociados en la que se amplió el término de vigencia de la sociedad, no hubo quorum pues quien representó al socio gestor Modesto Cabal Jaramillo no podía hacerlo por ser igualmente socio gestor.

La figura de la inexistencia está regulada en materia mercantil en el artículo 898, que dispone: “Será *inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales*”. La inexistencia al igual que la ineficacia ocurren de pleno derecho, per se, lo que significaría que no requieren de declaración judicial, pero como dice el tratadista Luis Claro Solar en relación con dichas figuras “(.) *de la inexistencia y de la ineficacia de pleno derecho. Ninguna, se dice requiere declaración judicial. No obstante, esa afirmación dice mucho y no dice nada, porque entrando en conflicto las partes acerca de la existencia y consecuencias de esa figura jurídica es irremediable la intervención judicial*”⁷

5.2.1. Y en este caso la parte demandante solicita que se declare la inexistencia de la junta de socios del 05-04-90 y de las decisiones allí adoptadas por falta de quorum, esto pese a que el legislador optó por sancionar esas decisiones con ineficacia, dejando de manifiesto el conflicto que se presenta sobre tal inexistencia para que lo resuelva la justicia y la declare previa verificación de los hechos, toda vez que los actos fueron protocolizados y registrados y se han proyectado y generado efectos frente a las partes y a terceros.

Así, no hay duda de que la parte actora hizo uso de su derecho de acción al acudir al órgano jurisdiccional en demanda de la declaración de inexistencia que nos ocupa, por lo que por lo menos a partir de la fecha en que entró en vigencia la ley 222 de 1995 desplazando las normas generales sobre prescripción extintiva contenidas en los artículos 2535 y s.s. del CC, la acción propuesta prescribe bajo las pautas de la citada ley, lo que implica que su promoción no es al antojo de quien accione para hacerlo en cualquier tiempo.

5.2.2. Es más, la Corte Suprema de Justicia ha tratado la inexistencia desde la perspectiva de la nulidad absoluta y ha indicado “(.) *con independencia de que en materia civil se pueda aplicar autónomamente el instituto de la inexistencia de los actos o contratos, claramente se advierte que la distinción con la nulidad absoluta, es simplemente de grado, porque al fin de cuentas, aquella se erige en causal de esta última. (.) Por ejemplo, la “omisión de algún requisito” previsto en la ley para la validez del acto o contrato (C.C., art. 1741), en la esfera mercantil, en general, equivale a la falta de alguno de sus “elementos esenciales” (art. 899)*”⁸, por lo que desde esta óptica la acción de inexistencia propuesta también prescribe en los términos del artículo 235 de la ley 222 de 1995.

⁷ Explicaciones de derecho civil chileno comparado de las obligaciones, pág. 205 y 244

⁸ Sentencia 2003-00502 de diciembre 16 de 2010, M.P. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, expediente C-0500131030072003-00502-01

5.2.3.- Veamos entonces, el acta número 10 de abril 5 de 1990 contentiva de una reunión extraordinaria de socios de la sociedad Inversiones Modesto Jaramillo & Cia S en C- hoy Inversiones Cabal- en la que participaron todos los socios- la actora María del Rosario Cabal Ascarate personalmente-, fue protocolizada en la escritura pública número 11950 de 21 de noviembre de 1990 de la Notaria 10 de Cali e inscrita el 4 de noviembre de 1991 en la Cámara de Comercio de Cali.

En el anterior contexto , la actora pudo demandar la declaratoria de inexistencia de dicha junta de socios y de las decisiones allí adoptadas, o su ineficacia, desde el año 1990 porque tenía acción para hacerlo, pero no lo hizo, y en cambio dejo pasar más de 20 años para formularla en el año 2016 cuando habían transcurrido con creces los cinco años que para ejercerla contempla la ley 222 de 1995 ; es más aún bajo la óptica del artículo 2536 del CC modificado por la ley 791 de 2002 esa acción esta prescrita, razones suficientes para la prosperidad de la excepción de prescripción frente a la pretensión en estudio y sus consecuenciales.-

5.3.- Las pretensiones *subsidiarias segundas* son las siguientes : declarar la terminación del contrato social que vincula a los socios de la Inversiones Cabal e Inversiones Modesto Cabal y la disolución y consecuencial liquidación de dichas sociedades por cuanto los socios demandados han incumplido y ejecutado de mala fe cada uno de los contratos sociales y continúan haciéndolo, han abusado de sus derechos y posición mayoritaria , que los socios gestores y administradores han incumplido y ejecutado de mala fe el contrato de cada una de esas sociedades y continúan haciéndolo , y que Modesto Ignacio Cabal detenta el control o poder subordinante de facto de la sociedad Inversiones Modesto Cabal .

El fundamento de estas pretensiones radica en actuaciones realizadas por los socios gestores en las sociedades, relativas a la aprobación de estados financieros con pagos y préstamos a terceros no relacionados con el objeto social y a la ampliación del objeto social para sanear tal comportamiento; omisiones de los administradores en el derecho de inspección, haberse encontrado por la Superintendencia indicios de negligencia en la administración; abuso del derecho por auto aprobarse cuentas e informes de gestión y autorizar pagos por deudas para ellos sin soporte y por fuera del objeto social .Y respecto al socio Modesto Ignacio Cabal en el abuso de su condición de socio gestor en la controlante auto aprobándose cuentas y determinando el sentido del voto mediante la designación de apoderados especiales.

5.3.1.- Para la fecha de presentación de la demanda el **28 de junio de 2016** ya estaban prescritas todas las pretensiones sustentadas en las actuaciones, omisiones y en las reuniones de asociados realizadas con anterioridad al **28 de junio de 2011**, propuestas contra los socios comanditarios y socios gestores, o solo contra los socios gestores , o el socio gestor Modesto Ignacio Cabal , porque respecto a ellas se dejaron transcurrir los cinco años a que refiere la ley 222 de 1995 sin ejercerse el derecho de accionar por la accionante quien además, o estuvo presente o fue representada en

las reuniones, sin que exista prueba de que el término prescriptivo hubiere sido interrumpido o suspendido.

No prescriben en cambio las pretensiones contra los socios comanditarios y gestores de ambas sociedades y contra el socio gestor de la sociedad controlante Modesto Ignacio Cabal que refieren a actuaciones y a reuniones de socios realizadas **con posterioridad al 28 de junio de 2011**, en razón a que con la presentación de la demanda - **junio 28 de 2016**- se interrumpió el término prescriptivo – artículo 94 CGP-, y para ellas no transcurrieron los cinco años de ley, pretensiones por las cuales deberá continuar el trámite

5.4.- En las *pretensiones subsidiarias terceras* se pide declarar la terminación del contrato social y que ha operado la disolución de las sociedades Inversiones Cabal e Inversiones Modesto Cabal, porque en la actualidad no existe ánimo societario entre los socios, y por cuanto el contrato que vinculó a los socios en Inversiones Modesto Cabal carece en la actualidad de objeto y causa lícitos. Sustenta lo pedido que desde la muerte del padre en el año 2001 algunos socios no quieren continuar asociados porque Inversiones Modesto Cabal controla a Inversiones Cabal y la usa en beneficio del socio gestor de ambas Modesto Ignacio Cabal convirtiéndola en vehículo de ilegales decisiones, y por cuando dicho socio, de facto ejerce el control en ambas sociedades.

5.4.1.- Las normas relativas a la terminación y disolución de las sociedades están incluidas dentro del Libro Segundo del Código de Comercio, razón por la cual, en términos de lo dispuesto en el artículo 235 de la ley 222 de 1995, el interesado en accionar para reclamar tales pretensiones solo admite la sustentación en los hechos ocurridos no más de cinco años antes de que se formulara la demanda porque respecto a hechos anteriores referentes a la falta de ánimo societario, uso en beneficio del socio gestor, decisiones que se dicen ilegales y control de facto en las sociedades del socio gestor, ha operado la prescripción.

Así las cosas, las pretensiones que nos ocupan sustentadas en hechos anteriores a la presentación de la demanda, esto es antes del 28 de junio de 2011 están prescritas y procede esta excepción, que no se admite respecto a las pretensiones sustentadas en hechos posteriores a esa fecha, en razón a que el término prescriptivo se interrumpió a partir de la fecha de presentación de la demanda y para ellas no se han cumplido los cinco años.

5.4.2.- Ahora, en este grupo de pretensiones la parte accionante pide se declare la *operancia de la disolución* de las sociedades; sin embargo, al concurrir ante la justicia civil solicitando tal declaratoria está dejando sin piso su afirmación de que no necesita declararse la disolución de las sociedades, más aún cuando alega carencia actual de objeto y causa lícita, falta de ánimo societario, y esos hechos deben verificarse como generadores tanto de la terminación como de la disolución solicitadas.-

6.- Finalmente , no hay norma legal que excluya de las reglas que regulan la prescripción a las pretensiones de reconocimiento de inexistencia o ineficacia solicitadas , que por ende se extinguen por el paso del tiempo en los términos del artículo 235 de la ley 222 de 1995 , tal como lo indicó la Superintendencia Financiera en sentencia de 2 de marzo de 2009 “ (..) *Fuerza es concluir entonces que la acción promovida por el extremo demandante en ejercicio de funciones jurisdiccionales para que esta Superintendencia reconozca los presupuestos de ineficacia de negocios y operaciones atrás reseñados se encuentra prescrita , de conformidad con las prescripciones legales contenidas en el artículo 235 de la ley 222 de 1995*”

También la Superintendencia de Sociedades en sentencia anticipada de fecha 2018-08-10 dictada en el proceso número 2017-800-00119 en la que se le pidió el reconocimiento de los presupuestos de la ineficacia de las inscripciones de una supuesta cesión de acciones asentadas en el libro de registro de accionistas, se pronunció en esos términos, al declarar probada la excepción de prescripción propuesta con fundamento en la ley 222 de 1995, artículo 235.

Y la Corte Constitucional en la T- 790 de 2010, reconoció defecto sustantivo en tanto se dejó de aplicar el artículo 235 de la ley 222 de 1995, corroborando la prescriptibilidad de la acción para que se declaren los presupuestos de ineficacia y con ello la prescripción de las acciones consecuenciales a ella. –

7.-Por lo expuesto hasta aquí, ha operado la prescripción de la *pretensión principal , de las pretensiones subsidiarias primeras , de las pretensiones subsidiarias segundas y subsidiarias terceras* fundadas en hechos y actos que tuvieron lugar más de cinco años antes de la presentación de la demanda **-28 de junio de 2016-** , esto es, ocurridos con anterioridad a **junio 28 de 2011**, pero no han prescrito las *pretensiones subsidiarias segundas y subsidiarias terceras* cuya causa petendi refiera a situaciones posteriores a esa fecha , respecto a las cuales continuará la actuación.

Por tanto, la providencia apelada será revocada para en su lugar disponer la procedencia de la excepción de prescripción respecto a algunas pretensiones, debiendo continuar el proceso respecto a los demás pedimentos que no están prescritos. - Y ante la procedencia parcial de la excepción de prescripción propuesta, se condena a la parte demandada en el 40% de las costas.

Suficiente lo expuesto para que esta Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali conformada por la Dra. Ana Luz Escobar Lozano como Magistrada Ponente y los Dres. Jorge Jaramillo Villarreal y Cesar Evaristo León Vergara, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV.- RESUELVA. -

REVOCAR la providencia apelada, esto es la Sentencia **Anticipada de fecha 11 de junio de 2019** proferida por el Juez Trece Civil del Circuito de Cali, en el proceso declarativo, iniciado por **MARIA DEL ROSARIO CABAL AZCARATE** contra **MODESTO IGNACIO CABAL AZCARATE Y OTROS**.

En su lugar se dispone:

PRIMERO. - DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por los demandados **respecto** a las *pretensiones principales, pretensiones subsidiarias primeras, y a las pretensiones subsidiarias segundas y subsidiarias terceras* con causa petendi fundada en hechos y actuaciones realizadas antes del **28 de junio de 2011.-**

SEGUNDO. - DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por los demandados respecto a las *pretensiones subsidiarias segundas y subsidiarias terceras* fundadas en hechos y actuaciones anteriores al **28 de junio de 2011**. En consecuencia, **CONTINUAR** con el trámite de las mismas.

TERCERO. – CONDENAR en el 40% de las costas de ambas instancias a la parte demandada. Fijar el 40% de las agencias en derecho de esta instancia en la cantidad de \$ 2.000.000 .00

CUARTO. –Devolver el expediente físico al juzgado de origen para lo de su cargo con el cumplimiento de los protocolos expedidos para el efecto.

NOTIFIQUESE,

Los Magistrados,


ANA LUZ ESCOBAR LOZANO

JORGE JARAMILLO VILLARREAL

CESAR EVARISTO LEON VERGARA

Verbal- María del Rosariq Cabal Vs Modesto Ignacio Cabal y Otros

Rad. - 76001-31-03-013-2016- 000192-02 (19-129)

Providencia aprobada en forma virtual por los dos magistrados que conforman esta Sala de Decisión.