



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil, Agraria y Rural

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

AC3633-2024

Radicación n.º 11001-31-99-002-2022-00365-01

(Aprobado en sesión de veintisiete de junio de dos mil veinticuatro)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veinticuatro (2024).

Se procede a decidir sobre la admisibilidad de la demanda presentada por Incoequipos Ingeniería Construcción y Equipos -Incoequipos SA.- en reorganización, para sustentar el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de 9 de noviembre de 2023, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso declarativo que la recurrente le instauró a Desarrollo Vial de Nariño SA., -Devinar SA.-, Concay SA., José Drigelio Peñaloza Alberto y Javier Alfonso Herrera Martínez, con la vinculación de A&D Alvarado y During SAS., Estudios Técnicos SAS., Gayco Ingenieros Constructores SA. en reorganización, Inversiones Rodríguez Rincón SAS, JMW Ingenieros SAS., Nacional de Pavimentos SA., y Transporte e Ingeniería Ltda., en Liquidación, como litisconsortes necesarios de la parte convocada.

I. ANTECEDENTES

1. La accionante pidió advertir los presupuestos de inexistencia de la emisión y colocación de 213.600 acciones inscritas por Desarrollo Vial de Nariño SA. (Devinar SA.) aprobada en acta de asamblea n.º 014 de 2012 e inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 22 de febrero de 2013, con rad. n.º 01708570, ordenarle a esa convocada corregir su libro de registro de accionistas para retrotraer los efectos de esa decisión y devolverle a Concaay S.A. lo pagado por ese acto¹.

Declarar improcedente la entrega de dividendos de Devinar S.A. a Concaay SA. con ocasión de la participación accionaria obtenida por dicha inscripción, ordenar a esta última devolver los dineros dados por Devinar SA., y condenarla a pagarle a Incoequipos S.A. \$19.631'068.182 por utilidades e indexación².

Declarar la nulidad del aumento de capital autorizado a Devinar SA. el 6 de mayo de 2013 en \$3.136'000.000, elevado a escritura n.º 420 de 7 de mayo de 2013 e inscrito en el registro mercantil n.º 01728324 por aprobarse con la mayoría incorrecta y transgredir normas imperativas³.

Declarar la nulidad absoluta de la emisión y colocación de 100.000 acciones de Devinar SA., acto inscrito el 30 de

¹ Cfr. Pretensiones primera a), b) y c).

² Cfr. Pretensiones primera d), e) y f).

³ Cfr. Pretensiones segunda a).

julio de 2013, con registro mercantil n.º 01752929 por violar normas imperativas, para que esta corrija su libro de registro de accionistas, se borren los efectos de esa decisión y le devuelva a Concay SA. los dineros entregados⁴.

Declarar improcedentes los pagos de dividendos de Devinar SA. a Concay por la participación accionaria obtenida en esa transacción, ordenarle a esta devolver los dineros que le pagó aquella por las utilidades obtenidas de la participación accionaria derivada de la inscripción y colocación de acciones el 30 de julio de 2013⁵.

Declarar la nulidad absoluta del aumento de capital autorizado de Devinar SA., inscrito el 6 de octubre de 2014 bajo el registro mercantil n.º 01874493, y ordenarle a esa entidad recomponer la participación y el patrimonio de sus accionistas dentro del libro de registro respectivo⁶.

En subsidio, ordenarles a Devinar y Concay pagarle \$19.631'068.182 de dividendos no sufragados por la participación accionaria obtenida por esta de actos inexistentes o declarados nulos de 2012 y 2013, recursos que ingresaron a Devinar por el laudo de 25 de abril de 2016⁷.

Expuso que Devinar SA. fue constituida el 1º de diciembre de 2006 por Concay con participación del 27%;

⁴ Cfr. Pretensiones tercera a), b) y c).

⁵ Cfr. Pretensiones primera d) y e).

⁶ Cfr. Pretensiones cuarta a), quinta a).

⁷ Cfr. Pretensión sexta a).

Incoequipos 27%; Gayco SA. 5%; Nacional de Pavimentos Ltda. 12,17%; A&D Álvaro & During SA. 12,16%; Compañía de Estudios e Interventores S.A. 5.0%; Estudios Técnicos SA., 5.0%; Transporte e Ingeniería Ltda. 2,34%; JMV Ingenieros Contratistas Ltda., 2,33%; Inversiones Rodríguez y Rincón Ltda. 2.0% para suscribir y ejecutar del contrato estatal de concesión definido por el núm. 4º, art. 32 de la Ley 80 de 1993, adjudicado en la licitación pública INCO-SEA-L-004 de 2006 para la realización de estudios, diseño definitivo, gestión predial, ambiental, financiación, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial Rumichaca-Pasto-Chachagüí-Aeropuerto.

En asamblea extraordinaria de 13 de diciembre de 2012 los accionistas de Devinar SA. autorizaron a su gerente para realizar un aumento del capital por \$2.136'000.000, sin que este presentara sustento técnico o evaluación financiera para justificar ese incremento, allí Conca y reveló su intención de adquirir el 100% de las acciones objeto de emisión. Según el acta n.º 014 de 2012, las decisiones adoptadas en esa reunión con voto favorable fueron solo el aumento de capital y la recomposición de su Junta Directiva por renuncia de uno de sus miembros. No se aprobó la emisión de acciones y el aumento de capital suscrito y pagado, por lo que la participación accionaria de Devinar SA. ninguna variación tuvo.

No obstante, Devinar SA., a través de su representante y legal y del revisor fiscal, en un acto inductivo de error, el

22 de febrero de 2013 radicaron certificación de aumento de capital suscrito y pagado bajo el n.º 01708570 sin haber reglamento de emisión y colocación de acciones de la junta directiva, por lo que el 7 de marzo de 2013 Conca y le hizo saber a la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo el registro n.º 01713023, que a partir del 28 de enero de 2013 ejercía el control de Devinar SA. por una capitalización inexistente al carecer de autorización del máximo órgano social.

El 18 de marzo de 2013 los accionistas de Devinar SA., en asamblea ordinaria, alteraron la composición accionaria y adicionaron 231.600 acciones al capital de Conca y SA. que pasó de tener 37.200 a 250.000 por un valor nominal de \$10.000 tras aplicar los efectos del aumento de capital suscrito y pagado, el cual no existió dado que no se aprobó un reglamento de emisión y colocación, según acta n.º 015, lo cual ha tenido serias repercusiones en la ejecución del Desarrollo Vial de Nariño SA. ya que diluyó la participación de los otros accionistas y generó una anomalía en el *quorum* y en las mayorías, decisión frente a la cual se opusieron Incoequipos e Inversiones Rodríguez y Rincón Ltda.

El 22 de mayo de 2013 Devinar SA. volvió a sesionar (Acta 016) y sin la presencia de Incoequipos e Inversiones Rodríguez y Rincón Ltda. aprobó la suscripción de acciones en reserva para ser adquiridas por Conca y SA., lo que fue aprobado con el 84,046% de los accionistas, de los cuales representó el 79,974%. Por ello, el 24 de julio de 2013 aquella entidad informó a la Cámara de Comercio de Bogotá, bajo el

radicado n.º 01752929, el aumento de capital suscrito y pagado, lo cual produjo una pérdida patrimonial para Incoequipos SA. cuyo capital se diluyó y redujo de 37,563% a 4.92398% entre 2012 y 2013 a causa de la inexistente decisión social de aumento de capital suscrito y pagado.

Aunque en la sesión de 13 de diciembre de 2012 los otros accionistas diferentes a Conca SA. renunciaron al derecho de preferencia para suscribir las futuras acciones, no hubo decisión ni acuerdo en torno al número de acciones que serían emitidas, su valor de adquisición, su prima o superávit de capital, pues ello antelaba un alto riesgo de dilución y pérdida patrimonial para los accionistas que no suscribieran ni pagaran nuevas acciones, de ahí que el aumento de capital suscrito y pagado fue inexistente.

Conca SA. se benefició de la inexistente emisión y colocación de acciones y del aumento de capital suscrito y pagado y por ello aprobó en beneficio propio el aumento de capital autorizado, según la escritura n.º 420 de 26 de abril de 2013, lo cual fue registrado en Cámara de Comercio el 6 de mayo de ese año, así como el aumento de capital suscrito y pagado de 30 de julio de 2013 y del autorizado, según escritura n.º 3656 de 30 de septiembre de 2014.

El Patrimonio Autónomo Rumichaca Pasto se constituyó el 18 de enero de 2007 con aportes de Conca SA., Edyco SA., Parsons Brinckerhoff Colombia SAS., Devinar SA. e Incoequipos S.A., en el contrato n.º 2576 de la Fiducia

Mercantil irrevocable en garantía, administración y pagos en la Fiduciaria Bancolombia, con el fin de canalizar y concentrar los recursos que financiarían cada una de las etapas comprendidas entro del proyecto vial Rumichaca-Pasto-Chachagüi-Aeropuerto.

El 29 de diciembre de 2006 Devinar SA. suscribió contrato de concesión con el Instituto Nacional de Concesiones (INCO hoy ANI) para hacer los estudios y diseños definitivos, gestión predial, ambiental, financiación, construcción, mejoramiento, rehabilitación, operación y mantenimiento del proyecto vial; empero, el 28 de agosto de 2012 la concesionaria pidió a la ANI la terminación anticipada de ese vínculo por incumplimientos e inició proceso arbitral que concluyó con laudo de 25 de abril de 2016 en el cual se condenó a esta última a pagar una compensación, una parte de ese dinero se usó para pagar deudas a terceros y la otra se repartió entre las accionistas.

A Devinar SA. ingresaron \$49.005'378.508, valor que fue objeto de dividendos en los porcentajes que ilegítimamente obtuvo Concay SA. como accionista mayoritario, calidad que obtuvo a partir de las inexistentes capitalizaciones hechas desde 2013. Luego, esta última obtuvo por esa vía \$45.474'569.023, todo lo cual ha perjudicado a Incoequipos producto del referido actuar de Concay SA., por lo que contrató una auditoria financiera sobre el Patrimonio Autónomo Rumichaca-Pasto, la cual mostró deficiencias o faltantes de soportes de algunas de las

transacciones del patrimonio autónomo, falta de identificación de los soportes de mayores costos, ni soporte adecuado de algunas de las capitalizaciones realizadas por dicho patrimonio entre 2012 a julio de 2015, lo que, entre otras graves inconsistencias, le hizo saber a Devinar SA. en la asamblea de 20 de abril de 2016.

El 22 de agosto de 2011 Gayco Ingenieros y Constructores SA. le vendió a Incoequipos SA. 8.540 acciones correspondientes al 50% de su participación en Devinar SA. Así, la adquirente aumentó su participación accionaria al 46,103% antes de las capitalizaciones inexistentes (fls. 265 a 300, cno 1.4) y (fls.1 a 8, cno 1.5).

2. Los convocados se manifestaron así:

2.1. JMV Ingenieros SA. se opuso y alegó «*falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*prescripción*» y la genérica (fls. 73 a 81, cno. 1.5 archivo digital).

2.2. Gayco Ingenieros Constructores SA. en reorganización planteó «*falta de legitimación en la causa por pasiva*» y la genérica (fls. 115 a 1228, cno. 1.5, archivo Digital).

2.3. A&D Alvarado y During SAS. invocó «*falta de legitimación en la causa por pasiva*», «*prescripción*», «*caducidad de la acción*» e «*ir en contra de los actos propios*» (fls. 298 a 30, cno. 1.5) y (fls. 1 a 6, cno. 1.6, archivo digital).

2.4. Nacional de Pavimientos SA. concurrió a través de curador *ad litem*, quien dijo estarse a lo resuelto (fls. 90 a 93, cno. 1.6, archivo digital).

2.5. La curadora *ad litem* de Javier Alfonso Herrera Martínez se refirió a los hechos de la demanda (fls.103 a 104, cno. 1.6, archivo digital).

2.6. Concay S.A. alegó la prescripción del art. 235 de la Ley 222 de 1995 frente a la primera pretensión, y la caducidad respecto de la segunda, tercera y cuarta, por haber expirado el plazo previsto en el artículo 191 del Código de Comercio para impugnar las decisiones sociales (fls. 28 a 31, cno. 1.5, archivo digital).

2.7. Los demás demandados guardaron silencio.

3. La Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, en auto de 2 de agosto de 2023, revocó parcialmente el admisorio y rechazó las súplicas -segunda a); tercera a), b) y c); primera d) y e); cuarta a), quinta a) y sexta a)-, por lo que dispuso continuar la actuación únicamente respecto de las pretensiones referidas a la inexistencia de la emisión y colación de 213.600 acciones de Devinar y sus consecuenciales, es decir, la primera a), b), c), d), e) y f), decisión que alcanzó firmeza (fls. 117 a 123, cno. 1.6, archivo digital).

4. En sentencia anticipada de 15 de agosto de 2023, declaró la excepción de prescripción extintiva alegada al

tenor del artículo 235 de la Ley 222 de 1995 frente a las súplicas de inexistencia y las negó (fls. 126 a 129, cno. 1.6, archivo digital).

5. El superior, al resolver la alzada del accionante, confirmó el fallo apelado (9 nov. 2023) y argumentó que:

a). La inexistencia prevista en el artículo 898 del Código de Comercio no opera de pleno derecho porque, aunque se configura sin necesidad de decisión judicial, es dable pedirle al juez que la ateste o constante.

b). La prescripción extintiva está regida por el artículo 2536 del Código Civil, precepto susceptible de ser aplicado a los asuntos mercantiles cuandoquiera que haya ausencia de una regulación específica para cierta materia, al tenor de los artículos 2° y 822 de este último ordenamiento.

c). La Ley 222 de 1995 estableció, en su artículo 235, que *«[l]as acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa»*.

d). La acción de inexistencia enarbolada es prescriptible y está sometida a un plazo extintivo de cinco (5) años por fuerza del artículo 235 de la Ley 222 de 1995, pues para establecer la inexistencia de la emisión y colocación de las 213.000 acciones inscritas en Devinar S.A. ante la Cámara

de Comercio de Bogotá, el 22 de febrero de 2013, se debe escudriñar sobre el alcance de los artículos 21 y ss., del Código de Comercio, y el régimen de su Libro Segundo, ya que los hechos planteados hacen forzoso aplicar ese régimen.

Es inocua la práctica probatoria dado que el punto de partida lo constituye el análisis del art. 235 de la Ley 222 de 1995 para verificar el incumplimiento de las obligaciones o la infracción a lo previsto en el Libro 2° del Código de Comercio sobre sociedades mercantiles y, entre otros temas, frente al contrato social, la inscripción y vigilancia de las sociedades y, dentro de estas, la anónima.

e). No hay lugar a analizar las demás súplicas al haber sido rechazadas al desatar la reposición de Conca SA., luego, se confirma el fallo. Costas a cargo de la recurrente.

6. La actora interpuso recurso de casación, que fue concedido el 29 de enero de 2024 (fl. 94 a 96, cno. Tribunal).

7. La Corte admitió la impugnación y fue sustentada en tiempo con tres cargos: los dos iniciales por la causal primera de casación y el restante por la segunda.

DEMANDA DE CASACIÓN

Primer cargo. Denuncia la infracción directa del artículo 235 de la Ley 222 de 1995 por indebida aplicación, con el argumento de que no era el llamado a gobernar la acción promovida que hace parte del Libro Cuarto del Código

de Comercio, y no del Segundo, pues se alegó la inexistencia del acto fustigado, luego el Tribunal debía concluir que es imprescriptible o que la rige el artículo 2356 Civil.

Segundo cargo. Amparado en la causal primera, alega que el Tribunal erró en la exégesis del artículo 898 mercantil al descartar su naturaleza sancionatoria, ya que no lesiona la norma imperativa y corresponde a un actuar incompleto, sin advertir que la jurisprudencia ha dicho que hay inexistencia cuando el negocio carece de su mínimo esencial en cuyo caso está desprovisto de efectos jurídicos; si se hace sin las solemnidades sustanciales es imaginario, de ahí el carácter imperativo del aludido precepto.

Frente a actos aparentes, en los que la inexistencia no resulta evidente, se requiere proceso para develarla y declararla. Luego, el legitimado ha de impulsar una acción para salvaguardar los intereses afectados, de ahí que sea preciso distinguir entre la naturaleza intrínseca de esa forma de ineficacia por ausencia de elementos esenciales para la formación del acto y las implicaciones prácticas de su aplicación en negocios aparentes, en cuyo caso el orden legal actúa para revelar, corregir la inexistencia y restituir el orden y la seguridad jurídica, antes que penalizar una conducta.

La tesis del Tribunal debió ser que las partes de un acto inexistente, pero aparente, pueden acusarlo para que un juez constate su falsedad y expulse sus efectos del ordenamiento, al no ser pasible de ser convalidado por el paso del tiempo,

pues lo inexistente no produce efectos y de generarlos estos deben ser eliminados por vía de acción o de excepción.

Tercer cargo. Invoca el quebranto indirecto de la ley sustancial como consecuencia de error de hecho por ausencia de valoración probatoria y falta de motivación en que habría incurrido el Tribunal, ya que relegó la labor de verificación de los hechos y con ello comprometió la fundamentación de la sentencia, pues se basó en el acta de asamblea extraordinaria n.º 014 de 2012 y arguyó que para constatar la inexistencia alegada se deben analizar las normas del Libro Segundo del Código de Comercio y que, por lo tanto, la acción prescribió al haber transcurrido el término de cinco (5) años previsto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, sin advertir que el solo paso del tiempo no trae a la vida jurídica un acto aparente e inexistente.

II. CONSIDERACIONES

1. La naturaleza extraordinaria de este medio de contradicción exhorta el cumplimiento de ciertos requisitos a ser observados por los censores con estrictez, ya que como dispone el numeral 2 del artículo 344 del Código General del Proceso el escrito de sustentación deberá contener la *«formulación, por separado, de los cargos contra la sentencia recurrida, con la exposición de los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y completa»*, respetando las reglas propias de cada causal.

Como se reiteró en CSJ AC1561-2022, el citado numeral impone que la argumentación sea «*inteligible, exacta y envolvente*», pues,

(...) como el anotado medio constituye un mecanismo para juzgar la sentencia recurrida y no el proceso, la norma exige identificar las razones basales de la decisión y expresar los argumentos dirigidos a socavarlas. Así se facilita, de un lado, establecer si hay acusación; y de otro, verificar, en punto de la violación directa o indirecta de la ley sustancial, si se denuncia como equivocado el análisis jurídico o probatoria del juzgador, en caso positivo, si el ataque es enfocado o totalizador (AC2947-2017 y AC1805-2020).

Por ende, no es labor de la Corte suplir las falencias, debilidades o vaguedades que riñen con lo anterior, ya que conforme indican los artículos 346 y 347 *ibidem*, el incumplimiento de dichas directrices es motivo de inadmisión y, aún de superar el libelo las formalidades técnicas previstas, puede la Sala ejercer selección negativa en tres eventos: cuando se plantea una discusión sobre asuntos ampliamente decantados, sin que se proponga una tesis que justifique un cambio de criterio; frente a la inexistencia de los errores endilgados, el saneamiento de los advertidos o la intrascendencia de los mismos; y si la afrenta al orden jurídico no alcanza a perjudicar al recurrente.

De ahí que una vez superado ese paso preliminar no sea posible que al fallar se tengan en cuenta motivos de inconformidad distintos a aquellos aducidos, salvo la facultad de casar de oficio la sentencia confutada «*cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales*» según manda el inciso final del artículo 336 *ejusdem*.

2. Si se acude al primer numeral del artículo 336 del Código General del Proceso, relacionado con la violación directa de la ley sustancial, debe enunciarse por lo menos un precepto de esa estirpe que fuera considerado o desatendido en el pronunciamiento a examinar, pero eso sí que sea basilar de la determinación y no una relación aleatoria con el propósito de atinar a alguno con la categoría exigida, como se desprende del párrafo primero del artículo 344 id.

Adicionalmente, según indica el literal a) numeral 2 de dicho precepto, la discusión se ceñirá a «*la cuestión jurídica sin comprender ni extenderse a la materia probatoria*», por lo que debe estructurarse en forma adecuada cómo se produjo la vulneración ya por tomar en cuenta normas completamente ajenas al caso, pasar por alto las que lo regían o, a pesar de acertarse en la selección, terminar reconociéndoles implicaciones que no tienen.

3. Ya en la segunda causal, por la vía indirecta, además de invocar el precepto material que es objeto de afrenta, es necesario precisar si el vicio deriva de un error de derecho al desatender una norma probatoria, en cuyo caso debe citarla y justificar puntualmente dónde radica la infracción; o es el resultado de yerros de *facto* en la apreciación del libelo, la respuesta al mismo o algún medio de convicción, singularizando de manera diáfana y exacta en qué consiste la equivocación manifiesta y trascendente del sentenciador.

Al respecto, en CSJ AC300-2023 se enfatizó que

(...) debe concretarse si la afrenta es en forma directa o indirecta, esta última en cualquiera de sus dos manifestaciones ya por incursión en errores de hecho ora de derecho, y en qué consiste la misma de acuerdo con las especificidades que las distinguen, ya que como se dijo en CSJ AC8738-2016 «no basta con invocar las disposiciones a las que se hace referencia, sino que es preciso que el recurrente ponga de presente la manera como el sentenciador las transgredió» (CJS AC3415-2018, AC1804-2020 y AC1585-2022).

4. La demanda de casación incumple las exigencias formales para ser admitida, por las razones que a continuación se exponen:

a). Los cargos primero y segundo, que denuncian el quebranto directo de la ley sustancial, incurren en desenfoco porque no confrontan las genuinas razones de la sentencia cuestionada, aun cuando debían ponerlas en la mira y apuntar a desvirtuarlas. Es decir, el blanco del ataque tenía que ser la argumentación del Tribunal para hacer ver que este incurrió en los yerros de subsunción normativa atribuidos. Sin embargo, ambas arremetidas se desvían en disquisiciones particulares de la recurrente.

Es así porque la inicial esquiva los verdaderos argumentos del Tribunal, pues aduce que la acción para verificar la inexistencia invocada se rige por las normas generales de la prescripción al no haber un término específico que la regule, sin tener en cuenta que la sentencia fustigada se amparó en que la pretensión está gobernada por el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 y se sujeta al lapso extintivo allí previsto, toda vez que para saber si se produjo la ineficacia contractual alegada se debe descender

necesariamente a las disposiciones del Libro Segundo del Código de Comercio, en estrictez, porque las decisiones censuradas se produjeron en el ámbito societario y están referidas a cuestiones reguladas por ese eje normativo, de lo cual se sigue que el embiste eludió el fundamento nuclear de la providencia refutada, pues eligió como blanco del ataque una hipótesis distinta.

Aunque aduce que la pretensión de inexistencia planteada no es igual ni equiparable a las acciones civiles, penales o administrativas de que trata el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, que fue la norma seleccionada por el Tribunal, deja intacto el argumento central de ese fallador consistente en que para saber si se configuró esa forma de ineficacia negocial se deben verificar las solemnidades sustanciales a que estaban sujetas las decisiones sociales, lo cual hace necesario acudir al Libro Segundo del Código de Comercio y que esa situación subsume el reclamo en este último precepto, tanto así que lo sujeta al término quinquenal prescriptivo allí previsto, el cual, al decir del *ad quem*, está estructurado pese a la naturaleza del acto, pues lo que prescribe es la acción y no la calificación del negocio jurídico, toda vez que ninguna crítica se formuló frente a ese razonamiento.

Por su parte, la segunda acusación proyecta un discurso argumentativo encaminado a hacer ver que el Tribunal erró en la exégesis del artículo 898 mercantil al haber descartado no solo que tenga naturaleza sancionatoria, sino también que ese efecto legal se predica

respecto de un acto aparente, a lo cual añade que ese contexto hace necesario un proceso para develar dicha forma de ineficacia y expeler del ordenamiento legal todos sus efectos, al ser imposible su convalidación por el solo paso del tiempo, pues lo que no existe carece de toda posibilidad de generar efectos y aun de producirlos estos deben ser eliminados por vía de acción o de excepción.

Sin embargo, dicha crítica ningún esfuerzo hace en pro de establecer por qué aun en presencia de los supuestos de inexistencia alegados resultaría inaplicable el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, aun cuando, según la tesis central del Tribunal, la cuestión debatida debe ser analizada bajo las reglas del Libro Segundo del Código de Comercio y, por consiguiente, es gobernada por la precitada disposición jurídica, la cual prevé que «[l]as acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa», dado que el conflicto se dio en el marco societario y tiene que ver con decisiones que alteraron la composición y la participación accionaria de sus miembros.

Ello significa que la recurrente no enfocó sus reparos a derruir la tesitura cardinal en que se apoyó el *ad quem* para construir el silogismo judicial, la cual consistió en que, aunque se trata de una acción de inexistencia de decisiones societarias, el escrutinio para establecer si se incurrió en esa sanción legal hace necesario aterrizar el estudio en el Libro

Segundo del Código de Comercio y que, en ese sentido, se configuró la prescripción del artículo 235 de la Ley 222 de 1995 por tratarse de actos desarrollados en el ámbito corporativo, pues no confrontó ese discernimiento, sino que hizo un planteamiento alternativo tendiente a justificar que la acción es imprescriptible o que está sujeta al término general de diez (10) años. Por lo tanto, dicha crítica no pasa de ser un devaneo argumentativo intolerable en casación, habida cuenta que, por técnica jurídica, al haberse proyectado en el terreno de la causal primera debía apuntar a minar la esencia de la tesis que sustenta la determinación fustigada.

Igualmente, este segundo embate aduce que el Tribunal debió colegir que la acción ejercitada es imprescriptible o que de estar sujeta a un plazo extintivo este sería el decenal previsto en el artículo 2536 del Código Civil, sin advertir que ese fallador indicó precisamente todo lo contrario, es decir, que dicha vía sí es prescriptible y se rige por una norma jurídica especial, específicamente por el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, razonamiento que fue envolvente y trascendente dado que lo llevó a concluir que el reclamo se planteó fuera del término quinquenal allí previsto y por ello clausuró la *litis*, lo cual reafirma el desenfoque anunciado.

Sobre este último aspecto, en CSJ AC1206-2024 se reiteró que:

[l]a labor de los recurrentes, en palabras de esta Corporación, “(...) reclama que su crítica guarde adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar, vale decir que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la

sentencia, habida cuenta que si blanco del ataque se hacen los supuestos que delinea a su mejor conveniencia el recurrente y no los que objetivamente constituyen fundamento nuclear de la providencia, se configura un notorio defecto técnico por desenfoque (CSJ. Civil. Auto de 25 de febrero de 2013, expediente 00228, reiterando sentencia de 19 de diciembre de 2005, radicación 7864, CSJ AC7729-2017, AC2394-2020, AC6075-2021 y AC2659-2023).

Desde esa perspectiva, fluye no focalizado el epicentro argumentativo de la sentencia recurrida, contexto que de entrada les cierra la puerta a las dos acusaciones y, por consiguiente, las torna inadmisibles.

b). El tercer cargo es genérico y carente de claridad, pues invoca error de hecho por falta de valoración probatoria y, adicionalmente, se resiente de una presunta carencia de motivación de la decisión del Tribunal aun cuando reconoce que esta se fundó en las determinaciones adoptadas por el máximo órgano social en la asamblea extraordinaria de 13 de diciembre de 2012, lo cual desconoce las exigencias de perspicuidad y precisión que deben caracterizar a todo embiste casacional, toda vez que la indeterminación que rodea a la acusación impide comprender el verdadero punto de desencuentro entre el recurrente y la valoración objetiva de la prueba acometida por el fallador, a pesar de ser este un aspecto central e indispensable para hacer ver el yerro por desfiguración del haz demostrativo, así como su notoriedad y trascendencia en el sentido de la decisión.

c). Este último embate es también incompleto porque aduce que era innecesario acudir a las normas del Libro Segundo del Código de Comercio para atestar la inexistencia

solicitada, dado que el acta n.º 014 de 2012 no contiene una decisión sobre aumento de capital, para luego decir que era, por tanto, manifiesta dicha ineficacia negocial, y en ello agota todo su esfuerzo argumentativo, sin controvertir la tesitura del Tribunal consistente en que los supuestos fácticos de la demanda indican que la sanción reclamada habría tenido lugar en el ámbito de diversas actuaciones e irregularidades producidas en el máximo órgano social de Devinar SA. y que, por lo tanto, para zanjar tal planteamiento se debe acudir a las normas de las sociedades comerciales, específicamente a las del contrato social, de inspección y vigilancia y, en concreto, de la sociedad anónima, de ahí que el ataque sea fragmentado comoquiera que no confronta todas las razones que exteriorizó el *ad quem* al elaborar el silogismo judicial.

Como se reiteró en CSJ AC429-2024,

[u]no de los requisitos de la demanda, contemplado expresamente en el numeral 2º del referido artículo 344, es el de la formulación de la acusación en forma “completa”, esto es, que la respectiva censura contenga un reproche de todos los fundamentos esenciales que sirvieron al Tribunal para adoptar la determinación impugnada, porque como es natural, con uno ellos que se mantenga en pie, ningún sentido tendría la tramitación y decisión de un recurso que, al final, no sería útil para quebrar la decisión confutada, porque desprovistos de censura ciertos o algunos argumentos basilares, la presunción de legalidad que les asiste se mantiene y dejan a flote la resolución dictada por el Tribunal (CSJ AC2229-2020 y AC1561-2022).

d). Ninguno de los tres cargos ofrece una argumentación clara y coherente que sea envolvente y apunte a demostrar las pifias achacadas al Tribunal, pues los dos primeros divagan en generalidades respecto a lo que -según la recurrente- debió analizarse en el plano jurídico con el

fin de verificar la inexistencia denunciada, sin combatir las premisas a partir de las cuales se estableció la necesidad de descender al Libro Segundo del Código de Comercio para resolver la contienda y, el tercero, se embarca en una lectura parcializada de un medio de prueba en específico para intentar justificar el desacierto del fallador en su apreciación objetiva, sin que, en ningún caso, tales planteamientos muestren que las conclusiones de ese juzgador fueron contraevidentes, de ahí que carezcan de la virtualidad para socavar la providencia refutada.

Lo anterior es relevante porque la sentencia del Tribunal arriba a la Corte escoltada por una doble presunción de legalidad y acierto, lo cual le impone al recurrente la carga de hacer ver que dicho sentenciador se estrelló violentamente contra la lógica y que producto de ese desacierto generó conclusiones diametralmente opuestas a las que imponía la norma jurídica llamada a resolver la controversia, cuando la crítica se situó el ámbito de la causal primera de casación, ora de hacer ver que dicho fallador valoró indebidamente la evidencia física, si el embate se ubica en la causal segunda; empero, como nada de eso sale a flote en la sustentación de los tres embistes, ese panorama reafirma la inadmisibilidad de la demanda de casación.

Frente a ello, en CSJ AC4787-2022, la Sala reiteró que,

(...) esta vía no sirve para provocar una lectura de la prueba en sentido opuesto a la del ad quem, sino para hacer ver yerros palmarios y trascendentes en que aquél haya incurrido al fundamentar la decisión pugnada, toda vez que no se trata de una instancia adicional, sino de un medio de control de legalidad del

veredicto fustigado, lo que exige que la labor del recurrente apunte a colmar ese específico objetivo antes que a ensayar una propuesta alterna sobre los ingredientes fácticos o demostrativos que sustentan sus premisas, porque tal variable, por más refinada y persuasiva que sea, se sale del ámbito de la casación (AC4243-2021 y AC1585-2022).

También en CSJ AC2657-2023 se enfatizó que en casación no cabe el cargo que se limita a presentar *«un nuevo criterio de apreciación de las pruebas, o unas conclusiones diferentes de las que obtuvo el juzgador, pues el recurso aludido no constituye una tercera instancia, al punto que la Sala, en estrictez, no es juez del asunto litigioso, sino de la legalidad del fallo que le puso fin al conflicto»* (AC7068-2021).

e). Si se dejaran de lado esas deficiencias técnicas, los ataques carecerían de relevancia, ya que en el fondo lo que pretende la recurrente es justificar que la acción planteada no está sujeta al artículo 235 de la Ley 222 de 1995, sino que es imprescriptible y que, de no ser así, se regiría por el lapso decenal establecido en el artículo 2536 del Código Civil para las acciones ordinarias. Tal planteamiento entra en conflicto directo con la jurisprudencia de esta Corte, que establece que las disputas societarias que buscan evidenciar el incumplimiento de obligaciones o la violación de las reglas del Libro Segundo del Código de Comercio están gobernadas por la prescripción especial y quinquenal señalada por la primera de las citadas disposiciones.

Al efecto, en CSJ SC 6 ago. 2010, rad. 2002-00189-01, al referirse al artículo 235 de la Ley 222 de 1995, dijo la Corte,

En efecto, al prever la norma en cuestión que “las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el libro segundo del Código de Comercio y en esta ley [222 de 1995], prescribirán en cinco años”, está significando, sin duda, que tal mecanismo de extinción de las obligaciones puede tener lugar sólo en presencia de una reclamación judicial que haya sido fundamentada en una cualquiera de las tres hipótesis allí involucradas, vale decir, únicamente en la medida en que la causa que soporte el objeto de la respectiva controversia gire alrededor de por lo menos uno de tales supuestos de hecho; 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.

Por ende, cuandoquiera que se trate de una acción cuya causa petendi se distancie de cualquiera de las tres eventualidades taxativamente enlistadas en aquel precepto, el tema atinente a si ella está prescrita no se podría resolver bajo su amparo y mucho menos, desde luego, a la luz del plazo que la misma concibe, porque, reiterase, el término allí determinado lo contempla el legislador apenas para aquellos casos en los que la correspondiente petición judicial tenga como base una u otra de las variables en cuestión. (subraya intencional).

Ese mismo criterio hermenéutico se aplicó años más tarde en CSJ SC2818-2018 al destacar que:

Con todo, de haber discrepancias entre los asociados, por razón del contrato social, el término prescriptivo aplicable es el previsto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, modificatoria del libro II del Código de Comercio (sobre sociedades comerciales), al tenor del cual, “Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa”. Conteo que se inicia desde cuando la obligación se ha hecho exigible, según los términos del inciso segundo del artículo 2535 del Código Civil, aplicable por remisión del canon 822 del Estatuto Mercantil.

Recientemente, en CSJ SC1297-2022 la Corte siguió esa orientación al decir que:

*No hay duda de que esa regla legal se remite a las disposiciones del Libro Segundo del Código de Comercio que regula todo lo correspondiente al régimen de sociedades comerciales, quedando circunscrito el ámbito de aplicación del referido precepto a las acciones de naturaleza civil, penal o administrativa, únicamente si se derivan: **i)** del incumplimiento de las obligaciones previstas en el Libro Segundo del Código de Comercio; **ii)** de la violación a lo preceptuado en el mismo libro, y **iii)** del desconocimiento de las previsiones de la Ley 222 de 1995. Por tanto, siendo esa una norma especial que consagra una prescripción de corto plazo, su aplicación está restringida a las específicas controversias que encajen dentro del marco jurídico para el que fue concebida por el legislador.*

En ese sentido, como la pretensión de la accionante apuntó a que se reconociera la inexistencia de la emisión y colocación de 213.600 acciones que fue inscrita por Desarrollo Vial de Nariño SA. (Devinar SA.), con sustento en que ni esa actuación, ni el aumento del capital suscrito y pagado fueron decisiones autorizadas en la asamblea de accionistas realizada el 13 de diciembre de 2012, según fluye de los hechos que sustentan tal aspiración procesal, es claro que dicho planteamiento tiene como eje insoslayable el presunto incumplimiento e infracción de las normas societarias previstas en el Libro Segundo del Código de Comercio, al ser ese el régimen jurídico que establece las formalidades para acometer esas variaciones al contrato de sociedad mercantil. Por lo tanto, la verificación de los supuestos fácticos alegados para respaldar dicha súplica imponía acudir a dicho ordenamiento positivo, conforme lo dedujo el Tribunal.

En vista de este panorama, era razonable inferir que la acción judicial de inexistencia de la emisión y colocación de acciones, así como del aumento del capital suscrito y pagado en la mencionada persona jurídica, estaba sujeta al término quinquenal de prescripción del artículo 235 de la Ley 222 de 1995, tal como lo determinó el *ad quem* en la sentencia fustigada. Por consiguiente, en ese contexto, los argumentos presentados que intentan plantear otra cuestión resultan intrascendentes, sobre todo porque la recurrente no puso en discusión el *dies a quo* de dicho fenómeno extintivo.

5. En suma, como los tres planteamientos analizados incumplen las formalidades de rigor, resulta imposible aceptarlos.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Agraria y Rural,

RESUELVE

Primero: Declarar inadmisibile la demanda presentada por Incoequipos Ingeniería Construcción y Equipos (Incoequipos SA.) en reorganización empresarial, para sustentar el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de 9 de noviembre de 2023, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el asunto de la referencia.

Segundo: Tómense las anotaciones pertinentes, por secretaria y, oportunamente, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese,

FERNANDO AUGUSTO JIMÉNEZ VALDERRAMA

Presidente de Sala
Ausencia justificada

HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Presidente (e)

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS

Firmado electrónicamente por:

**Hilda González Neira
Magistrada**

**Martha Patricia Guzmán Álvarez
Magistrada**

**Octavio Augusto Tejeiro Duque
Magistrado**

**Francisco Ternera Barrios
Magistrado**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 7DC592882467E8AC8684018BAA93887418138F3D1E0CC624893423BD86CD2BCA

Documento generado en 2024-07-29