

TEMA: NEXO CAUSAL – Se rompe el nexo causal cuando la culpa de un tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado.

HECHO DE UN TERCERO- No puede trasladarse a la accionada, para deducir incumplimiento del contrato.

HECHOS: La parte accionante solicitó que se declare entonces que Generar S.A. E.S.P. incumplió con una serie de obligaciones que tenía para con Capicrédito S.A. En Liquidación. El Aquo accedió a las pretensiones de la demanda al determinar que incurrió en una conducta irregular o defraudatoria de los intereses patrimoniales de la parte demandante, cuando en cumplimiento del acuerdo celebrado, se canceló la acreencia con acciones de la sociedad demandada, porque el valor final de la acción entregada fue menor respecto del que inicialmente se había estipulado. Las partes inconformes apelaron la decisión, por lo que el problema jurídico se centra en determinar si se produjeron los presupuestos para edificar en este caso una responsabilidad civil contractual y por ende el incumplimiento por parte de la demandada.

TESIS: Sobre la responsabilidad civil la Corte en sentencia SC5142-2020, señaló: “1.1. La responsabilidad civil ha sido tradicionalmente clasificada en contractual y extracontractual según la fuente de cual provenga el daño, cuya reparación es lo que justifica su estudio. (...) Precisamente, en CSJ SC5585-2019, se recordó que:“(...) La responsabilidad contractual está edificada sobre los siguientes pilares axiológicos: a) la preexistencia de un vínculo jurídico entre las partes; b) su incumplimiento relevante por quien es demandado; c) la generación de un perjuicio significativo para el actor; y d) la conexión causal entre la referida insatisfacción de los deberes convencionales y el correspondiente daño”. (...) (...) La (...) transcripción, tomada textualmente de la providencia recurrida, solo permite concluir que el a quo no podía dejar al margen que aspecto esencial de la responsabilidad civil extra contractual, sea suplicada en la culpa probada o en la presunta, es que el hecho de un tercero “reclamada esta puede operar como eximente de responsabilidad, cuando “aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado” (se subraya), al punto que si “no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad”. Es que curiosamente en la sentencia que ahora se revisa dijo: “Se confirma en el caso presente, la configuración de una conducta culposa al momento de la celebración del acuerdo de reestructuración empresarial de Generar S.A. ESP, porque, intempestivamente, sin respeto por el deber de información y lealtad contractual, se incluyó una cláusula sobre distribución de las acciones autorizadas entre accionistas de la compañía con cierre al 5 de febrero de 2006, excluyendo al acreedor Capicrédito S.A. en Liquidación. (...) Luego, como lo manifestó la parte demandada al sustentar la apelación, el juez fundamentó la culpa contractual de Generar S.A. E.S.P. en una serie de conductas del promotor en la etapa de formación de los actos jurídicos, lo que no es procedente. La culpa de ese tercero no puede trasladarse a la accionada, para deducir incumplimiento del contrato, culpa precontractual del promotor Dr. Álvaro Isaza, no comprometía la responsabilidad contractual de Generar S.A. E.S.P., porque el promotor, como amigable componedor y mandatario de todas las partes en un proceso de reestructuración (Ley 550 de 1999) es un tercero por el cual la demandada no está llamada a responder. (...) La Supersociedades en Oficio 100-25179 de abril de 2000, había indicado “La empresa que recurre a los acuerdos de reestructuración previstos en la ley 550 de 1999 conserva sus órganos de administración y de representación legal durante su negociación, razón por la cual no podría actuar

simultáneamente como promotor del acuerdo de reestructuración de la persona jurídica a la que representa, pues no es coadministrador, ni reemplaza jurídicamente a ninguna de las partes involucradas en el acuerdo. Sin embargo, hay que precisar que el promotor es simplemente un mediador informado que promueve un arreglo y propone a los interesados fórmulas para la definición de sus controversias, lo cual no impide que eventualmente pueda representarla legalmente una vez que finalice sus funciones como promotor”. (...) Lo hasta aquí expuesto confirma que los perjuicios reclamados por la actora tienen origen en el comportamiento exclusivo del promotor del acuerdo al adicionar en el texto definitivo del acuerdo empresarial firmado por los acreedores sin salvedad alguna, el acápite “CUARTA PARTE CAPITALIZACIÓN DE LA FREVALORIZACION DEL PATRIMONIO” y no por actuar culposo o doloso de la sociedad accionada”.

MP. JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

FECHA: 11/12/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA



Proceso	Ordinario
Demandante	Inversiones Ángel Posada (antes Capicrédito S.A. en liquidación)
Demandado	Celsia S.A. E.S.P. (antes Generar S.A. E.S.P.)
Radicado	05001 31 03 003 2009 00398 01
Procedencia	Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Oralidad de Medellín
Instancia	Segunda
Ponente	Juan Carlos Sosa Londoño
Auto	No 024
Decisión	Revoca
Tema	Responsabilidad contractual
Subtema	<p>Nexo causal.</p> <p>La anterior transcripción, tomada textualmente de la providencia recurrida, solo permite concluir que el a quo no podía dejar al margen que aspecto esencial de la responsabilidad civil extra contractual, sea suplicada en la culpa probada o en la presunta, es que el hecho de un tercero “reclamada esta puede operar como eximente de responsabilidad, cuando <i>“aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado”</i> (se subraya), al punto que <i>“no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad”</i>. Es que curiosamente en la sentencia que ahora se revisa dijo:</p> <p>“Se confirma en el caso presente, la configuración de una conducta culposa al momento de la celebración del acuerdo de reestructuración empresarial de Generar S.A. ESP, porque, intempestivamente, sin respeto por el deber de información y lealtad contractual, se incluyó una cláusula sobre distribución de las acciones autorizadas entre accionistas de la compañía con cierre al 5 de febrero de 2006, excluyendo al acreedor Capicrédito S.A. en Liquidación.</p> <p>“Así, una persona puesta en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se encontraba el Promotor de la reorganización empresarial de Generar S.A. ESP, entre los días 30 de enero y 6 de</p>

febrero de 2007, respetuoso del principio de la buena fe, habría informado a los Acreedores de la modificación realizada al Acuerdo de Reestructuración, en la cláusula mencionada en el párrafo anterior, con tiempo suficiente para que tuvieran la oportunidad de discernir y analizar sus alcances, en procura de que determinaran libre y autónomamente, si estaban o no de acuerdo con ella, decidiendo en consecuencia a su libre auto-determinación y libertad contractual.

“Como lo anterior no ocurrió, ciertamente, la conducta del Promotor del Acuerdo de reestructuración, modificando las condiciones del acuerdo, se desvió del curso adecuado de acción a seguir, incurriendo por esta razón, en la culpa contractual que se le atribuye a la demandada Generar S.A ESP, sobre quien recaía el deber u obligación de cancelar la acreencia”

9. Luego, como lo manifestó la parte demandada al sustentar la apelación, el juez fundamentó la culpa contractual de Generar S.A. E.S.P. en una serie de conductas del promotor en la etapa de formación de los actos jurídicos, lo que no es procedente. La culpa de ese tercero no puede trasladarse a la accionada, para deducir incumplimiento del contrato, culpa precontractual del promotor Dr. Álvaro Isaza, no comprometía la responsabilidad contractual de Generar S.A. E.S.P., porque el promotor, como amigable componedor y mandatario de todas las partes en un proceso de reestructuración (Ley 550 de 1999) es un tercero por el cual la demandada no está llamada a responder.

La Supersociedades en Oficio 100-25179 de abril de 2000, había indicado *“La empresa que recurre a los acuerdos de reestructuración previstos en la ley 550 de 1999 conserva sus órganos de administración y de representación legal durante su negociación, razón por la cual no podría actuar simultáneamente como promotor del acuerdo de reestructuración de la persona jurídica a la que representa, pues no es coadministrador, ni reemplaza jurídicamente a ninguna de las partes involucradas en el acuerdo. Sin embargo, hay que precisar que el promotor es simplemente un mediador informado que promueve un arreglo y*

	<i>propone a los interesados fórmulas para la definición de sus controversias, lo cual no impide que eventualmente pueda representarla legalmente una vez que finalice sus funciones como promotor”.</i>
--	--

TRIBUNAL SUPERIOR

2023-006

SALA CUARTA CIVIL DE DECISIÓN

Medellín, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia del 30 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Oralidad de Medellín en el proceso ordinario adelantado por Inversiones Ángel Posada (antes Capicrédito S.A. en Liquidación) en contra de Celsia S.A. E.S.P. (antes de Generar S.A. E.S.P.)

I. ANTECEDENTES

1. En la demanda rectora del proceso que milita en el Archivo 1, fls. 1 a 33, su proponente solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones:

“3.1. Primer grupo pretensional:

“3.1.1. Declarar la celebración de un contrato entre las partes, donde Generar S.A. E.S.P., se obligó a pagarle a Capicrédito S.A. En Liquidación, la suma de \$3.089.791.820.00 en acciones, por un valor intrínseco de \$1.239 por acción a diciembre 31 de 2005.

“3.1.2 Declarar que, a efectos de llevar a cabo de manera satisfactoria la dación en pago convenida Generar S.A. E.S.P. debió haber entregado a Capicrédito S.A. En Liquidación 2.493.779 acciones de

Generar S.A. E.S.P., al valor intrínseco que estas tenían a 31 de diciembre de 2005, o se a \$1.239 por acción a diciembre 31 de 2005.

“3.1.3. Que se declare que consecuentemente, al haber entregado Generar S.A. E.S.P., con anterioridad a la entrega de las acciones o especies previstas a efectos de llevar a cabo la dación en pago a favor de Capicrédito S.A. En Liquidación, se redujo el valor intrínseco de la acción de Generar S.A. E.S.P. a \$776.76, teniendo en cuenta el patrimonio líquido de la sociedad al 31 de diciembre de 2005.

“3.1.4. Que se declare que consecuentemente, al haber entregado Generar S.A. E.S.P. a Capicrédito S.A. En Liquidación 2.493.779 acciones a \$776.76 por acción al 31 de diciembre de 2005; Generar S.A. E.S.P. no cumplió totalmente con la obligación proveniente del acuerdo de dación en pago, ya que la especie que le entregó a Capicrédito S.A. en Liquidación no tenía ni el valor convenido, ni representaba el porcentaje accionario que debía representar respecto de la totalidad de las acciones en circulación de Generar S.A. E.S.P.

“3.1.5. Que se declare que habida cuenta de la capitalización del ítem revalorización del patrimonio y a efectos de cumplir íntegramente con la obligación de Generar S.A. E.S.P. adquirió para con Capicrédito S.A. En Liquidación y teniendo en cuenta que la especie que se prometió entregar era una especie cuyo valor intrínseco y derechos corporativos se establecieron a fecha 31 de diciembre de 2005; para efectos de cumplir íntegramente con su obligación de dación en pago, Generar S.A. E.S.P. debió haberle entregado una especie equivalente a aquella con la cual se comprometió a pagar y concretamente debió haber procedido a entregarle 3.977.795 acciones que a 31 de diciembre de 2005 tenían un valor intrínseco de \$776.76 por acción.

“3.1.6. Que se declare entonces que Generar S.A. E.S.P. incumplió con la obligación consistente en cancelar íntegramente a título de dación en pago, la deuda de \$3.089.791.820 que tenía para con Capicrédito S.A. En Liquidación.

“3.1.7. Que se declare que, no habiendo cumplido con esta obligación Generar S.A. E.S.P. incumplió parcialmente con su obligación de hacer, al haberse abstenido de entregar a Capicrédito S.A. En Liquidación 1.484.016 de acciones adicionales de su propiedad, que a diciembre 31 de 2005 tenían un valor individual de \$776.76 por acción.

“3.1.8. Que se declare que en razón de la omisión de Generar S.A. E.S.P., consistente en no entregar a título de dación en pago a Capicrédito S.A. En Liquidación, 1.484.016 acciones adicionales perdió la oportunidad de venderlas a Colinversiones S.A.

“3.1.9. Que consecuentemente y teniendo en cuenta que la Oferta Pública de Acciones – OPA – que hiciera Colinversiones S.A. por las acciones de Generar S.A. E.S.P., la sociedad oferente ofreció pagar la suma de \$1.675 por cada acción ordinaria, se declare que Capicrédito S.A. En Liquidación dejó de percibir la suma de \$2.485.726.800.oo.

“3.1.10. Que se condene a Generar S.A. E.S.P. a pagar a Capicrédito S.A. En Liquidación, suma de \$2.485.726.800.oo.

“3.1.11. Que habida cuenta de que el perjuicio sufrido por Capicrédito S.A. En Liquidación como consecuencia de la pérdida de oportunidad de enajenar 1.484.016 acciones de Generar S.A. E.S.P. a Colinversiones S.A. en la OPA del 6 de agosto de 2008, se debió a un incumplimiento contractual; se le condene a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, desde el 6 de agosto de 2008 hasta la fecha en que quede en firme la sentencia.

“3.2. Segundo grupo pretensional, subsidiario el primer grupo pretensional:

“3.2.1. Que se declare que entre las partes celebraron un contrato en cuyos términos se obligó a pagarle a Capicrédito S.A. En Liquidación la suma de \$3.089.791.820.oo, en acciones, por un valor intrínseco de \$1.239 por acción a 31 de diciembre de 2005.

“3.2.2. Declarar que, a efectos de llevar a cabo de manera satisfactoria la dación en pago convenida, Generar S.A. E.S.P., debió haber entregado a Capicrédito S.A. En Liquidación 2.493.779 acciones, por un valor intrínseco de \$1.239 por acción a 31 de diciembre de 2005.

“3.2.3. Que se declare que en razón de la capitalización del ítem revalorización del patrimonio, efectuada por Generar S.A. E.S.P. con anterioridad a la entrega de las acciones o especies previstas a efectos de llevar a cabo la dación en pago a favor de Capicrédito S.A. En Liquidación, se redujo el valor intrínseco de la acción a \$776.76, teniendo en cuenta el patrimonio líquido de la sociedad al 31 de diciembre de 2005.

“3.2.4. Declarar que consecuentemente, al haber entregado Generar S.A. E.S.P. a Capicrédito S.A. en Liquidación 2.493.779 acciones por un valor intrínseco de \$776.76 por acción a 31 de diciembre de 2005, dicha sociedad no cumplió totalmente con la obligación proveniente del acuerdo de dación en pago, ya que la especie no tenía ni el valor convenido, ni representaba el porcentaje accionario que debía representar respecto de la totalidad de las acciones en circulación de Generar S.A. E.S.P.

“3.2.5. Que se declare que Generar S.A. ESP, solo pagó a Capicrédito S.A. En Liquidación, la suma de \$1.937.067.776.oo, mediante entrega de 2.493.779 acciones por un valor intrínseco de \$776.76 cada una; quedando a deber la suma de \$1.152.724.044.oo o la que se prueba dentro del proceso, para cumplir totalmente su obligación.

“3.2.6. Que se declare que Generar S.A. E.S.P., le debe Capicrédito S.A. En Liquidación la suma de \$1.152.724.044.oo, o la que se prueba dentro del proceso, a partir del 13 de febrero de 2006, más los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, hasta la fecha en que quede en firme la sentencia.

“3.3. Que se condene costas a Generar S.A. E.S.P.”.

2. Los fundamentos facticos se resumieron así por el *a quo*:

a) La sociedad Generar S.A. E.S.P., tiene como objeto social, entre otras, la construcción y puesta en operación de plantas de generación de energía eléctrica, compra, comercialización y venta de energía, prestación de servicios técnicos a otras empresas similares etc.; además, se encuentra inscrita en la Bolsa de Valores de Colombia.

b) En desarrollo de su objeto social, Generar S.A. E.S.P. contrató con la empresa Núcleos Proyectos y Construcciones S.A. la realización de unas obras en el Proyecto Hidroeléctrico Central de

Río Piedras, y por el no pago de acreencias, fue condenada por ante el Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Medellín al pago de \$1.240.321.854.00.

c) Generar S.A. E.S.P. pese a estar pendiente el pago de las obligaciones para con Núcleos Proyectos y Construcciones S.A. realizó contrato de fiducia mercantil sobre los productos o réditos de la generación de energía producida en la Central del Río Piedras con el fin de cumplir con las obligaciones financieras a su cargo.

d) El 16 de septiembre de 2005 la demandada solicitó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el sometimiento al acuerdo de reestructuración empresarial, reglado por la ley 550 de 1999 debido a su situación económica, y para ello acreditó la existencia de varias deudas pendientes por pagar, entre ellas la de la actora, y otras que no eran exigibles ya que se venían pagando por el fideicomiso, por lo que no se estructuraban los supuestos de hecho para acceder al régimen de reestructuración empresarial.

e) El 15 de noviembre de 2006, la sociedad Núcleos Proyectos y Construcciones Ltda., deudora a su vez de Capicrédito S.A. en Liquidación cedió a la acreedora, a título de dación en pago, los derechos provenientes del laudo arbitral.

f) Luego, con el fin de evitar someterse al cronograma de pagos pronosticado por el promotor del acuerdo de reestructuración de Generar S.A. E.S.P., se acordó con Capicrédito S.A. en Liquidación que el monto de la acreencia ascendía a

\$3.089.791.820,00, que se pagaría con acciones, cada una con un valor intrínseco de \$1.239,00 de acuerdo con el monto del patrimonio líquido a 31 diciembre de 2005.

g) Para esa fecha el patrimonio líquido de Generar S.A. E.S.P. era de \$31.832.234.346, el que, dividido por el valor intrínseco de la acción, \$1.239,00 arrojaba el número de acciones suscritas y en circulación de la compañía, 25.691.876 acciones, por lo que el pago de la acreencia se haría con 2.493.779

h) El acuerdo se perfeccionó el 13 de febrero de 2007, por lo que desde esa fecha la actora era la propietaria de ese número de acciones, pese a que no se había hecho entrega de estas; que Generar S.A. E.S.P. no se liberaba entregando 2.493.779.

i) La demandada acordó con la sociedad Mecánica de la Peña Colombia Ltda., también era acreedora, el pago de \$724.387.545,00 con 586.655 acciones con el mismo valor intrínseco por acción, lo que generó el aumento del patrimonio líquido a \$35.646.413.711 al 31 de diciembre de 2005, como también el número de acciones suscritas a 28.770.310.

j) En el trámite de formalización de la negociación, y antes de que se capitalizara, el promotor colocó en conocimiento de los acreedores lo que denominó "**ítem revalorización del patrimonio**", acompañado con una nota que decía "*este proyecto sería el definitivo y se requería el visto bueno de Capicrédito S.A.*", y así fue aceptado por la demandante.

k) El promotor, Álvaro Upegui, citó a los acreedores externos e internos de Generar S.A. E.S.P., a reunión para suscribir el acuerdo de reestructuración empresarial definitivo, el cual fue firmado por el representante legal de la demandante, quien supuso que obedecía al que previamente habían revisado como el último y definitivo borrador, no obstante, a ese nuevo documento se le agregó una cláusula denominada “*Cuarta Parte Capitalización de la Revalorización del Patrimonio*”.

l) Lo anterior, implicó un incremento en el número de acciones suscritas y pagadas a la compañía, por lo que, al dividir el patrimonio líquido de la sociedad **se reducía el valor intrínseco de la acción**, siendo aprobado sin la autorización previa de la Asamblea de Accionistas de Generar S.A. E.S.P., lo cual se hizo a favor de los accionistas que estaban inscritos en el libro de accionistas de la sociedad al 5 de febrero de 2007 en el libro de registro de la compañía, y como para esa fecha la actora no aparecía como tal, no pudo impugnar una hipotética decisión de la asamblea general de accionistas.

m) El 24 de abril de 2007 la actora recibe las 2.493.779 acciones, pero el valor de cada una pasó a ser de \$776.76, por lo que sufrió un detrimento por acción de \$462.24, arrojando una falta de pago de \$1.152.724.405. Lo correcto, en razón de la revalorización del patrimonio y la disminución del valor 3.977.795 acciones, y como no lo hizo, quedaron adeudando 1.484.016 acciones, a efectos de cumplir con la dación en pago.

n) Debido a una oferta pública de acciones (OPA), Capicrédito S.A. en Liquidación enajenó la totalidad de las acciones a

Colinversiones S.A., cada una por un valor de \$1.675,00, por lo que la actora dejó de ganar más utilidades ante la falta de entrega de las restantes acciones. (Archivo 1, fls. 1 a 195)

3. La demanda fue admitida por auto del 23 de agosto de 2011, seguidamente la parte actora presentó escrito de *“sustitución parcial de la demanda”*, admitida finalmente por proveído del 19 de abril de 2012. (Archivo 1, fls. 273, 313 a 314, 331 a 335)

Ante el cambio de nombre de la demandada se tuvo como tal a la sociedad Celsia S.A. E.S.P., la que oportunamente por conducto de vocero judicial se pronunció frente a los hechos de la demanda, indicando de manera resumida, lo siguiente:

a) Generar S.A. E.S.P. fue convocada por Núcleo Proyecto y Construcciones S.A., a un Tribunal de Arbitramento, cuyo Laudo Arbitral se profirió el 21 de marzo de 2002, siendo condenada a pagar la suma de \$1.240.000.000,00.

b) Que la citada sociedad se acogió en el año 2005 a la ley 550 de 1999, lo que fue aprobado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante Resolución No. 20051300022825 de 2005, y se designó al Dr. Álvaro Isaza Upegui como promotor.

c) El 15 de noviembre de 2006, la sociedad Núcleo Proyecto y Construcciones S.A., cedió el crédito a favor de Capicrédito S.A. en Liquidación.

d) La Asamblea de Accionistas de Generar S.A. E.S.P., en reunión del 11 de diciembre de 2006, *“...aprobó el aumento del capital autorizado, en tal forma que fuera posible aprobar en el Acuerdo de Reestructuración que sería sometido a los acreedores y accionistas, una capitalización del patrimonio a favor de los accionistas”*.

e) Acuerdo de Reestructuración que fue aprobado el 6 de febrero de 2007 y suscrito con los acreedores internos y externos, entre ellos la demandante, Capicrédito S.A. en Liquidación, representada por el señor Gabriel Jaime Ortega Restrepo, quien además actuó en representación de otras personas de otras personas naturales y jurídicas que eran accionistas de la empresa.

f) Indicó que en los Arts. 22 y 24 del Acuerdo de Reestructuración aprobado, se daba la opción de que los acreedores *“...podían optar entre recibir en dinero el pago de su acreencia, o capitalizarla recibiendo un determinado número de acciones de Generar”*, por lo que la sociedad demandante manifestó que se acogía a la opción de capitalizar su acreencia, como se observa en dos cartas del 13 de febrero y 20 de marzo de 2007.

El 22 de marzo de 2007 se procedió a registrar la transferencia en Deceval y los días 11 y 12 de abril siguientes se hizo entrega de las acciones para capitalizar la revalorización del patrimonio a quienes eran accionistas de la sociedad para el 5 de febrero de 2007. Por ello Capicrédito S.A. en Liquidación entregó a Generar S.A. E.S.P. paz y salvo por todo concepto el día 25 de marzo de 2009.

g) Que no es cierto que se hubiera pactado entregar un número de acciones con un determinado valor intrínseco, pues lo referente al valor intrínseco se hizo para un día preciso, el 31 de diciembre de 2005, con el único propósito de determinar el número de acciones que debía entregar a la demandante.

h) Que en la cláusula 24 del acuerdo de reestructuración empresarial suscrito el 6 de febrero de 2007 se estableció que el valor intrínseco de la acción podía variar, dado que en su aparte cuarto se previó que se emitirían nuevas acciones para entregarlas a los accionistas con el fin de capitalizar la revalorización del patrimonio, incluso, el representante de la demandante firmó el acuerdo de reestructuración y adicionalmente puso su firma abreviada en la hoja donde constaba el dicho aparte, por lo que él sabía que disminuiría el valor intrínseco de las acciones.

i) Negó que se le hubiera quedado debiendo a la demandante acciones o suma alguna de dinero, como también de que no tuviera la calidad de accionista en las fechas en que se adoptaron las decisiones para aumentar el capital de la sociedad y capitalizar la revalorización del patrimonio, prueba de ello es, que participó en la Asamblea y votó en el acuerdo de reestructuración el 6 de febrero de 2007 en calidad de acreedor externo, por lo que tenía la titularidad para impugnar las decisiones de los órganos sociales.

Por último, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó: i) Cumplimiento de lo

acordado entre Generar S.A. E.S.P. y Capicrédito En Liquidación; ii) pleno conocimiento y consentimiento de Capicrédito S.A. En Liquidación, sobre lo acordado en el Acuerdo de Reestructuración Empresarial de Generar S.A. E.S.P; iii) inexistencia de los perjuicios aducidos en la demanda y iv) prescripción de la acción (Art. 235 Ley 222 de 1995). (Archivo 1, fls. 343, 373 a 421)

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El 17 de noviembre de 2022 el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Oralidad de Medellín profirió el sentido del fallo anunciando que el mismo sería de carácter condenatorio¹, posteriormente el 30 de noviembre dispuso:

“PRIMERO: Condenar a la empresa Celsia SA. ESP. a cancelar a favor de Inversiones Ángel Posada S.A.S., la suma de \$983.895.205,56 más los intereses bancarios corrientes causados desde el 23 de marzo del año 2007 hasta la ejecutoria de la sentencia, liquidados a la tasa señalada en el artículo 884 del Código de Comercio. A partir del día siguiente a la ejecutoria de la sentencia, intereses moratorios en la forma establecida en la disposición comercial citada, hasta el pago total de la acreencia.

“SEGUNDA: Desestimar las excepciones de mérito propuestas conforme a lo indicado en la parte considerativa de la providencia.

“TERCERO: Costas a cargo de Celsia SA. ESP. y a favor de Inversiones Ángel Posada S.A.S. Como agencias en derecho se fija la suma de \$160.000.000.oo.

“CUARTO: La presente decisión se notifica por estados tal como lo dispone el artículo 295 del C.G. del Proceso

¹ Cuaderno 1, archivo 57

Para decidir de esta manera el *a quo* estableció como problema jurídico que resultaba indispensable establecer cuál fue el tipo de negocio jurídico celebrado entre las partes en contienda, para determinar el tipo de la relación y la fuente de la responsabilidad, para, posteriormente, determinar si la parte demandada incurrió en una conducta irregular o defraudatoria de los intereses patrimoniales de la parte demandante, cuando en cumplimiento del acuerdo celebrado, se canceló la acreencia con acciones de la sociedad demandada, porque el valor final de la acción entregada fue menor respecto del que inicialmente se había estipulado.

Advirtió que se trataba de una responsabilidad civil contractual, haciendo referencia a sus elementos axiológico, a los arts. 1602, 1613 del C. Civil y 164, 167 y 176 del C. General del Proceso.

Sobre la existencia del contrato, adujo que la fuente de la obligación deviene de la existencia de una acreencia por la suma de \$1.240.000.000,00, producto del laudo arbitral proferido el 21 de marzo de 2001, donde se impuso condena a cargo de Generar S.A. E.S.P. y en favor de la compañía Núcleo Proyectos y Construcciones S.A., crédito que fue cedido por su titular a la empresa Capicrédito S.A. en Liquidación y notificado a la empresa Generar S.A. E.S.P. el 15 de noviembre de 2006.

El Acuerdo de Reorganización Empresarial de Generar S.A. E.S.P. fue aprobado el 6 de febrero de 2007 por los acreedores tanto internos como externos de la sociedad, en el contexto de la Ley 550 de 1999.

La sociedad Capicrédito S.A. En Liquidación, suscribió el acuerdo de restructuración con el propósito de obtener el pago de \$3.089.791.820,00, por lo que en cumplimiento del referido acuerdo le fueron entregadas 2.493.779 acciones con un valor intrínseco de \$1.239 para el 31 de diciembre de 2005, todo ello de acuerdo al artículo 24 del acuerdo de restructuración empresarial.

Luego de transcribir el contenido del artículo 34 de la ley 1116 de 2006, destacó que las pretensiones de la demanda *“no son de aquellas que reclaman la ineficacia negocial frente a uno cualquiera de los elementos estructurales que lo conforman”*, por cuya razón, *“conforme al principio de razón suficiente, no resulta justificado entrar a estudiar si se presenta alguno de los fenómenos que contemplan los artículos 37 y 39 de la ley 550 de 1999”*.

Además, la sociedad actora parte de que *“el acuerdo celebrado entre las partes es válido y generador de efectos jurídicos, desde cuyo postulado, reclama indemnización de perjuicios por los daños que afirma ha recibido”*.

Sin embargo, le atribuye a la parte accionada, unas conductas que denomina como premeditadas, irregulares y deshonestas a partir de lo descrito en la demanda, pues como en repetidas ocasiones lo señala, por la capitalización de la acciones termina recibiendo 2.493.779 a un valor intrínseco de \$776.76 por acción, sufriendo una pérdida de \$462.24 por cada una de ellas respecto de un valor inicial de \$1.239, lo que se cuantifica una pérdida de \$1.152.724.405 y representa un total de 1.484.016 acciones.

De cara a establecer la veracidad de lo afirmado en la demanda, dirigió el análisis a la prueba señalando, en esencia, que para el pago de la acreencia en favor de la demandante “se venían explorando diferentes posibilidades entre el Acreedor, el Promotor y la Administración de la Empresa. Dentro de estas posibilidades, estaba la relativa a que la obligación fuera cancelada con la emisión de acciones de la propia entidad. Propuesta que fue llevada a una asamblea extraordinaria de accionistas convocada por la representante legal de Generar S.A ESP”.

“En la asamblea extraordinaria se tomó la decisión de aumentar el capital social autorizado a una cifra de \$70.000.000.000 a un valor nominal de \$1.000 por acción para un total de 70.000.000 de acciones. También se aprobó la proposición relativa a las condiciones para la capitalización de acreencias, la cual consistía en estipular un valor intrínseco de la acción con corte a 31 de diciembre de 2005, a un precio de \$1.239 por acción, o un valor intrínseco al 31 de octubre de 2006 de \$1.241 por acción, en la forma que se definiera en el acuerdo de restructuración.

“Adicionalmente, para poder realizar dicha capitalización de acreencias también fue necesario aprobar el valor de la revalorización patrimonial que se capitalizaría en una cifra de \$17.120.000.000.00, y que se aprobara que los Accionistas no harían uso del derecho de preferencia.

“Una lectura atenta del acta permite establecer que la asamblea de accionistas no determinó como se distribuiría el resultado de la cuenta de la capitalización de la revalorización de las acciones. En esa oportunidad, se indicó por el Presidente de la asamblea que la propuesta de incrementar el capital, buscaba un ahorro significativo aprovechando los beneficios de la Ley 550 de 1999, pero ello no significaba que se pudiera disponer por parte de la junta directiva de esas acciones, indicando que se trataba solamente de tener flexibilidad para realizar la capitalización de las acreencias dentro del marco del acuerdo. A renglón seguido el secretario de la asamblea aclaró que la orden de emisión para una futura capitalización si se llegara a necesitar la debía dar la misma asamblea.

“Es importante resaltar que la asamblea extraordinaria de accionistas, expresamente, **no definió** como se iban a distribuir las nuevas acciones producto de la capitalización de la revalorización del patrimonio en una cifra de \$17.120.870.507. Esta observación se desprende de una lectura minuciosa del acta de la asamblea folios 463 a 472 del cuaderno 06.

“Debe destacarse que lo consignado en el Acta de la sesión del 11 de diciembre de 2006, en los términos del Art. 189 del Estatuto Mercantil, será prueba suficiente de los hechos que consten en ella, mientras no se demuestre la falsedad de la copia o de las actas.

“v) El Promotor proyectó el acuerdo de reestructuración empresarial, cuyo borrador puso en conocimiento de los acreedores el 29 de enero del año 2007 conforme al correo electrónico que obra a folio 128 C-01, remitido por Álvaro Isaza Upegui a Gabriel Jaime Ortega, titulado como última versión acuerdo de Generar. Dentro de este proyecto no está contemplado un acápite especial concerniente a **la capitalización de la revalorización del patrimonio**, en la cuantía y con en la modalidad de distribución de nuevas acciones ordinarias, suscritas y pagadas, a su valor nominal, proporcionalmente entre los accionistas de la sociedad al cierre del 05 de febrero de 2007 según el libro de accionistas. Tal como puede verse en el proyecto, del acápite titulado Tercera Parte, concerniente a las Cláusulas de los estatutos de Generar S.A., que se reforman mediante el presente acuerdo (cfr. fls. 140 vlto, C-1), se pasa a la cuarta parte, Reglamento de Suscripción de Acciones (cfr. fls. 141 C-1).

“Este nuevo título o ítem del Acuerdo de Reestructuración, se viene a encontrar en el Acuerdo que finalmente se suscribió por los acreedores, entre ellos, Capicrédito S.A., y Mecánica de la Peña Ltda., denominado como **“Cuarta Parte. Capitalización de la Revalorización del Patrimonio”**. En esta cláusula se expresó que, se capitalizaba la referida cuenta en la cifra de \$17.120.870.507.00, la cual se obtenía de los estados financieros de la sociedad con corte a 31 de diciembre de 2006, precisando que, dicha capitalización se hacía bajo la modalidad de distribución de nuevas acciones ordinarias, suscritas y pagadas, a su valor nominal, proporcionalmente entre los accionistas de la sociedad al cierre del 05 de febrero de 2007 según el libro de accionistas (cfr. fl. 40 C.06).

“Luego, dentro de este último Acuerdo, podemos ubicar en la quinta parte el tema relativo a la suscripción de acciones, el cual estaba ubicado en la cuarta parte del proyecto remitido a los Acreedores (véase Folio 41 C.06).

“vi) Sobre el origen de la cláusula concerniente a la capitalización de la revalorización del patrimonio y la distribución de acciones entre sus accionistas de la sociedad con cierre al 05 de febrero de 2007, se indagó al Promotor, quien reconoció expresamente, que era de su autoría, y que ella se hacía con la finalidad o propósito de mejorar la condición de los accionistas, porque de lo contrario sus aportes se diluirían y eran las personas que más habían soportado el proceso constructivo de la hidroeléctrica. Tal como puede verse en la declaración de todos los otros testigos, ninguno de ellos da cuenta suficiente sobre el origen de la cláusula, aunque los testigos de la parte demandada, frente a la pregunta concerniente a su origen, tratan de justificar su pertinencia.

“El Promotor, también explicó que, esta cláusula consultaba de la mejor manera, la decisión de la asamblea extraordinaria concerniente a la capitalización de la revalorización del patrimonio.

“Frente a las preguntas formuladas, el Promotor, explica y reconoce que la referida clausula no estaba consignada en la que denominó como última versión del acuerdo de Generar, porque se trató de una omisión de su parte; de un error que fue advertido por la representante legal de la empresa Olga Helena Álvarez Vélez. Por esta razón, redactó la adición, lo incluyó en el proyecto y lo puso a disposición de las partes para que fuera leído.

“El mismo **Dr. Isaza Upegui**, reconoce que no hizo expresa advertencia a los acreedores en lo concerniente a la adición y modificación del borrador que les había remitido, incluyendo la cláusula de capitalización de la revalorización del patrimonio y la distribución de las acciones entre los accionistas con cierre a 5 de febrero de 2007.

“De las pruebas obrantes en el expediente a las cuales ya se hizo referencia, es posible concluir que los representantes legales de los acreedores externos Capicredito en Liquidación S.A. y Mecánica de la Peña Ltda, sí tuvieron acceso al texto definitivo del Acuerdo de Reestructuración, sí lo pudieron consultar, incluso, es posible deducir que lo leyeron; empero, lo que no resulta definitivo o conclusivo, es que

hayan estado en condiciones de comprender, asimilar, interiorizar, dimensionar los alcances y efectos de la referida cláusula respecto de sus acreencias.

“Desde el postulado de la buena fe como principio cardinal que orienta, dirige y gobierna el surgimiento de las obligaciones contractuales, en sus fases pre y contractual, en su desarrollo, ejecución y extinción, no es plausible o justificable el comportamiento del Promotor, quien al incluir una modificación en el acuerdo de reestructuración, no informó a las partes sobre el supuesto error en que incurrió por omitir la cláusula sobre la capitalización de la revalorización del patrimonio y distribución de acciones a los accionistas de la sociedad con cierre al 05 de febrero de 2007; la que sí incluyó en el acuerdo definitivo, ya que esto a la luz del imperativo derivado del principio de la buena fe, se constituía para él en un deber, en una obligación de información y lealtad relacional.

“El comportamiento desplegado por el Promotor, en el aspecto motivo de censura, resulta extraño dentro de las dimensiones y envergaduras del acuerdo de reestructuración, atendiendo al significativo monto de las Acreencias que podrían verse comprometidas. La indiferencia, impavidez, desentendimiento, despreocupación o desgaire de quien era el Garante para las partes del Acuerdo de Reestructuración, omitiendo informar y permitiendo que los firmantes del Acuerdo, quedaran envueltos por el ambiente positivo de un proceso que se daba por concluido, bajo el convencimiento de considerar como satisfechas unas prestaciones económicas por un monto aproximado de cuatro mil trescientos millones de pesos en solo dos acreedores, cuando los efectos posteriores llevan a concluir lo contrario, permite barruntar el quebranto al principio de la buena fe.

“En los términos del párrafo 2do del artículo 29 de la Ley 550 de 1999, está dentro de las funciones del Promotor, **la de coordinar la deliberación y decisión** de los temas motivo de la negociación del Acuerdo. En la primera acepción del verbo deliberar, conforme al diccionario de la real Academia de la Lengua Española, esta significa: “Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sin razón de los votos antes emitidos”. Luego, era deber del Promotor conforme a sus funciones, brindar las condiciones que permitieran a las Acreedores, la formación consciente de su juicio, analizando, razonando y dimensionando los alcances de la nueva cláusula incluida dentro del Acuerdo, comenzando, principalmente, por el deber de informar sobre

su inclusión, hecho que, ciertamente, voluntariamente no se hizo, porque de ello, no queda el mínimo resquicio de duda.

“ ...

“vii) De lo explicado en precedencia, bien se advierte que en curso del desarrollo o iter negocial, a los acreedores, Capicrédito S.A. en Liquidación y Mecánica de la Peña Ltda., quienes iban a capitalizar sus acreencias con acciones de la sociedad a un precio intrínseco de \$1.239 por acción, les fue defraudada su confianza legítima y lealtad contractual, porque se modificaron, intempestivamente, las reglas del negocio, incluyendo una cláusula que, ellos, expresamente, no conocían y de la cual, no fueron expresa y oportunamente informados, aunque sí pudieron leerla, lo que, en todo caso, dado el contexto en que se presentó la firma del acuerdo, rodeado de camaradería y amistad, no había la suficiente atención o concentración que les permitiera distinguir que se trataba de un aspecto diferente en el Acuerdo de Reestructuración, respecto del que, inicialmente, habían conocido, no pudiendo dimensionar las consecuencias derivadas de que las acciones emitidas producto de la capitalización de la revalorización del patrimonio, se distribuyera entre los accionistas registrados en el libro de accionistas con cierre al 5 de febrero de 2007, o sea, un día antes de la firma del Acuerdo.

“Bien se advierte de las pruebas recaudadas que, la Asamblea extraordinaria de accionistas, órgano facultado para ello en los términos del Art. 455 del Código de Comercio, no había votado una proposición sobre cómo se iban a distribuir las acciones resultantes producto de la capitalización de la revalorización del patrimonio. Y, menos, autorizó que esto fuera a partir del 5 de febrero de 2007. Por ende, nunca se le dio expresa autorización al Promotor para que redactara en el Acuerdo de reestructuración una cláusula con dicho contenido.

“La redacción, inclusión y puesta en escena del teatro contractual de la cláusula de distribución de las acciones producto de la capitalización de la revalorización del patrimonio entre los socios a corte del 5 de febrero de 2007, se constituye en un quebrando a las reglas de competencia que atribuyen dicha facultad a la asamblea de accionistas. Al punto, en la doctrina patria se explica:...

“Al consultarse las facultades del Promotor en la Ley 550 de 1999, particularmente, los artículos 7mo y 8vo, dentro de estas no se advierte una facultad específica que le permita en los Acuerdos de Reestructuración Empresarial, el que pueda sustituir a la Asamblea de Accionistas, dentro de las competencias organizaciones que le atribuye el derecho sustancial.

“viii) Los acreedores Capricrédito S.A. en Liquidación y Mecánica de la Peña, a partir de la reunión extraordinaria de Accionistas de Generar S.A., del 11 de diciembre de 2006, y con la remisión del escrito denominado como “última versión acuerdo de Generar”, tenían la firme expectativa a partir de las tratativas y diálogos preliminares, de ingresar en igualdad de condiciones de los socios de la Empresa, para las fechas previas en que se celebró el acuerdo de reestructuración, firmado o suscrito el día 6 de febrero de 2007.

“Luego, si el Promotor del Acuerdo, tal como insinúa en su declaración ante el Estrado Judicial, preveía una eventual afectación de todos los socios por la capitalización de las deudas, al presentarse el fenómeno de la dilución de acciones, de esta circunstancia debió informar en la asamblea de accionistas antes de que esta autorizara la referida capitalización. En igual sentido, si era posible la marginalización o afectación de los derechos de los acreedores excluyéndolos de los beneficios accionarios, de esta circunstancia también se les debió informar de forma clara, directa y precisa, para que estos pudieran tomar una decisión ilustrada y consciente.

“Al punto, en algunas circunstancias concretas y dependiendo de los contextos fácticos, la capitalización de acreencias puede conducir a la dilución del valor accionario que tienen los accionistas antes de celebrada dicha negociación. La noción de “dilución de acciones” se refiere a la disminución del valor de las acciones por motivo de la emisión de nuevas acciones o por la conversión de obligaciones en acciones. Por esta razón, si hay más acciones, aunque una sociedad reporte el mismo beneficio, la utilidad por acción se reduce al igual que el dividendo, por cuya razón, el valor de la acción disminuye.

“La dilución de acciones se controla haciendo uso del derecho de suscripción preferente, el cual permite comprar o adquirir las acciones que sean necesarias para que el accionista mantenga el mismo porcentaje.

“Luego, resulta importante conocer el motivo por el cual, la compañía acude a la ampliación accionaria con la finalidad de cumplir con obligaciones preexistentes, ya que ello puede traer o aparejar problemas para la empresa y su futuro desarrollo. Por esta razón, cuando se tienen acciones en una compañía y esta va a emitir nuevos títulos accionarios, resulta crucial entender la causa, razón o motivo para su emisión, y si esto es beneficioso para la empresa a largo plazo.

“Así, la emisión de acciones para atender créditos, es una decisión que compete a la asamblea de accionistas y si hace uso o no del derecho de preferencia. En todo caso, la emisión y eventual dilución de las acciones, son asuntos que se deben resolver por el máximo órgano social, y no está bajo las facultades de una determinada persona, como era el caso del Promotor en los procedimientos de reorganización empresarial.

ix) En la Asamblea extraordinaria de Accionistas de Generar S.A. EPS, del 11 de diciembre de 2006, cuando se adopta la decisión de capitalizar las acreencias para cubrir los Créditos de Capicredito S.A. en Liquidación, y Mecánica de la Peña Ltda., se tocó el tema de hacer uso del derecho de preferencia de los accionistas, con el propósito o finalidad de materializar dicha negociación. En esa oportunidad, el Promotor no hizo mención al fenómeno de la “dilución accionaria”, concepto que, ciertamente, tiene muy claro, atendiendo al conspicuo nivel profesional que ostenta.

“Luego, si en la decisión de la asamblea antes mencionada el Promotor, pide no hacer uso del derecho de preferencia, ni se aborda el tema de la dilución accionaria, cuando incluye en el Acuerdo de Reestructuración, la cláusula relativa a la distribución de acciones entre los accionistas al 5 de febrero de 2007, lo que termina realizando es una fractura de la relación que se venía construyendo sobre parámetros de claridad y confianza entre las partes, por cuanto, voluntariamente, excluyó a dos Acreedores que estaban ad portas de ingresar con un importante capital accionario, lo cual, representa para ellos, una dilución de sus acreencias, pues, vistas las cosas en perspectiva de igualdad, se pasó de la posibilidad de contar con un porcentaje del 8.6679% a otro del 5.4341%, presentándose una diferencia porcentual del 3.2338%.

“La materialización de los derechos accionarios transferidos, generó en la práctica una pérdida porcentual de participación accionaria que,

privó en un 3.2338% al acreedor Capicrédito S.A. en Liquidación, del ejercicio de sus derechos al interior de la empresa y de recibir beneficios económicos, como podría ser, a manera de ejemplo, la posibilidad de tener una mejor **capacidad decisoria** para acceder a órganos de gestión empresarial.

“ix) Se confirma en el caso presente, la configuración de una conducta culposa al momento de la celebración del acuerdo de reestructuración empresarial de Generar S.A. ESP, porque, intempestivamente, sin respeto por el deber de información y lealtad contractual, se incluyó una cláusula sobre distribución de las acciones autorizadas entre accionistas de la compañía con cierre al 5 de febrero de 2006, excluyendo al acreedor Capicrédito S.A. en Liquidación.

“Así, una persona puesta en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se encontraba el Promotor de la reorganización empresarial de Generar S.A. ESP, entre los días 30 de enero y 6 de febrero de 2007, respetuoso del principio de la buena fe, habría informado a los Acreedores de la modificación realizada al Acuerdo de Reestructuración, en la cláusula mencionada en el párrafo anterior, con tiempo suficiente para que tuvieran la oportunidad de discernir y analizar sus alcances, en procura de que determinaran libre y autónomamente, si estaban o no de acuerdo con ella, decidiendo en consecuencia a su libre auto-determinación y libertad contractual.

“Como lo anterior no ocurrió, ciertamente, la conducta del Promotor del Acuerdo de reestructuración, modificando las condiciones del acuerdo, se desvió del curso adecuado de acción a seguir, incurriendo por esta razón, en la culpa contractual que se le atribuye a la demandada Generar S.A ESP, sobre quien recaía el deber u obligación de cancelar la acreencia.

“Resulta oportuno precisar que, ciertamente, la culpa identificada no es de las dimensiones que fue imputada por la parte actora, lo cual, en todo caso, no impide el juicio de reproche que viene de hacérsele para tildarla de culposa.

“x) Partiendo de las pruebas practicadas, tal como son los dictámenes periciales, de estos se puede extraer como datos objetivos que, la empresa Generar S.A ESP, para el 06 de febrero de 2007, contaba con un patrimonio líquido de \$38.753.192.599. Que se comprometió a cancelar a dos acreedores externos sus obligaciones con la emisión de

acciones a valor intrínseco cada una de \$1239 para el 31 de diciembre del año 2005.

“Por lo tanto, el acreedor Capicrédito S.A., cuya acreencia era de \$3.089.791.820 debía recibir en acciones un total de 2.493.739.

“Por su lado Mecánica de la Peña Ltda., cuya acreencia era de \$724.584.545, esperaba que le fuera entregada un total de acciones de 586.655 (cfr. fls. 293 C.02).

“La totalidad de las dos acreencias sería satisfecha o solucionada con una cifra de 3.080.394 acciones. Esta cantidad de acciones, más aquellas con las cuales se contaba al cierre del 31 de diciembre de 2006 en cantidad de 25.691.876, más la cifra resultante de acciones producto de la revalorización de la capitalización del patrimonio por un monto de 17.120.870, permite llegar a una cifra total de 45.890.878 acciones.

“Entonces, un patrimonio líquido de \$38.753.192.599 dividido por 45.890.878 acciones, correspondiente al número total emitido, permite determinar cómo valor intrínseco de la acción para la fecha del acuerdo de restructuración uno de \$844,46 por acción.

“Luego si cada acción realmente valía \$844,46, atendiendo al precio inicialmente convenido de \$1.239, hay una diferencia en cada acción de \$394,53. Esta diferencia se multiplica por el número total de acciones entregadas a Capicrédito S.A. en Liquidación de 2.443.779, presentándose un desbalance o desequilibrio patrimonial en \$983.895.205,56.

“En conclusión, con el pago de la acreencia por parte de Generar S.A. ESP, en virtud del acuerdo de restructuración en favor de Capicrédito S.A. en Liquidación, con la entrega de 2.493.779 acciones, se dejó de cancelar o satisfacer un valor de \$983.895.205,56, respecto de una deuda total de \$3.089.791.820.oo.

Frente a las excepciones de mérito de (i) cumplimiento de lo acordado entre Generar S.A. ESP y Capicrédito S.A., en Liquidación; (ii) pleno conocimiento y consentimiento de Capicrédito S.A., sobre lo acordado en el Acuerdo de

Reestructuración Empresarial de Generar S.A. E.S.P.; (iii) inexistencia de los perjuicios aducidos en la demanda; y, (iv) prescripción de la acción (Art. 235 ley 222 de 1995), señaló que las tres primeras excepciones están vinculadas directamente con los presupuestos axiológicos de las pretensiones y, como en el curso del desarrollo motivacional de la sentencia, estos han sido confirmados, su reconocimiento es, a la vez, un juicio implícito de carácter negativo en contra de ellas, por lo que serían desestimadas, sin que sea necesario reiterar las consideraciones ya expuestas.

Respecto a la excepción de prescripción de que trata el Art. 235 de la ley 222 de 1995, o cualquiera otra de carácter especial que extinguiere la presente acción, se debe tener en cuenta que la demanda fue radicada el día 13 de julio de 2009², y admitida el 23 de agosto de 2011, notificada por estados al demandante el 25 de agosto de esa misma anualidad.

Demora que obedeció al hecho de que el juzgado de conocimiento, inicialmente, se había declarado incompetente y el asunto escaló ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, quien, mediante providencia del 9 de febrero de 2011, determinó que la competencia recaía en el Juzgado 3 Civil del Circuito de la Ciudad de Medellín³.

Frente a la anterior decisión el apoderado Celsia S.A. E.S.P., solicitó que se adicionara la sentencia, aduciendo que, en su parte resolutive, no hubo pronunciamiento expreso frente a cada una de

² Fl. 33, cdno 1.

³ Cdno. 5

las pretensiones declarativas (principales y subsidiarias) enarboladas por la parte demandante (artículo 280 ib.)⁴.

Petición a la que se accedió mediante auto del 7 de diciembre de 2022, adicionando el numeral primero de la citada sentencia en el sentido de *“Desestimar las demás pretensiones de la demanda, por los motivos expuesto”*⁵.

III. LA IMPUGNACIÓN

La sentencia fue recurrida por ambas partes quienes manifestaron su inconformidad con lo decidido, así:

1. La parte demandante en extenso escrito que resume el tribunal:

a) Frente a la denegatoria tácita de la pretensión principal de la demanda, toda vez que en la sentencia no se hace alusión alguna sobre las razones por las cuales no se acoge dicha pretensión, quedando por desatar ese extremo de la Litis.

Posteriormente, se refirió a algunos apartes de la sentencia que darían pie a sostener que dicha pretensión debió haber sido acogida, se refirió nuevamente a los hechos de la demanda, a las pruebas, para aducir que la parte que representa no solo tenía derecho a la especie, sino que aceptó parcialmente la dación en pago, pues numéricamente se le entregaron el número de acciones que originalmente se había previsto, por lo que tiene derecho a solicitar los perjuicios derivados del no cumplimiento de

⁴ Archivo 62, cdno 1

⁵ Archivo 66, cdno 1

la dación en pago, por la no entrega de 1.483.996 acciones de la nueva especie.

Por ende, el perjuicio que realmente sufrió Capicrédito consistió en no poder vender en la OPA a Colinversiones dichas acciones por un valor de \$1.675 por acción, lo cual arroja la suma de \$2.485.693.300., que fue la declaración que se debió hacer junto con el reconocimiento de los intereses conforme lo establece el artículo 884 del C. de Comercio desde el 23 de marzo de 2007.

En síntesis, que apela la sentencia por cuanto el juez de primera instancia sin motivación alguna delezna la pertinencia de la pretensión principal, limitándose a acoger la pretensión subsidiaria, acogimiento frente al cual no se tiene reparo alguno distinto al que debió haberse acogido la pretensión principal, que en realidad es la pretensión procedente desde el punto de vista del contrato de dación en pago y el objeto que debió habersele entregado si dicho contrato se hubiera cumplido.

b) Frente a la liquidación de intereses que fue ordenado en la parte resolutive de la sentencia incurre en error el juzgador al referirse a intereses bancarios corrientes, cuando debieron haber sido intereses bancarios moratorios, toda vez que la sentencia declara un perjuicio sufrido por el incumplimiento del contrato de dación en pago.

c) En cuanto a las agencias en derecho, no era el momento ni la oportunidad para liquidar las agencias en derecho, pues la misma se habrá de hacer una vez ejecutoriada la sentencia⁶.

2. El apoderado de la accionada indicó:

a) El juez identificó los supuestos de la responsabilidad contractual, dijo que debía averiguar si Generar S.A. E.S.P. incurrió en incumplimiento de sus obligaciones atribuible a una culpa suya. No obstante, abandonó este camino y analizó si existió culpa.

b) Que en lugar de analizar si Generar S.A. E.S.P. incumplió sus obligaciones e incurrió en culpa contractual, el juez analizó la etapa de formación del contrato y las culpas precontractuales del promotor, desconociendo que ese análisis solo era procedente si Capicrédito en Liquidación S.A. hubiera pedido la nulidad de lo acordado por un vicio en el consentimiento provocado por el promotor. Que Capicrédito en Liquidación S.A. ejerció la opción de pago con acciones de Generar S.A. E.S.P.; y siendo así, eran actos jurídicos válidos y debían cumplirse tal y como se pactaron, por lo que no podían modificarse o privarse de efectos algunas cláusulas, para adaptarlas a lo que supuestamente entendió la demandante como si se hubiera pedido su nulidad.

c) Que el juez fundamentó la culpa contractual de Generar S.A. E.S.P. en una serie de conductas del promotor en la etapa de formación de los actos jurídicos, lo que no es procedente. Una

⁶ C-1, archivo 67

culpa en este caso de un tercero, como era el promotor, en la formación del contrato no es relevante para establecer si hubo incumplimiento y culpa contractual del deudor, porque estas situaciones corresponden a la fase de ejecución del contrato.

d) De otro lado, aún si hubiera habido culpa precontractual del promotor Dr. Álvaro Isaza, no comprometía la responsabilidad contractual de Generar S.A. E.S.P., porque el promotor, como amigable componedor y mandatario de todas las partes en un proceso de reestructuración (Ley 550 de 1999) es un tercero por el cual la demandada no está llamada a responder.

No obstante, esa culpa precontractual del promotor no existió y, además, nada permite concluir que Gabriel Jaime Ortega representante legal de Capicrédito En Liquidación S.A. no hubiese entendido las cláusulas acordadas y sus efectos, o que hubiera sido sorprendido con la inclusión en el acuerdo lo que se denominó “Cuarta Parte”, dado que:

“(i) El Dr. Ortega leyó y suscribió de su puño y letra el Acuerdo en cada una de sus páginas, lo que hace presumir que lo entendió.

“(ii) Porque él es un profesional capacitado en temas empresariales y societarios, que tenía las obligaciones y la responsabilidad como mandatario de varios de los accionistas.

“(iii) Porque estuvo presente en la asamblea de accionistas del 11 de diciembre de 2005 que aprobó la proposición a) (referida a la capitalización de las acreencias y de la revalorización del patrimonio), donde preguntó y recibió del promotor información sobre esa capitalización y su valor total;

“(iv) Porque días después de firmar y meditar sobre el Acuerdo y sus cláusulas, Capicrédito celebró un nuevo negocio jurídico, con pleno

conocimiento de sus efectos, en cuanto ejerció la opción de recibir las acciones según lo previsto en el Acuerdo.

“(v) Porque a pesar de todo lo aducido en su demanda, Capicredito, obrando en otra calidad, como accionista de Generar, se benefició de las acciones que le correspondían por la revalorización del patrimonio, sin rechazarlas, sin aducir que su inclusión en el Acuerdo era inválida, sin aducir incompreensión, engaño o vicio en el consentimiento, lo que traduce una conducta incoherente y contraria a los actos propios”⁷.

En esta instancia los apoderados de ambas partes presentaron la misma argumentación que hicieron ante el a quo.

IV. CONSIDERACIONES

1. Como tarea liminar en la técnica del fallo, compete al juez el ocuparse de la constatación de la estructuración de lo que en doctrina se conoce como presupuestos procesales porque en ellos estriba la validez jurídica de la relación jurídica procesal. Significa lo anterior que, en presencia de algún defecto de los tales presupuestos, se impone o bien un mero despacho formal o bien, la anulación de la actuación. De acuerdo con la doctrina los presupuestos procesales, no son otros que la demanda en forma, la competencia del juez, la capacidad de las partes y la legitimación procesal o aptitud de las partes, bien por sí, ora a través de vocero judicial para el ejercicio de “*ius postulandi*”; los anteriores presupuestos se reúnen a cabalidad en el plenario. En cuanto a las condiciones materiales para fallo de mérito, reducidas a la legitimación en la causa e interés para obrar como meras afirmaciones de índole procesal resultan aceptables en principio para el impulso del proceso.

⁷ C-1, archivo 68

2. Sobre la responsabilidad civil la Corte en sentencia SC5142-2020, señaló:

“1.1. La responsabilidad civil ha sido tradicionalmente clasificada en **contractual** y extracontractual según la fuente de cual provenga el daño, cuya reparación es lo que justifica su estudio.

“1.1.1. La primera exige la existencia y validez de un pacto ajustado entre dos o más sujetos de derecho, la desatención de los compromisos adquiridos por uno de ellos o su ejecución defectuosa o tardía, así como la presencia de un detrimento, y el nexo de causal entre tal omisión y su resultado; además, se funda en los artículos 1602 a 1617 del Código Civil, consagradorios de la fuerza normativa de los contratos, así como en las estipulaciones y términos convenidos por las partes, sin perjuicio de las reglas imperativas, dispositivas y supletorias de la materia.

“Ello se explica porque los contratos válidos son ley para las partes quienes, desde el momento de su perfeccionamiento, quedan compelidas a honrar las prestaciones asumidas y de no hacerlo tienen que salir a resarcir los daños que de su apartamiento unilateral deriven para quien, si cumplió o, cuando menos, se acercó a acatar sus deberes en la forma y términos pactados.

“Precisamente, en CSJ SC5585-2019, se recordó que:

“(...) La responsabilidad contractual está edificada sobre los siguientes pilares axiológicos: a) la preexistencia de un vínculo jurídico entre las partes; b) su incumplimiento relevante por quien es demandado; c) la generación de un perjuicio significativo para el actor; y d) la conexión causal entre la referida insatisfacción de los deberes convencionales y el correspondiente daño”. (Negrilla propia del texto)

3. Un aspecto esencial de la controversia es determinante para las resulta del proceso, que se resumen en el siguiente interrogante, ¿existió incumplimiento relevante del acuerdo por parte de Celsia S.A. E.S.P. (antes de Generar S.A. E.S.P.)?

La presente causa tiene venero la existencia de una obligación a cargo de Generar S.A. E.S.P., resultante de condena impuesta en laudo arbitral del 21 de marzo de 2001 en favor de la compañía Núcleo Proyectos y Construcciones S.A.

El 15 de noviembre de 2006, durante el trámite del proceso de reestructuración empresarial de la deudora, Generar S.A. E.S.P., Núcleo Proyectos y Construcciones S.A., por ser deudora de Capicrédito S.A. En Liquidación le cedió a título de dación en pago los derechos provenientes del laudo arbitral⁸.

El 11 de diciembre de 2006 No. 16, se reunió en forma extraordinaria la Asamblea de Accionistas de Generar S.A. E.S.P. previa convocatoria a la cual asistió Capicrédito S.A. representada por Gabriel J. Ortega R. quien a su vez lo hizo en representación de otras sociedades. (Archivo 6). Se dispuso, en lo relevante:

b. Condiciones para la capitalización de acreencias.

Se propone como valor de las acciones para realizar la capitalización de las acreencias, el valor intrínseco de la acción con corte al 31 de diciembre de 2005, esto es la suma de \$ 1.239 M/L o a valor intrínseco del 31 de octubre del 2006, esto es \$ 1.241 en la forma que se defina en el Acuerdo de Reestructuración.

En este orden de ideas, de conformidad con lo previsto en la ley 550 de 1999, no se requerirá trámite o autorización alguna para la colocación de los títulos respectivos. En todo caso la Asamblea General de Accionistas imparte su autorización para que dicha colocación de acciones a que se ha hecho referencia, realizada en virtud del Acuerdo de Reestructuración empresarial que tramita la empresa, se realice sin sujeción al derecho de preferencia y proporcionalidad.

A la asamblea asistió el promotor Álvaro Isaza Upegui, quien rindió informe a los asistentes sobre diálogos adelantados con los acreedores, y la posibilidad que existía de capitalizar las acreencias

⁸ Archivo 1, C-1, hecho 9 del libelo y fls. 113 a 119.

siendo necesario debido al flujo de caja, la emisión de nuevas acciones para incorporar los créditos a cargo de la sociedad, lo que implicaba modificación al derecho de preferencia. Por manera que el promotor ponía en conocimiento de los asistentes la necesidad de que la asamblea autorizara que en el acuerdo de reestructuración fuera incluida reforma de aumento de capital autorizado, a tal punto que puso de presente que por efectos fiscales era mejor hacerlo en el acuerdo, pues quedaría como un acto sin cuantía, se evitaba pago de derechos notariales y registrales en la Cámara de Comercio local. *“aclarando que efectuar este incremento no significa que la junta directiva pueda disponer de las acciones sobrantes después de la capitalización de acreencias, porque la asamblea de accionistas tendrá entonces, con la mayoría exigida de los estatutos, que, autorizar la colocación de acciones futuras. En este caso lo que se hace es simplemente obtener un beneficio económico para la sociedad otorgado por la ley 550, al aumentar el capital autorizado sin incurrir en los costos regulares de dicho acto. La posibilidad de capitalización que se estaría aprobando hoy sería únicamente para los acreedores de la compañía inmersos dentro de la ley 550, y que prácticamente son dos: Núcleo Proyectos y Construcciones y Mecánica de la Peña”* (cfr. folios 8 C06), expresó que

“...El valor de la acción para la capitalización al cual se llegue dentro del acuerdo de estructuración estaría limitado por el valor nominal de la acción el cual es de \$1000, y el valor intrínseco de la misma”.

“Dentro de esta asamblea, surgieron las dos proposiciones relativas al aumento del capital autorizado de la sociedad para elevarlo a la cifra de \$70.000.000.000, dividido en 70.000.000 de

acciones de valor nominal a \$1000 cada una, en donde el capital social podría dividirse en acciones ordinarias o privilegiadas y la decisión de la emisión de acciones privilegiadas y su reglamentación correspondía a la asamblea de accionistas.

“La otra proposición consistió en que el valor de las acciones para realizar la capitalización de las acreencias fuera su valor intrínseco con corte a 31 de diciembre de 2005, esto es la suma de cada una de ellas \$1.239, o su valor intrínseco a 31 de octubre de 2006 a \$1.241 cada una en la forma que se defina en el acuerdo de reestructuración”.

4. Gabriel Jaime Ortega Restrepo, manifestó algunas inquietudes frente a esas posturas, relativas a la existencia de un flujo de fondos disponible para los accionistas, cuánto valían las acreencias estimadas de Núcleos, Proyectos y Construcciones y de Mecánica de la Peña, y cuál sería el monto del aumento del capital a suscribir, a lo que recibió como respuesta por parte del promotor -expositor que esos se trataría en el acuerdo, pues eran necesarias las proyecciones, y que las acreencias de las personas que él representaba eran aproximadamente de \$3.400.000.000 y de Mecánica \$1.200.000.000, aproximadamente. Quedaba cargo de los acreedores definir si accedían a capitalizar o no sus acreencias, sin perjuicios de las tratativas que existieren entre ellos.

Así se expresó en el acta:

b. Condiciones para la capitalización de acreencias.

Se propone como valor de las acciones para realizar la capitalización de las acreencias, el valor intrínseco de la acción con corte al 31 de diciembre de 2005, esto es la suma de \$ 1.239 ML o a valor intrínseco del 31 de octubre del 2006, esto es \$ 1.241 en la forma que se defina en el Acuerdo de Reestructuración.

En este orden de ideas, de conformidad con lo previsto en la ley 550 de 1999, no se requerirá trámite o autorización alguna para la colocación de los títulos respectivos. En todo caso la Asamblea General de Accionistas imparte su autorización para que dicha colocación de acciones a que se ha hecho referencia, realizada en virtud del Acuerdo de Reestructuración empresarial que tramita la empresa, se realice sin sujeción al derecho de preferencia y proporcionalidad.

El resultado del escrutinio efectuado por la Revisoría Fiscal fue el siguiente:

Quórum total de acciones representadas en la reunión: 61,70 %

Proposición No. 1 o a)

Votos en contra (negativos): 4'.059.337

Votos a favor (afirmativos): 11'.792.702

Proposición No. 2 o b)

Votos en contra (negativos): 4'.059.337

Votos a favor (afirmativos): 11'.792.702

En las dos proposiciones se registraron 4'.059.337 de votos negativos y 11'.792.702 de votos afirmativos, con lo cual se obtuvieron votos afirmativos para cada una de las proposiciones que alcanzan el 74,39% de las acciones representadas, quedando de esta forma aprobadas ambas proposiciones por mayoría. El Secretario preguntó a la Asamblea si algún accionista tenía la intención de votar en blanco, dado que en la papeleta no estaba expresa dicha posibilidad, pero que debía conocerse si alguno de los asistentes había tenido esta intención, puesto que en caso de ser así, debía procederse a dejar la respectiva constancia. Ningún accionista manifestó su intención de votar en blanco las proposiciones presentadas.

5. La sentencia contiene con precisión la versión de Gabriel Jaime Ortega Restrepo representante de Capicredito en Liquidación sobre lo sucedido en esa asamblea y lo que ocurrió con posterioridad:

“...fue informado de la asamblea extraordinaria de accionistas de Generar S.A E.S.P., y que asistió a ésta, oportunidad en la cual se planteó temas de aumento en el capital de la sociedad, en el marco del proceso de restructuración empresarial, se tocó el tema de la capitalización de las acreencias, lo que implicó de parte del Promotor del acuerdo de reorganización empresarial, amplias explicaciones sobre cómo debían adelantarse los procedimientos y como podía evitarse el pago de impuestos. Adujo que se opuso a las proposiciones del Promotor, porque no había negociaciones aún en firme con ninguno de los acreedores y se estaba efectuando un aumento de capital autorizado de manera desproporcionada, ya que no se contaba con información correspondiente a la realidad económica de la empresa.

“Dentro del proceso de negociación con los acreedores, el tema se discutió en las diferentes instancias de la administración y del acuerdo de restructuración, y unos días antes de la firma del acuerdo definitivo, el Dr. Álvaro Isaza, le remitió un borrador del acuerdo de reorganización, el cual se aprestó a revisar con el abogado y funcionarios de Capicredito, y con profesionales de Generadora Unión, luego de lo cual, concluyó que el mismo reflejaba fielmente lo acordado, lo cual dio lugar a expresar un sentimiento de tranquilidad

personal sobre la negociación efectuada por Capicredito y la importancia de que fuera concluida de manera positiva para Generar.

“Narró que asistió el día de la firma del acuerdo de restructuración a las oficinas de Generar y firmó conjuntamente con los presentes, en la misma hoja por hoja el acuerdo de restructuración, “...partiendo de la base y de la buena fe de que todos los elementos que constituían este documento correspondían a los que el Dr. Isaza me había mandado como definitivos en días pasados...””.

“Al cabo de los días, fue contactado por el representante legal de Mecánica de la Peña Ltda., quien le informó que, de manera inocente e ingenua, habían firmado un documento que cambiaba sustancialmente el pago de las acreencias correspondientes a Generar y a Mecánica de la Peña. Este cambio tenía relación directa con la capitalización de la revalorización del patrimonio que, adujo, no fue aprobado por la asamblea, ya que se limitaba a los accionistas e indicaba una fecha definida de manera inconsulta con la asamblea y la administración, afectándose los derechos ya adquiridos de Capicredito y Mecánica de la Peña.

“Dicha situación le generó malestar e inconformidad, la misma que le expresó con claridad y oportunidad al Dr. Álvaro Isaza, el cual no le dio ninguna respuesta satisfactoria sobre este proceder de Generar S.A., llegando a la conclusión de que se trató de un engaño deliberado.

“Explicó que la negociación para determinar la fórmula del acuerdo consistía básicamente en cambiar unas acreencias de Capicredito, por unas acciones ordinarias de Generar S.A., a un valor intrínseco definido entre las partes y en las mismas condiciones de los accionistas de la sociedad. El valor intrínseco de la acción de Generar era importante para definir el número de acciones que corresponderían al valor de la acreencia conforme a lo pactado, en donde las acciones acordadas por pago de obligación estarían en las mismas condiciones que las acciones de cada uno de los accionistas. Con este proceder se capitalizaba el valor de la sociedad y se entregaban las respectivas acciones.

“Frente al acuerdo de restructuración denominado “*última versión acuerdo de Generar*”, obrante a folio 129 a 145 C-1, en el sentido de que fuera este el remitido por el Sr Álvaro Isaza, manifiesta que, efectivamente, ese documento no se refiere a la capitalización de la

revalorización del patrimonio, ni a las fechas fijadas para que los accionistas participaran en esa valorización, manifestando que podría ser el documento, aunque no lo ha comparado. Dijo que en compañía de asesores estudió el documento remitido por el Dr. Álvaro Isaza, en cuyos apartes no se trataba el tema de la capitalización de la revalorización del patrimonio.

“Cuando estuvo en las oficinas de Generar S.A., a firmar el acuerdo de restructuración, no fue advertido, ni se le informo de que el texto que iba a firmar no correspondía al enviado al correo electrónico. Explicó que había varias personas para firmar este acuerdo, estaban presentes el promotor y la administración, había un ambiente de negociación concluida de manera exitosa y seria, y no vio a nadie leer los documentos hoja por hoja, cuyos ejemplares se firmaron en las puntas de las hojas, entre los firmantes, rotando los ejemplares correspondientes. Preciso que la reunión concluyó en un ambiente ganador de amistad y muy positivo para Generar S.A E.S.P. Sobre la razón por la cual no leyó el documento, adujo que ello obedecía al hecho de haber estudiado al detalle, con los asesores, con los apoderados y con personal de Capicredito el documento definitivo que uno de los más prestigiosos abogados colombianos le había enviado, *“...nunca se me hubiera pasado por la mente que ese documento podría haber sido modificado sin mi consentimiento y sin información del doctor Isaza de por medio, fue un ejercicio de confianza y de buena fe”* (cfr. folios 9 a 16 C.04, Subrayas intencionales).

6. En efecto, la modificación no fue otra que la inserción del acápite siguiente:

**"CUARTA PARTE
CAPITALIZACION DE LA REVALORIZACION DEL
PATRIMONIO**

Que en virtud del presente Acuerdo, y de conformidad con el aumento de capital aprobado por la Asamblea General de Accionistas de la sociedad en reunión del día 11 de Diciembre de 2006, se capitaliza la cuenta denominada Revalorización del Patrimonio, hasta por la suma de Diecisiete Mil Ciento Veinte Millones Ochocientos Setenta Mil Quinientos Siete Pesos (\$17.120.870.507) obtenida en los estados financieros de la Sociedad con corte a 31 de diciembre de 2006, en la forma que se establece a continuación:

La presente capitalización se hace bajo la modalidad de distribución de nuevas acciones ordinarias, suscritas y pagadas, a su valor nominal, proporcionalmente entre los accionistas de la Sociedad al cierre del 05 de febrero del 2007 según el Libro de Registro de Accionistas.

La cifra de la Revalorización del Patrimonio en pesos será distribuida entre el total de acciones suscritas, tanto ordinarias como privilegiadas, a la fecha de corte indicada, desechando las fracciones inferiores a Mil Pesos (\$1.000) -valor nominal de una acción- que correspondan a cada accionista. Estas fracciones o residuos no liberan nuevas acciones y su sumatoria se mantendrá en la cuenta denominada Revalorización del Patrimonio.

La entrega de estas acciones será efectuada por parte de GENERAR S.A. E.S.P. remitiendo a DECEVAL el correspondiente macro título y la discriminación de sus respectivos beneficiarios para que se efectúen las anotaciones en cuenta correspondientes." (anexo #15).

7. Álvaro Isaza Upegui, promotor de la empresa demandada narró sobre cómo se dio el acuerdo de reorganización y la capitalización de la revalorización del patrimonio, declaración que es sustraída de la sentencia de primera instancia:

"..., al ser preguntado sobre los contornos del litigio, explicó que en el caso de Generar S.A. ESP, con los acreedores Mecánica de la Peña y Capicrédito, se exploró la posibilidad de capitalizar su crédito, para lo cual, era necesaria la celebración de una asamblea extraordinaria de accionistas, para tratar los siguientes puntos: 1. Aumento de capital autorizado hasta \$70.000.000.000. 2. La posibilidad sin que existiese el derecho de veto de que los acreedores capitalizaran y, respecto de los accionistas de Generar, la capitalización de la cuenta de revalorización de patrimonio, todo lo cual consta en el acta de asamblea de accionistas, a la cual se hizo relación en el acuerdo de restructuración.

“En esa reunión extraordinaria, era importante aprobar tres cosas: 1. Aumento de capital autorizado, con un beneficio fiscal grandísimo, ya que la escritura se consideraba como un acto sin cuantía para los efectos de impuestos de rentas departamentales y de registro de cámara de comercio y, 2. La renuncia al derecho de preferencia para ese caso particular, con el propósito de que Capicredito y Mecánica de la Peña, pudieran ingresar como accionistas sin ninguna dificultad, evitando que algún accionista pudiera ejercer el derecho de preferencia. Explicó que era importantísimo establecer el valor a capitalizar en dos sentidos, tanto el monto capitalizable como el valor de la acción, ya que había dos valores a los cuales se podían acoger los acreedores, uno era el valor intrínseco a 31 de diciembre del año 2005, que era de \$1.239 por acción, o el valor intrínseco a octubre de 2006 que era de \$1.241 por acción. Preciso que a partir del 6 de octubre comenzó a regir el término de 04 meses para celebrar el acuerdo de restructuración, lo cual ocurrió el 06 de febrero de 2007.

“Frente a la pregunta de cuál fue la razón para escoger el valor de acción a \$1.239 a 31 de diciembre de 2005, explicó que en la reunión de la asamblea extraordinaria de accionistas de diciembre de 2006 cuando estos se enteraron y aprobaron, cualquiera de las dos cifras se podía aceptar, aspecto que debía ser negociado por los acreedores, o sea negociado en el acuerdo. Se escogió el valor de \$1.239 por acción porque esto representaba más acciones para los acreedores, “...pero quien determinó el valor al cual se iba a capitalizar las acreencias fueron los acreedores en el acuerdo de restructuración...”, obviamente, si el valor intrínseco subía o bajaba, beneficiaba o perjudicaba a los acreedores que iban a capitalizar, y como ellos fueron los que aprobaron el acuerdo escogieron el menor valor que les daban más acciones.

“Dijo recordar que en el reglamento de colocación de acciones se había realizado la precisión de que el valor a capitalizar para determinar el número de acciones se dividiría por \$1.239 por acción.

“En cuanto a la revalorización del patrimonio, adujo que esta fue una propuesta de la administración de Generar, lo cual consta en el acta de la reunión de diciembre de 2006, aumentando el capital a \$70.000.000.000, con el fin de solemnizar la capitalización de la cuenta de revalorización de patrimonio y la capitalización de acreencias, todo conforme lo indicado por la Ley 550, pues requería estar plasmado en el acuerdo. Aduce que esta fue la razón por la cual, en el texto del acuerdo, los acreedores tenían dos opciones, capitalizar acreencias manifestando expresamente mediante comunicación dirigida antes del 28 de febrero de 2007 al comité de vigilancia, la aceptación a la

capitalización. De guardar silencio, se entendía que aceptaban el pago en dinero en el tiempo y bajo las condiciones establecidas en el acuerdo.

“Como Promotor que participó en la asamblea extraordinaria, su intervención fue importante para brindar claridad sobre como operaba la ley, que efectos y beneficios tenía la capitalización en virtud del acuerdo etc. Por ello, la asamblea se concretó al análisis de esos puntos de los cuales él fue explícito. El doctor Gabriel Jaime Ortega, en representación de varios accionistas, tenía varias inquietudes concernientes a: 1. Cuánto sería lo que capitalizaría Mecánica de la Peña y Capicredito, 2. A cuánto ascendía la cuenta de revalorización del patrimonio que estaba siendo sometida a la aprobación de los accionistas para su capitalización. Sus inquietudes fueron despejadas, indicando porque se hacía el aumento de capital autorizado y cuáles eran las acreencias o cuentas objeto de capitalización. Y respecto de los accionistas, la cuenta de revalorización del patrimonio era como de 17 mil y pico millones, y la cuenta de los dos principales acreedores, Capicredito y Mecánica de la Peña, una de 3.000 y pico millones y la otra de 1.000 y pico millones. De esa reunión salió como responsable de redactar un acuerdo de restructuración, donde se debían incluir tres puntos: el aumento de capital autorizado a \$70.000.000.000, la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio y la opción y reglamento de capitalización de acreencias a \$1.239 por acción.

“En esa reunión explicó que la cuenta de revalorización del patrimonio era el reflejo de la inflación y podía ser capitalizada para que los accionistas recibieran acciones que le correspondieran en virtud de la capitalización, destacando el beneficio fiscal que establecía la Ley 550 cuando todo se hacía en el acuerdo de restructuración por considerarlo como un acto sin cuantía. La capitalización de la cuenta de revalorización la aprobaban los accionistas, bien fuera con una aprobación previa como sucedió en este caso en la asamblea de accionistas, o votando el acuerdo como acreedores internos. Fue la administración de generar la que llevó a la asamblea de accionistas la proposición de aumentar el capital autorizado a \$70.000.000.000 y capitalizar la cuenta de revaloración, porque quería tener claridad y que ellos la tuvieran, ya que ellos se iban a beneficiar con esta capitalización, la cuenta de la capitalización de acreencias también se tiene que incluir en el acuerdo aprobado por la mayoría de los votos, y eso beneficiaba a los acreedores, lo cual se llevó a la asamblea de accionistas, pues como acreedores internos tenían derecho al veto, y en el acta quedó, expresamente, que los accionistas como acreedores internos renunciaban a ejercer el derecho al veto de la capitalización y a ejercer el derecho de preferencia.

“De la anterior manera quedó abierto el camino para que los acreedores en el acuerdo de restructuración si a bien lo consideraban

aprobaran la capitalización o no, ***“...pero para mí y así lo entendía y lo entiendo, la cuenta de revalorización del patrimonio como beneficiaba a los accionistas era un mandato incluirla en el acuerdo mismo. Fíjese y verá que hay una diferencia entre la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio y la capitalización de acreencias, pues esta última los acreedores que deseaban capitalizar lo tenían que manifestar expresamente por escrito antes del 28 de febrero de 2007, en cambio la cuenta de revalorización del patrimonio como ya había sido aprobada por la asamblea de accionistas lo único que yo hice como promotor, fue incluirla como parte del acuerdo para que gozara de todos los beneficios...”*** (negrillas fuera de original).

“Frente a la pregunta concerniente a, cuál fue la razón para que en el texto del acuerdo de restructuración se hubiese plasmado que las acciones para capitalizar la revalorización del patrimonio serían entregadas a quienes fueran accionistas, inscritos el 05 de febrero de 2007, víspera de la firma del acuerdo, excluyendo a los acreedores que serían accionistas solo con posterioridad cuando optaron por capitalizar su acreencia, respondió que la revalorización del patrimonio no favoreció a los acreedores que capitalizaron, ya que en las negociaciones entre acreedores internos y externos recordaba como el presidente de Integral que era el doctor Luis Fernando Sierra, ***“...siempre manifestaba que los accionistas de Generar habían sufrido mucho y habían aguantado mucho con la puesta en marcha de la compañía, y que por lo tanto (sic) ello (sic) al capitalizar la cuenta de la revalorización deberían beneficiarse. Para mí fundamentalmente esa fue la razón...”*** Sin embargo, frente a pregunta posterior, sobre la razón para emitir esta respuesta, explicó que en conversación previa con el doctor Luis Fernando, cuando se analizó la cuenta de la revalorización del patrimonio, este fue un argumento que escuché de él, pero no fue porque tuviera autoridad ya, que se debía obrar en el contexto de la Ley 550 (cfr. fl. 47 C.04).

“El Testigo respondió frente a la pregunta a qué órgano social o personas competía para ese momento la determinación de quienes serían los accionistas beneficiarios para la capitalización de la cuenta de la revalorización del patrimonio, respondiendo que, a los acreedores tanto internos como externos, mediante votación mayoritaria en el acuerdo mismo, por esta razón ***“los acreedores pudieron haber firmado un acuerdo en que se excluyera la capitalización de la revalorización del patrimonio, o no se hubiera dado la opción para que los acreedores capitalizaran sus acreencias...”***”

“De cara a la pregunta, de si en la asamblea extraordinaria del 11 de diciembre de 2006, se había aludido a que la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio beneficiaría a los accionistas inscritos en el libro de accionistas de la compañía al 05 de febrero de

2007, respondió literalmente: “...**no, en ninguna parte se hace referencia a esa fecha.** Hay un tema que es bien interesante ahí para tener en cuenta, bajo el contexto de cómo sucedieron los hechos. En la fecha en que se celebró la reunión 11 de diciembre de 2006, todavía no había un texto definitivo aprobado, había unas conversaciones preliminares con los acreedores principales que eran MECÁNICA DE LA PEÑA Y PROYECTOS NUCLEO Y CONSTRUCCIONES de la posibilidad de capitalizar, pero no se había determinado ni el precio, ni la fecha de corte, y así lo expresé yo en la reunión de la asamblea, cuando expresé que había intención de capitalizar acreencias. Fue en esa reunión de asamblea bajo la proposición presentada por la administración de GENERAR se habló o incluyó por primera vez el tema de la capitalización de la cuenta de la revalorización del patrimonio, obviamente porque pues esa cuenta era legalmente capitalizable y **porque quienes trajinamos en el tema de derecho societario y concursal, sabemos que cuando terceros acreedores capitalizan acreencias y no lo hacen, los accionistas estos salen diluidos, pero en el acta no aparece, porque vuelvo y repito, eso eran decisiones que quedaban para ser incluidas en el acuerdo**” (negritas fuera de original, véase folios 45 a 49 C-04).

“En cuanto a pregunta formulada sobre las inconformidades del doctor Gabriel Jaime Ortega, por el incumplimiento del compromiso pactado, por el favorecimiento en la capitalización de la revalorización del patrimonio a favor de los accionistas de Generar con exclusión de los acreedores, respondió que, el referido caballero no presentó inconformidad en la asamblea en lo concerniente a que esto se constituía en una pérdida inexplicable del patrimonio de los acreedores. Además, el día en que se firmó el acuerdo no hizo salvedad, leyó el acuerdo y no le preguntó nada. Dijo que a los días lo llamó para que le brindara una explicación sobre la diferencia en la redacción en el texto que él le había mandado a cada uno de los acreedores por correo electrónico días antes, con el texto que fuera finalmente suscrito por él y los demás acreedores. Al respecto, explicó: “Yo recuerdo que le hice dos observaciones: Gabriel Jaime, **el texto del acuerdo que le envíe, no era el definitivo, era el último que yo había redactado.** Cual fue la variación, que **en ese texto yo no había incluido el aparte de la capitalización de la cuenta de revalorización porque (sic) admito había sido un error mío, porque yo incluí el aparte de la revalorización del patrimonio (sic) porque la Dra. Gloria Elena Álvarez que era la gerente de Generar a quien le mande el mismos e-mail que a los acreedores, me hizo la observación de que no había incluido en el texto del acuerdo la parte de la capitalización de la revalorización del patrimonio que había aprobado la asamblea de accionistas,** ahora bien lo que manifiesta el dr. ortega es una manifestación de él, que él considera que hubo detrimento de los acreedores, ya he explicado que en el acuerdo había dos capitalizaciones (sic) la que beneficiaba a los acreedores internos o accionistas correspondientes a la capitalización

del patrimonio y la que se constituía en una forma de pago en favor de los acreedores que era capitalización de acreencias...”.

El Testigo también narró que era posible superar la diferencia entre uno y otro texto a través de una simple comparación entre lo decidido en el acta de asamblea de accionistas con el borrador del último acuerdo tal como lo hizo la dra. Elena Álvarez. Recuerda que el dr. Gabriel Jaime Ortega leyó el texto del acuerdo en compañía del dr. Jorge Barreneche, y luego procedieron a suscribirlo sin ninguna observación. De presentarse alguna, era su deber llamar a los demás acreedores que hubieran firmado para plantearles los puntos de la reforma. Pero nadie observó nada, la gente llegó firmó y se fue. Le pareció extraño que siendo el dr. Gabriel Jaime Ortega, una persona acuciosa, inteligente y diligente le hubiera hecho ese reclamo porque él no es de los que firma sin leer.

“En forma posterior le explicó al dr. Ortega, que la diferencia entre el borrador que le remitió y el que él firmó, obedeció a un error exclusivamente de él, o sea, del promotor, y que no se había incluido en el acuerdo la capitalización de acciones. Destacó que el acuerdo de restructuración no fue impugnado por medio de los mecanismos establecidos en la Ley 550 del 99 (véase folios 36 a 44 C.04)

“Al preguntársele sobre el hecho de si, una vez advertida la omisión de incluir en el acuerdo de restructuración la parte alusiva a la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio había informado de ello al señor Gabriel Jaime Ortega, respondió que no; pues lo que hizo, fue corregirlo, y hacer referencia a la decisión de la junta de accionistas de Generar, y por ello “...no le comuniqué eso ni al doctor Gabriel Jaime ni a ningún otro acreedor, simplemente hice la corrección del texto...”. Mas luego cuando se le pregunta si al momento de la firma del acuerdo de restructuración hizo alguna advertencia sobre este aspecto textualmente indicó: **“...no, simplemente como dije en la declaración pasada, había un original que firmaban los acreedores y varias copias con el mismo texto que apenas se iban presentando quienes iban a firmar, lo leyeran y si consideraban pertinente hicieran observaciones y los firmaran, pero a ninguno le advertí. Lo único que les decía era que era el texto definitivo que contiene lo que se habló en la junta de accionistas y ahí está contemplado todo...”** (negritas del texto y subrayas intencionales).

8. La anterior transcripción, tomada textualmente de la providencia recurrida, solo permite concluir que el a quo no podía

dejar al margen que aspecto esencial de la responsabilidad civil extra contractual, sea suplicada en la culpa probada o en la presunta, es que el hecho de un tercero⁹ “reclamada esta puede operar como eximente de responsabilidad, cuando *“aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado”* (se subraya), al punto que *si “no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad”*⁹. Es que curiosamente en la sentencia que ahora se revisa dijo:

“Se confirma en el caso presente, la configuración de una conducta culposa al momento de la celebración del acuerdo de reestructuración empresarial de Generar S.A. ESP, porque, intempestivamente, sin respeto por el deber de información y lealtad contractual, se incluyó una cláusula sobre distribución de las acciones autorizadas entre accionistas de la compañía con cierre al 5 de febrero de 2006, excluyendo al acreedor Capicrédito S.A. en Liquidación.

“Así, una persona puesta en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se encontraba el Promotor de la reorganización empresarial de Generar S.A. ESP, entre los días 30 de enero y 6 de febrero de 2007, respetuoso del principio de la buena fe, habría informado a los Acreedores de la modificación realizada al Acuerdo de Reestructuración, en la cláusula mencionada en el párrafo anterior, con tiempo suficiente para que tuvieran la oportunidad de discernir y analizar sus alcances, en procura de que determinaran libre y autónomamente, si estaban o no de acuerdo con ella, decidiendo en consecuencia a su libre auto-determinación y libertad contractual.

“Como lo anterior no ocurrió, ciertamente, la conducta del Promotor del Acuerdo de reestructuración, modificando las condiciones del acuerdo, se desvió del curso adecuado de acción a seguir, incurriendo por esta razón, en la culpa contractual que se le atribuye a la demandada

⁹ SC4204-2021 Radicación n.º 05001-31-03-003-2004-00273-02

⁹ CSJ, SC del 25 de noviembre de 1943, G.J. t. LVI, pág. 299.

Generar S.A ESP, sobre quien recaía el deber u obligación de cancelar la acreencia”

9. Luego, como lo manifestó la parte demandada al sustentar la apelación, el juez fundamentó la culpa contractual de Generar S.A. E.S.P. en una serie de conductas del promotor en la etapa de formación de los actos jurídicos, lo que no es procedente. La culpa de ese tercero no puede trasladarse a la accionada, para deducir incumplimiento del contrato, culpa precontractual del promotor Dr. Álvaro Isaza, no comprometía la responsabilidad contractual de Generar S.A. E.S.P., porque el promotor, como amigable componedor y mandatario de todas las partes en un proceso de reestructuración (Ley 550 de 1999) es un tercero por el cual la demandada no está llamada a responder.

La Supersociedades en Oficio 100-25179 de abril de 2000 había indicado *“La empresa que recurre a los acuerdos de reestructuración previstos en la ley 550 de 1999 conserva sus órganos de administración y de representación legal durante su negociación, razón por la cual no podría actuar simultáneamente como promotor del acuerdo de reestructuración de la persona jurídica a la que representa, pues no es coadministrador, ni reemplaza jurídicamente a ninguna de las partes involucradas en el acuerdo. Sin embargo, hay que precisar que el promotor es simplemente un mediador informado que promueve un arreglo y propone a los interesados fórmulas para la definición de sus controversias, lo cual no impide que eventualmente pueda representarla legalmente una vez que finalice sus funciones como promotor”.*

10. No sobra recordar que Jorge Alberto Barreneche Sánchez, para la época representante legal de otra acreedora Mecánica de la Peña Ltda., quien llegó al proceso de reorganización como Acreedor de Generar S.A. ESP, también puso de presente la relaciones de varias reuniones en el que no se mencionó el tema, por lo que al momento de suscribir el acuerdo de reorganización lo hicieron con plena confianza, *“suponiendo que era el mismo documento que les habían mostrado debido a la calidad de persona que era el Dr. Álvaro Isaza, referente en derecho comercial en la región y autor incluso de varios textos. El 06 de febrero de 2007 firmaron el acuerdo y se fue convencido del buen negocio que habían hecho”* pero en la noche al revisar la página web bajó copia del acuerdo y, con sorpresa identificó que la pagina 25 había sido cambiada”. Dijo el juez sobre su versión que:

“La confianza que indicó el testigo tenía con el Dr. Álvaro Isaza, era absoluta, ya que habían sido compañeros en el proceso de la Ley 550 relativo a la empresa Mora Hermanos Comercial S.A.; luego, lo encontró en la UPB dictando clase, universidad en la cual, él también lo hacía, y es autor de varios libros en materia comercial; además, afirmó que, si hubiera advertido el cambio en el momento de la firma tampoco se hubiera dado cuenta de las implicaciones que esto tenía, debido a que ello requiere un análisis bastante extensivo con tablas de excel, cifras imposibles de manejar incluso para un experto sin las herramientas y el tiempo adecuado.

No presentó reclamaciones civiles, pero sí una penal que no salió avante por la complejidad del caso, así como una queja ante la Superintendencia de Sociedades, quien le remitió respuesta para el 3 de julio de 2007, indicándole al respecto: *“Lo anterior quiere decir, que usted suscribió el documento por error fortuito, o porque el mismo fue producido por dolo, esto es...una especie de artificio de que alguien se sirve para engañar a otro, tanto el error como el dolo son vicios del consentimiento que afectan la validez de los actos jurídicos”*.

Frente a pregunta del apoderado de la parte Actora, expuso que la Asamblea General de Accionistas, no había sido citada en el año 2006, para efectos a aprobar la capitalización de la revalorización del

patrimonio a favor de los accionistas que estuvieran inscritos en dicha sociedad al 5 de febrero de 2007.

En su declaración, precisó que su relato concernía a las relaciones contractuales con Mecánica de la Peña Ltda. y Generar S.A. ESP, dijo que estuvo presente en las reuniones de los Acreedores, a la cual también concurría el Representante de Capicrédito, manifiesta que no tuvo conocimiento de primera mano acerca de cómo fue su desarrollo (Folio 6 a 13, y fls. 18 a 136, prueba documental C-02)”

11. Lo hasta aquí expuesto confirma que los perjuicios reclamados por la actora tienen origen en el comportamiento exclusivo del promotor del acuerdo al adicionar en el texto definitivo del acuerdo empresarial firmado por los acreedores sin salvedad alguna, el acápite “CUARTA PARTE CAPITALIZACIÓN DE LA FREVALORIZACION DEL PATRIMONIO” y no por actuar culposo o doloso de la sociedad accionada”.

En conclusión, se revocará la sentencia apelada, para en su lugar negar las pretensiones de la demandada por ausencia de nexo causal, lo anterior hace innecesario el análisis de la impugnación de la parte actora, en tanto no se acredita responsabilidad contractual de la persona moral convocada. Dado el resultado del recurso, costas en ambas instancias a cargo de la demandante.

V. DECISION

En mérito de lo expuesto el **Tribunal Superior de Medellín en Sala Cuarta Civil de Decisión**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley **REVOCA** la sentencia del 30 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Oralidad de Medellín en el

proceso ordinario adelantado por Inversiones Ángel Posada (antes Capicrédito S.A. en Liquidación) en contra de Celsia S.A. E.S.P. (antes de Generar S.A. E.S.P.), y en su lugar, por ausencia de nexo causal **NIEGA** las pretensiones de la demanda. Costas en ambas instancias a cargo de la actora.

Proyecto discutido y aprobado en acta 17 y sesión 54 del presente mes.

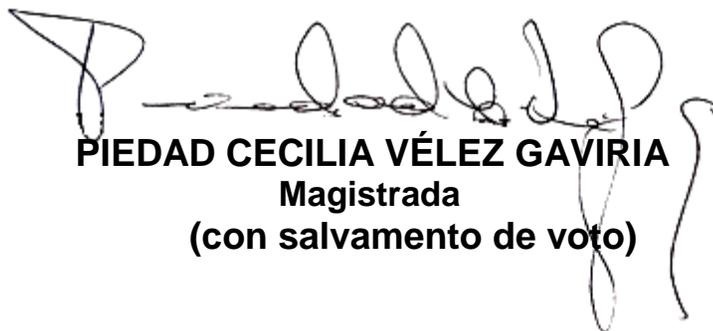
NOTIFIQUESE



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado



JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada
(con salvamento de voto)



**Al servicio de la justicia y de la paz social”
MAGISTRADA: PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA**

Procedimiento: Ordinario

Demandante: Inversiones Ángel Posada S.A.S. (antes Capicrédito S.A. en liquidación)

Demandado: Celsia S.A. E.S.P. (antes Generar S.A. E.S.P.)

Radicado Único Nacional: 05001 31 03 003 2009 00398 01

Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Sosa Londoño

Asunto: Salvamento de voto

Medellín, Diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Con el acostumbrado respeto que he profesado a los demás integrantes de la Sala procedo a salvar mi voto, porque considero que el análisis y decisión del asunto sobre la base de la ausencia de nexos causal, es equivocada, por las razones que paso a exponer.

La parte demandante pretende, en esencia, que se declare el incumplimiento de un acuerdo de pago en relación con una obligación surgida de un Laudo Arbitral de condena a favor de NUCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., crédito cedido por esta a Capicrédito S.A. en Liquidación, en el que Generar S.A. E.S.P., hoy Celsia S.A., se comprometió a pagarle la suma de \$3.089.791.820.00, con acciones liberadas de la misma sociedad (Celsia). Acciones que serían suscritas y pagadas a razón de \$1.239 cada una, valor intrínseco a 31 de diciembre de 2005. Pidió también condena en pago de perjuicios.

En sustento de dichas súplicas expuso que ese acuerdo se gestó al interior del trámite de reorganización empresarial al que fue admitida la pasiva, donde se pactó que el crédito a favor de la demandante, derivado de la condena impuesta a Generar S.A. E.S.P., hoy Celsia S.A. E.S.P. mediante laudo arbitral, sería satisfecho mediante la capitalización de la acreencia. Aseveró que la parte demandada incumplió lo convenido, comoquiera que terminó suscribiéndole acciones con un valor intrínseco inferior al pactado, lo que se produjo como consecuencia de incluir, en el acuerdo de reorganización, la capitalización de la revaloración del patrimonio en favor de los accionistas preexistentes, factor este último totalmente ajeno a los componentes del acuerdo de capitalización de la acreencia de la aquí demandante según se había aprobado previo a la documentación final.

Pues bien, lo primero que debe abordarse es cómo se calcula el “valor intrínseco de una acción”. La fórmula general es dividir el monto del patrimonio (capital suscrito, utilidades de ejercicios anteriores, reservas) por el número de acciones en circulación (las suscritas menos las eventuales “readquiridas”), y el resultado es el valor intrínseco que tendría la acción. Significa lo anterior que a mayor monto del patrimonio (dividendo) y menor número de acciones en circulación (divisor), el valor intrínseco se eleva, pero si este elemento divisor aumenta su número, el valor intrínseco decaerá. Y en este punto es donde precisamente reside la inconformidad de la parte actora, porque para la fecha en que se acordaron los términos de capitalización de su acreencia, el número de acciones en circulación era sustancialmente inferior al que se presentaba para el día 7 de febrero de 2007, pues en esta última fecha ya entraron en juego un considerable número de acciones emitidas para

capitalizar la “revalorización del patrimonio” a favor de los accionistas históricos o preexistentes de la sociedad aquí demandada. Es decir, en la práctica, la demandante terminó suscribiendo un número de acciones que al multiplicarse por el nuevo valor intrínseco daba una suma muy inferior al monto convenido.

Téngase en cuenta que la decisión de capitalizar la “revalorización del patrimonio”, tuvo que ser un acto privativo de la asamblea general de accionistas de la sociedad demandada, en lo cual ninguna injerencia tuvo la sociedad aquí demandante, tal como consta en la denominada CUARTA PARTE del Acuerdo de Reestructuración que finalmente quedó documentado y se incluyó en el mismo por razones de ahorro fiscal (impuestos).

Ahora bien, al tenor del artículo 864 del C. de Co. “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, ...”, no se discute entonces que en el presente caso preexistió un acuerdo de voluntades mediante el cual se buscó la extinción de la obligación originada en el Laudo de condena que previamente existía en cabeza de la demandada y a favor de la demandante. Y así resulta ser porque esa obligación, que halla venero en un laudo arbitral, fue incluida en un acuerdo de reestructuración empresarial, que es, por definición del artículo 5 de la ley 550 de 1999 «la convención que, en los términos de la presente ley, se celebre a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias...» (negrita extra texto). En tal sentido, es razonable entender, como lo sugiere la parte demandante, que la

negociación que fue desatendida por la demandada es una dación en pago «que se trata de un modo o mecanismo autónomo y, de suyo, independiente de extinguir las obligaciones (negocio solutorio), en virtud del cual el solvens, previo acuerdo con el accipiens, le entrega a éste un bien diferente para solucionar la obligación», ha reiterado la jurisprudencia.¹⁰

Conforme al artículo 24 del Acuerdo de reestructuración -que guarda correspondencia con lo previamente convenido- la demandante decidió capitalizar sus acreencias, es decir, recibir en lugar del dinero adeudado, acciones ordinarias de la sociedad demandada, al valor intrínseco de cada acción para el 31 de diciembre de 2005. Sin embargo esto último termina siendo desconocido por virtud de la “revalorización de activos” en favor de los socios históricos. Siendo así, y si de cara a la jurisprudencia antes esbozada cabría reputar que el negocio en comento atañe a una dación en pago, la labor que tendría que abordar la Sala debería partir de examinar si la parte demandante aceptó los términos con los que finalmente apareció documentado el acuerdo de pago, por virtud de la llamada “revalorización de activos” que de suyo implicaba un valor intrínseco sustancialmente inferior, o, en otras palabras, cómo habría de pagársele la condena impuesta a su favor mediante laudo arbitral, pues no se olvide que «la dación en pago no es contrato bilateral, toda vez que el acreedor no adquiere, en virtud de su realización, ninguna obligación, sino que, **simplemente, acepta que la satisfacción de una prestación a su favor, se verifique con un objeto distinto al inicialmente acordado**²». Y ello es de importancia toral porque si la parte demandada no honró la dación en pago, en la forma que realmente fue

¹⁰ 1 Cfr. SC 3366 de 2019

² Cfr. Ibid.

aceptada, lo que realmente subsistiría es la obligación primigenia, pues la dación en pago no es novación ni permuta, como de vieja data lo ha explicado la jurisprudencia.

En ese orden, lo importante es dilucidar si la demandante aceptó la forma de pago que se materializó en el acuerdo de reestructuración y puntualmente al incluirse lo que se denominó “Cuarta parte”, lo que supone, como lo hizo el juez de primer grado, adentrarse en el análisis de la manifestación de voluntad de la demandante, más allá de cuantificar si el valor de las acciones coincide con el de lo adeudado, como quiera cuando se entrega al acreedor un «bien diferente para solucionar la obligación...para los efectos extintivos aludidos, [no] interese si dicha cosa es de igual o mayor valor de la debida, pues una y otra se deben mirar como equivalentes ³».

Debo además anotar mi desacuerdo con el argumento de que falta nexo causal, pues este elemento de la responsabilidad se refiere es a la relación entre el daño cuyo resarcimiento se pide y el incumplimiento del convenio, que en este evento sin lugar a dudas existe. Cosa distinta es si el incumplimiento se dio o no por culpa de la deudora demandada, advirtiéndose que, aunque el promotor no es el representante legal de la sociedad, por virtud del acuerdo de reestructuración realiza actos de gestión que la comprometen. No se olvide que un acuerdo de reestructuración busca que la empresa pueda seguir operando, y en estos temas la vocería de la empresa la tiene precisamente el promotor.

Fuera de lo anterior, fundamental es la circunstancia de que fue la asamblea general de accionistas de la sociedad demandada la que aprobó la capitalización de la “revalorización del patrimonio” a favor de los accionistas históricos, hecho que fue medular para el perjuicio

económico sufrido por la aquí demandante, y por lo tanto al ser un acto aprobado por el máximo órgano social, compromete necesariamente a la compañía accionada.

En los anteriores términos dejo consignado mi salvamento.



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
MAGISTRADA
