



Superintendencia
de Sociedades

SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

Carlos Hakim Daccach

contra

Gyptec S.A.

Asunto

Artículo 24 del Código General del Proceso

Artículo 137 de la Ley 446 de 1998

Trámite

Proceso verbal sumario

I. ANTECEDENTES

El proceso iniciado por Carlos Hakim Daccach en contra de Gyptec S.A. surtió el curso descrito a continuación:

1. El 31 de octubre de 2012, mediante Auto No. 801-015216, este Despacho admitió la demanda presentada por Carlos Hakim Daccach en contra de Gyptec S.A. En esta misma fecha, el Despacho emitió el Auto No. 801-015217, por cuya virtud se fijó una caución como condición previa para el decreto y práctica de medidas cautelares.
2. El 20 de noviembre de 2012, el demandante prestó la caución fijada por el Despacho, mediante consignación efectuada en la cuenta de depósitos judiciales de la Superintendencia de Sociedades.
3. El 23 de noviembre de 2012, mediante Auto No. 801-016354, el Despacho decretó la suspensión de la escisión parcial aprobada por la asamblea general de accionistas de la compañía demandada.
4. El 28 de noviembre de 2012, una vez ejecutoriado el Auto No. 801-016354, la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria le envió un citatorio electrónico de notificación al representante legal de Gyptec S.A.
5. El 6 de diciembre de 2012, luego de constatarse que el representante legal de Gyptec S.A. no se había notificado aún del auto admisorio de la demanda, la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria preparó el aviso de notificación a que alude el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil y lo puso a órdenes del demandante.
6. El 21 de diciembre de 2012, la apoderada de Carlos Hakim le solicitó al Despacho que remitiera el aviso por medios electrónicos. Esta Superintendencia le envió el aviso electrónico al representante legal de Gyptec S.A. el 26 de diciembre de 2012.
7. El 4 de enero de 2013, Gyptec S.A. contestó la demanda y formuló excepciones de mérito.
8. El 16 de enero de 2013, mediante Auto No. 801-000514 el Despacho citó a las partes para el 25 de enero de 2013, a fin de llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil.

9. Por efecto de una solicitud presentada ante el Despacho, se cambió la fecha de la audiencia referida para el 29 de enero de 2013. Durante la audiencia celebrada en esta última fecha se cumplieron las diferentes etapas procesales, hasta el decreto de pruebas.
10. Una vez agotada la práctica de las pruebas ordenadas por el Despacho, se citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión el 15 de febrero de 2013. Los apoderados de cada una de las partes formularon tales alegatos en debida forma.
11. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. PRETENSIONES

La demanda presentada por Carlos Hakim contiene las pretensiones que se presentan a continuación:

Principales

1. 'Que se declare que la decisión de escindir la sociedad Gyptec S.A. para formar la sociedad Gyptec Inmuebles S.A.S. que consta en el acta 17 de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. es nula absolutamente.
2. 'Que se declare que la decisión de escindir la sociedad Gyptec S.A. para formar la sociedad Gyptec Inmuebles S.A.S. que consta en el acta 17 de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. es nula absolutamente por no haber sido aprobada por unanimidad, en los términos del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008.
3. 'Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta, se declare que la decisión de escindir la sociedad Gyptec S.A. para formar la sociedad Gyptec Inmuebles S.A.S. no produjo efectos.
4. 'Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta, se ordene a Gyptec S.A. y a sus administradores realizar todos los actos necesarios para retrotraer cualquier acto realizado con fundamento en el acta 17.
5. 'Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta, se ordene la cancelación de la inscripción del acta 17 de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. en el registro mercantil, en el evento en que se haya practicado.
6. 'Que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho'.

Subsidiarias:

1. 'Que se declare el reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea extraordinaria de accionistas de la sociedad Gyptec S.A. celebrada el 24 de septiembre de 2012.
2. 'Que se declare el reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea extraordinaria de accionistas de la sociedad Gyptec S.A. celebrada el 24 de septiembre de 2012 por ser contrarias a la ley al no contener las especificaciones establecidas en el artículo 4 de la Ley 222 de 1995 en el proyecto de escisión.
3. 'Que se declare el reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea extraordinaria de accionistas de la sociedad Gyptec S.A. celebrada el 24 de septiembre de 2012 por no haberse realizado la convocatoria al señor Carlos

- HakimDaccach en su domicilio, de acuerdo con lo establecido en la ley y los estatutos.
4. 'Que como consecuencia delreconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia, se declare que tales decisiones no produjeron efecto alguno.
 5. 'Que como consecuencia del reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia, se ordene a Gyptec S.A. y a sus administradores realizar todos los actos necesarios para retrotraer cualquier acto realizado con fundamento en el acta 17.
 6. 'Que como consecuencia del reconocimiento de la existencia de los presupuestos de ineficacia, se ordene la cancelación de la inscripción del acta 17 de la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A. en el registro mercantil, en el evento en que se haya practicado.
 7. 'Que se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho'.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda presentada ante este Despacho está orientada, principalmente, a que se declare la nulidad absoluta de una decisión adoptada por la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A., durante la reunión extraordinaria celebrada el 24 de septiembre de 2012. Según la información consignada en el Acta no. 17, correspondiente a la aludida sesión del máximo órgano social, la decisión controvertida consistió en escindir parcialmente a Gyptec S.A., a fin de destinar un bloque de su patrimonio a la creación de una sociedad denominada Gyptec Inmuebles S.A.S.(vid. Folios 50 y siguientes). Bajo los términos del proyecto presentado ante la asamblea de Gyptec S.A., una vez completada la escisión, todos los accionistas de esta compañía, incluido el demandante, Carlos Hakim, recibirían acciones en Gyptec Inmuebles S.A.S. Por lo demás, en el Acta no. 17 se señala que la decisión controvertida fue aprobada 'por mayoría de las acciones representadas por los accionistas Arkata Investments Inc., Ukiah International Corp., Jorge HakimTawil y Alejandro HakimTawil, que corresponden al 99,998% de las acciones representadas [...] con el voto negativo de la apoderada del señor Carlos Hakim, que corresponde al 0,001883% de las acciones representadas [...]' (vid. Folio 24).

La pretensión principal del demandante encuentra fundamento en la presunta violación de la regla contemplada en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008. Según se expresa en la demanda, la escisión parcial antes descrita tendría como consecuencia la participación de Carlos Hakim en una sociedad por acciones simplificada de nueva creación, Gyptec Inmuebles S.A.S. Por este motivo, en criterio del demandante, la escisión debió aprobarse mediante el voto favorable de la totalidad de los accionistas de Gyptec S.A., en lugar de hacerse por mayoría, como en efecto ocurrió. Por su parte, el apoderado de la sociedad demandada considera que el negocio jurídico controvertido no encaja dentro de la hipótesis fáctica regulada en el parágrafo del citado artículo 31. Ello se debe, según lo afirmado tanto en la contestación de la demanda como en los respectivos alegatos de conclusión, a que la escisión parcial aprobada por la asamblea de Gyptec S.A. no da lugar a un tránsito hacia el tipo de la SAS, condición indispensable para exigir el voto unánime de los accionistas de la escidente.

Para dirimir la controversia suscitada entre las partes, es preciso estudiar el alcance de la regla contenida en el artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, a fin de establecer si el requisito de unanimidad allí contenido le resultaba aplicable a la escisión parcial de Gyptec S.A. En este orden de ideas, debe recordarse que el Despacho ya realizó un examen preliminar de los asuntos mencionados, según consta en el Auto No. 801-016354 del 23 de noviembre de 2012, mediante el cual se decretó

una medida cautelar en este proceso. En la providencia aludida se formulan diversas consideraciones acerca de la aplicación del requisito de unanimidad cuando se propone el tránsito hacia una SAS.¹A continuación se presentan algunos extractos de la providencia en cuestión, con el propósito de ilustrar a las partes acerca de los elementos de juicio que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el conflicto objeto del presente análisis.

En el Auto No. 801-016354 este Despacho consultó diversas fuentes, incluidos los antecedentes legislativos del proyecto que dio lugar a la Ley 1258, para resaltarla importancia del requisito de unanimidad a que se ha hecho referencia. El mencionado estudio permitió establecer que uno de los objetivos principales del artículo 31 consiste en evitar que un sujeto pueda adquirir la calidad de accionista en una SAS, sin haber manifestado para el efecto su consentimiento expreso. Según se anota en el auto en mención, 'la libertad dispositiva que la Ley 1258 les confirió a los accionistas de este nuevo tipo societario es, quizás, la principal justificación del requisito de unanimidad previsto en el citado artículo 31. Sólo mediante la aplicación de este requisito puede asegurarse que los accionistas de una SAS cuenten con la oportunidad previa de negociar las reglas que habrán de regir tanto sus relaciones como la actividad de la sociedad. Es decir que, si el flexible régimen de la SAS se basa en la discreción de los accionistas para diseñar las reglas que mejor se ajusten a sus necesidades, es apenas obvio que tales sujetos deben contar con la posibilidad de concertar tales reglas'. Los anteriores argumentos adquieren aún más fuerza si se considera que, en los términos del auto citado, 'las normas que rigen esta forma asociativa permiten la creación de causales estatutarias para la exclusión de accionistas, la restricción absoluta para enajenar acciones por un período determinado, la fijación de porcentajes máximos y mínimos del capital social bajo el control de un accionista, la realización de procesos de fusión o escisión con contraprestaciones de distinta naturaleza y la emisión de acciones con toda clase de prerrogativas'.

En el Auto No. 801-016354 también se presentan algunas consideraciones respecto del alcance del párrafo del artículo 31 de la Ley 1258. La regla allí contenida extiende el ámbito de aplicación del requisito de unanimidad examinado, de modo que también deba exigirse cuando se proponga el tránsito hacia una SAS mediante negocios jurídicos diferentes de la transformación. 'Es claro que el objetivo [de esta disposición] [es] conferirle mayor entidad jurídica al mecanismo de protección analizado [...]. De no contarse con el párrafo del artículo 31, podrían usarse negocios jurídicos tales como fusiones y escisiones para eludir la restricción a que se ha hecho referencia. Así, mediante la simple aplicación de la ley de las mayorías, una persona podría convertirse en accionista de una SAS, sin haber contado con la oportunidad de concertar las pautas que regirán sus relaciones con los demás asociados. Por este motivo, la regla del párrafo del artículo 31 es un elemento fundamental dentro del régimen de protección previsto para la SAS en la Ley 1258 de 2008'.²Así las cosas, parece suficientemente claro que el requisito de unanimidad

¹ En vista de que los hechos del presente caso están relacionados exclusivamente con la escisión parcial de una sociedad anónima, el Despacho no analizará la otra hipótesis prevista en el artículo 31 de la Ley 1258, es decir, la migración de una SAS hacia uno de los tipos regulados en el Código de Comercio.

² En este sentido, puede consultarse la opinión de Reyes Villamizar, para quien, 'la salvaguardia principal que en la SAS se ha previsto para garantizar la iniciativa privada radica esencialmente en el carácter estrictamente voluntario de la vinculación de sus accionistas. En efecto, la Ley 1258 de 2008 impide el tránsito hacia la SAS, a menos que se manifiesta la voluntad expresa de todos los que la conforman. Así, cualquier persona que ingresa en la sociedad simplificada lo hace por medio de una determinación consciente y voluntaria, bien expresada *ab initio*[...] o en el momento de adoptar la forma asociativa por vía de transformación, fusión o escisión. Para estos últimos casos, se requiere, como es

contemplado en el artículo 31 de la Ley 1258 busca evitar que cualquier persona pueda convertirse en accionista de una SAS sin haber accedido a ello en forma expresa.

Ahora bien, la defensa presentada por el apoderado de la compañía demandada consistió en señalar que el requisito de unanimidad previsto en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008 no debe aplicarse en hipótesis de escisión parcial, sino tan sólo cuando se trate de escisiones totales. En la contestación de la demanda se afirmó, por ejemplo, que el mencionado requisito 'sólo se requiere cuando la escisión supone la transferencia en bloque de la totalidad de los activos y pasivos de la sociedad que se escinde a la nueva sociedad'. (vid. Folio 683). De igual forma, durante la audiencia celebrada por este Despacho el 29 de enero de 2013, el apoderado de Gyptec S.A. señaló lo siguiente: 'Transformar una sociedad implica tomar toda la sociedad y volverla una sociedad distinta de la que originalmente era. Entonces es claro que si yo voy a traspasar todos los activos de Gyptec a una SAS, claro que necesito la unanimidad. De la misma manera si voy a transformar Gyptec en una SAS por supuesto que necesito la unanimidad. Pero para hacer una escisión que no es total, sino es parcial—poner unos bienes en cabeza de la sociedad escindida—por supuesto que no necesito la unanimidad. Inclusive lo que ha dicho la doctrina en estos casos es que [la unanimidad] se aplica cuando se hace la escisión y se pretende traspasar en bloque todos los activos y pasivos de la sociedad escidente a la escindida. Pero aquí es claro que es cuando una sociedad va a migrar a otra distinta, y este no es el caso, porque como se ve la sociedad [Gyptec S.A.] subsiste'.³

Los anteriores argumentos fueron reiterados en la audiencia de alegatos de conclusión, durante la cual el apoderado de la compañía demandada expresó que 'Gyptec ni se transformó ni transitó a un esquema societario distinto, sino que pretendía transferir la propiedad de unos bienes improductivos a otra sociedad distinta, de suerte que no le es aplicable el requisito de la unanimidad. Por supuesto que si Gyptec hubiera migrado a otro tipo de sociedad, por supuesto que se hubiera requerido la unanimidad, pero no migró a otro tipo societario'.⁴

El Despacho no puede compartir la interpretación formulada por el apoderado de Gyptec S.A. respecto del requisito de unanimidad contemplado en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008. Debe reiterarse que este importante requisito, derivado del carácter dispositivo del tipo de la SAS, busca asegurar que nadie pueda adquirir la calidad de accionista en una compañía de esta especie, a menos que consienta en ello de manera expresa. Así, pues, según ya se señaló, el 'tránsito' hacia la SAS a que alude el citado parágrafo debe incluir, necesariamente, cualquier proceso de escisión que desborde el objetivo antes reseñado. Es decir que, si en una sociedad anónima se propone una escisión total o parcial en la que los asociados reciban acciones de una SAS a título de contraprestación, el respectivo negocio jurídico deberá ser aprobado mediante el voto favorable de la totalidad de los accionistas de la escidente. De no ser así, se haría nugatorio el mecanismo de protección previsto en el artículo 31 de la Ley 1258, en tanto en cuanto cualquiera de

razonable dentro de una concepción estrictamente voluntaria de la SAS, la unanimidad de la totalidad de los accionistas que adopten la determinación respectiva'. FH Reyes Villamizar, SAS: La Sociedad por Acciones Simplificada, 2ª Ed. (2010, Bogotá Editorial Legis) 20-21.

³Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 29 de enero de 2013, folio 870 del expediente (9:40).

⁴Durante los referidos alegatos se señaló, además, que 'lo que dice el parágrafo es que se proponga el tránsito de una sociedad a otra por acciones simplificada, o viceversa. Nótese que la ley se refiere a la sociedad misma —"el tránsito de la sociedad" dice—, no se refiere a entregar bienes de la sociedad a la nueva. [El parágrafo del artículo 31] se refiere al "tránsito de la sociedad", no de los bienes de la sociedad, es decir no se puede confundir el sujeto con el objeto'. Cfr. grabación de la audiencia celebrada el 15 de febrero de enero de 2013, folio 880 del expediente (29:25).

tales sujetos podría convertirse en accionista de una SAS sin haber accedido a ello o, incluso, en contra de su voluntad.⁵

Adicionalmente, el Despacho estima necesario pronunciarse acerca las consideraciones efectuadas por el apoderado de Gyptec S.A. respecto del derecho de retiro. Durante la audiencia de alegatos de conclusión, el aludido apoderado identificó, en los siguientes términos, la incompatibilidad existente entre las disposiciones atinentes al derecho de retiro y el requisito de unanimidad previsto en el artículo 31 de la Ley SAS: '¿Cómo es posible aunar al tiempo el derecho de retiro con la unanimidad? Las dos cosas [simultáneamente] serían perfectamente absurdas. Si la Superintendencia llegara a la conclusión de que se necesita la unanimidad para una escisión del tipo de las que se trató aquí, inmediatamente tendría que decir a continuación que no hay derecho de retiro'. El Despacho encuentra que son acertadas las afirmaciones del apoderado de Gyptec S.A. Al establecerse el requisito de unanimidad para transformaciones, fusiones o escisiones que tengan por efecto el tránsito hacia una SAS, el legislador no dejó espacio para el ejercicio del derecho de retiro en esta particular clase de operaciones. Precisamente por las razones expresadas en el párrafo anterior, la Ley 1258 les confirió a los asociados de compañías tipificadas en el Código de Comercio una prerrogativa de mayor entidad que el retiro, vale decir, el derecho de veto, respecto de negocios jurídicos que puedan llevarlos a ser accionistas de una SAS. Es así como, de contarse con asociados ausentes o disidentes, el máximo órgano social no podrá aprobar un proceso de transformación, fusión o escisión que encuadre en la hipótesis fáctica del artículo 31 de la Ley 1258. Es claro, por lo demás, que el derecho de retiro tiene plena vigencia en operaciones que escapen del ámbito de aplicación de esa norma, como, por ejemplo, una escisión parcial de una SAS en la que otra SAS actúe como beneficiaria.

Formuladas las anteriores precisiones, debe ahora señalarse que la escisión parcial controvertida por Carlos Hakim tendría por efecto la constitución de una sociedad por acciones simplificada, Gyptec Inmuebles S.A.S. El Despacho observa, además, que, según los términos del proyecto presentado ante la asamblea general de accionistas de Gyptec S.A., Carlos Hakim se convertiría en accionista de esta SAS de nueva creación, a pesar de haber votado en contra de la escisión durante la reunión extraordinaria celebrada el 24 de septiembre de 2012. Se trata, ciertamente, de una de las hipótesis fácticas reguladas en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008, vale decir, la celebración de un negocio jurídico mediante el cual se produciría un 'tránsito' hacia el tipo de la SAS.⁶

Así las cosas, el Despacho considera que no se han aportado elementos de juicio que desvirtúen la conclusión preliminar expuesta en el Auto No. 801-016354 del 23 de noviembre de 2012, en el sentido de que 'las circunstancias fácticas [presentadas por el demandante] encajan dentro del supuesto regulado en el parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258 de 2008'. Es por ello por lo que la escisión parcial controvertida en este proceso debió haber sido aprobada mediante el voto

⁵El apoderado del demandante aportó un argumento adicional para sustentar la posición expresada en el texto principal. En su criterio, '[el artículo 31] simplemente dice que el requisito de la unanimidad de las acciones suscritas se requerirá en aquellos casos en los que "por virtud de un proceso de fusión o de escisión", sin [hacer] ningún tipo de calificación en relación con qué tipo de fusión y escisión se da. Donde la ley no distingue no le es dado distinguir al intérprete'. Cfr. grabación del 29 de enero de 2013, cit., (8:21).

⁶A diferencia de lo expresado por el apoderado de la demandada durante los alegatos de conclusión, el requisito de unanimidad examinado debe aplicarse siempre que se proponga un negocio jurídico que pueda dar lugar a un tránsito hacia la SAS, sin que para el efecto sea necesario examinar los estatutos de la sociedad beneficiaria o establecer si se conserva la simetría en las participaciones de capital de los accionistas una vez perfeccionada la escisión.

unánime de la totalidad de los accionistas de Gyptec S.A., en los términos del parágrafo del artículo 31 de la Ley 1258. Al no haberse cumplido con esta norma de carácter imperativo, el Despacho encuentra que la escisión parcial de Gyptec S.A., aprobada por su máximo órgano social durante la reunión extraordinaria del 24 de septiembre de 2012, adolece de nulidad absoluta. Por lo demás, en vista de que habrá de prosperar la pretensión principal de la demanda y a la luz de los elementos probatorios aportados durante el curso del proceso, el Despacho no se pronunciará sobre las pretensiones subsidiarias.

IV. COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor del demandante y a cargo de la sociedad demandada, una suma equivalente a dos salarios mínimos, es decir, \$1.179.000.

En mérito de lo expuesto, el Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

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

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

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

Cuarto. Condenar en costas a la sociedad demandada y fijar como agencias en derecho a favor del demandante la suma de \$1.179.000.

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

La anterior providencia se profiere a los veinte días del mes de febrero de dos mil trece y se notifica en estrados.

El Superintendente Delegado para Procedimientos Mercantiles,

José Miguel Mendoza