

SENTENCIA

Superintendencia de Sociedades

Bogotá, D.C.

Partes

Nancy Esther Garavito de Rojas

contra

Compañía Mercantil del Sur S.A.S., Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, Carlos Roberto Gutiérrez Cruz, William Roberto Gutiérrez Botero, Elsy Botero de Gutiérrez, Carlos Andrés Gutiérrez Botero y Juan Sebastián Gutiérrez Botero

Asunto

Artículo 133 de la Ley 446 de 1998
Artículo 24 del Código General del Proceso

Trámite

Proceso verbal

Número del proceso

2017-800-00399

Duración del proceso

144 días¹

I. ANTECEDENTES

El proceso iniciado por Nancy Esther de Rojas en contra de Compañía Mercantil del Sur S.A.S., Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, Carlos Roberto Gutiérrez Cruz, William Roberto Gutiérrez Botero, Elsy Botero de Gutiérrez, Carlos Andrés Gutiérrez Botero y Juan Sebastián Gutiérrez Botero, surtió el curso descrito a continuación:

1. El 4 de enero de 2018 se admitió la demanda de la referencia.
2. El 27 de abril de 2018 se cumplió el trámite de notificación.
3. El 23 de agosto de 2018 y el 10 de septiembre de 2018, se celebraron las audiencias judiciales convocadas por el Despacho.
4. El 29 de noviembre de 2018, las partes presentaron sus alegatos de conclusión.

¹ Este término se cuenta desde la notificación del auto admisorio de la demanda hasta la fecha en que se emitió la sentencia de primera instancia, según el método de cómputo establecido en el artículo 121 del Código General del Proceso. La demanda fue presentada el 20 de noviembre de 2018, y el auto admisorio de se notificó por estado el 5 de enero de 2018. El Superintendente de Sociedades, mediante resolución n.º 500-1348 de 18 de diciembre de 2017 suspendió los términos de los procesos judiciales adelantados por esta Superintendencia los días 22 y 29 de diciembre de 2017. Por esta razón, el auto admisorio de la demanda se habría notificado dentro del término establecido en el artículo 90 del Código General del Proceso. Sin embargo, con el fin de evitar nulidades derivadas de cualquier interpretación diferente, este Despacho prorrogó el término para fallar el presente proceso el 16 de noviembre de 2018, hasta el 20 de mayo de 2019.

5. Al haberse verificado el cumplimiento de las distintas etapas procesales, conforme con lo previsto en el Código General del Proceso, el Despacho se dispone a proferir sentencia.

II. PRETENSIONES

La demanda presentada por Nancy Esther de Rojas contiene las siguientes pretensiones:

'Principales

- A. 'Que se declare la ineficacia de pleno derecho de la enajenación de las acciones, en el contexto del contrato de compraventa del [e]stablecimiento de [c]omercio UDN 3 celebrado entre [Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial] GS y [Compañía Mercantil del Sur S.A.S.] Comesur, por haberse realizado en contravención de lo establecido por los estatutos, y por no haberse realizado conforme al procedimiento y requisitos previstos en el artículo 18 y 19 de los estatutos sociales de [Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial] GS.
- B. 'Que se ordene inscribir la ineficacia deprecada en el literal anterior en el libro de registro de accionistas.
- C. 'Que se condene en costas a la parte demandada.

'Subsidiarias

- A. 'Que se declare que entre [Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial] GS y [Compañía Mercantil del Sur S.A.S.] Comesur, medió una readquisición de acciones, producto del contrato de compraventa de [establecimiento de [c]omercio UDN 3.
- B. 'Como consecuencia de lo anterior, que se declare que la citada readquisición de acciones es absolutamente nula, por contravenir lo dispuesto en el artículo 396 del Código de Comercio.
- C. 'Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Grupo Surti S.A.S. en liquidación judicial, registrar en el libro de registro de accionistas la nulidad aquí prevista'.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La demanda sometida a consideración de este Despacho tiene como propósito principal que se advierta la ineficacia de la enajenación de 1.250 acciones que Carlos Roberto Gutiérrez Cruz, William Roberto Gutiérrez Botero, Elsy Botero de Gutiérrez, Carlos Andrés Gutiérrez Botero y Juan Sebastián Gutiérrez Botero —familia Gutiérrez Botero— ostentaban en Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, por no agotar el derecho de preferencia y haber contravenido las reglas sobre readquisición de acciones en los términos establecidos en los estatutos sociales. Subsidiariamente, la demanda está dirigida a que se declare la nulidad de la readquisición de dichas acciones por parte de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, por infringir las exigencias de la ley y del artículo 18 de los estatutos sociales para una operación de esa naturaleza.

1. Hechos

De conformidad con la información inscrita en el registro mercantil, el 2 de mayo de 2012 Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial absorbió, mediante una operación de fusión, a Uno A Distribuciones Ltda. Por virtud de la fusión, la familia Gutiérrez Botero adquirió acciones en Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial. Así mismo, el establecimiento de comercio UDN3, inicialmente de propiedad de Uno A Distribuciones Ltda., fue transferido en bloque a Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial (vid. Folio 210).



MINCIT



**GOBIERNO
DE COLOMBIA**

En la Superintendencia de Sociedades
trabajamos con integridad por un País
sin corrupción.

Entidad No. 1 en el Índice de Transparencia de las
Entidades Públicas. ITEP.



Debido a ciertas desavenencias entre los nuevos grupos de accionistas de la sociedad con posterioridad a la fusión —familias Gutiérrez y Garavito—, se afirma que se consideró en la posibilidad de reversar la operación (vid. Folio 17). Fue así como el 16 de febrero de 2013 la asamblea general de accionistas de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial aprobó que las 1.250 acciones de propiedad de la familia Gutiérrez Botero fueran 'readquiridas' por la sociedad y colocadas posteriormente en venta a favor de los demás accionistas (vid. Folio 248). De esta manera, el 1 de marzo de 2013 la familia Gutiérrez Botero cedió a Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial las 1.250 acciones que sus miembros ostentaban en la compañía (vid. Folios 195 a 199).

Posteriormente, el 19 de marzo de 2013, el presidente de la junta directiva de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, celebró un contrato de compraventa del establecimiento de comercio UDN3 a favor de Compañía Mercantil del Sur S.A.S., una sociedad 'controlada' por la familia Gutiérrez Botero. Como contraprestación, la familia Gutiérrez Botero se obligó a devolver a Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, las 1.250 acciones de las que eran titulares en dicha compañía (vid. Cd. Folio 11).²

Bajo el anterior esquema de negociación, entonces, los demandados dejarían de ser titulares de acciones en Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial y, a cambio, recibirían nuevamente el establecimiento de comercio a través de Compañía Mercantil del Sur S.A.S.

2. Análisis del caso presentado ante el Despacho

El apoderado de la demandante argumenta que Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial celebró un contrato de venta de establecimiento de comercio a favor de Compañía Mercantil del Sur S.A.S., cuyo precio finalmente se pagó con las 1.250 de las que eran titulares los miembros de la familia Gutiérrez Botero en la primera sociedad. En este sentido, lo que realmente habría ocurrido es que Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial recibió en pago sus propias acciones, lo cual constituye, necesariamente, una operación de readquisición sin que existieran utilidades líquidas ni reservas destinadas para ello. A juicio del referido apoderado, dicha operación, además de que no observó el derecho de preferencia en la negociación de acciones, infringió las reglas legales y estatutarias sobre readquisición de acciones y derivó en un detrimento patrimonial para la sociedad.³

Por su parte, el apoderado de la familia Gutiérrez Botero señala que la operación aludida no consistió en una readquisición de acciones por Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, sino que fue un mecanismo a través del cual se deshizo la fusión celebrada en 2012. De esta forma, entonces, las 1.250 acciones fueron devueltas a la compañía, pero se buscó la manera de que no estuvieran a su nombre sino de los demás accionistas. Para fundamentar su posición, el apoderado argumenta que más allá de lo que se hubiera estipulado en el contrato de compraventa de establecimiento de comercio, el juez debe estarse a la intención de las partes de acuerdo a las normas del Código Civil.⁴

² Por virtud del contrato de compraventa del establecimiento de comercio UDN3, Carlos Roberto Gutiérrez Cruz cedió a la compañía 313 acciones correspondientes al título accionario n.º 52; Elsy Botero de Gutiérrez cedió 313 acciones correspondientes al título accionario n.º 53; William Roberto Gutiérrez Cruz cedió 213 acciones correspondientes al título accionario n.º 54; Carlos Andrés Gutiérrez Botero cedió 212 acciones correspondientes al título accionario n.º 55; y Juan Sebastián Gutiérrez Botero cedió 199 acciones correspondientes al título accionario n.º 56 (vid. Cd. Folio 11).

³ Cfr. Grabación de la audiencia del 23 de agosto de 2018 (vid. Cd. Folio 146) 40:40 – 45:00.

⁴ Id. 53:04, 55:27 y 56:47.

Para resolver la controversia descrita, el Despacho considera pertinente señalar, en primer lugar, que al tenor del artículo 16 de los estatutos de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, 'los accionistas que pretendan transferir sus acciones deberán: 1. Presentar oferta escrita al representante legal de la sociedad, la cual debe contener por lo menos el número de acciones ofrecidas, el valor nominal de las mismas, el precio, el plazo, y las demás condiciones de la oferta. 2. Agotar el derecho de preferencia consagrado en estos estatutos sociales el cual se ejercerá a favor de la sociedad, y si sobraren acciones, a favor de los accionistas que aparezcan inscritos en el libro de registro de accionistas registrado en la Cámara de Comercio de Duitama' (vid. Folio 11). Igualmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 de los citados estatutos, '[l]a sociedad solo podrá ejercer el derecho de preferencia consagrado a su favor si: [...] 1.2. Existen utilidades líquidas de ejercicios anteriores' (vid. Cd. Folio 11).

Pues bien, una vez examinado el contrato de compraventa de establecimiento de comercio celebrado entre Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, en calidad de vendedora, y Compañía Mercantil del Sur S.A.S., en calidad de compradora, el Despacho encontró que las partes pactaron, en estricto sentido, que las 1.250 acciones de propiedad de la familia Gutiérrez Botero serían cedidas a favor de la sociedad vendedora como pago del precio (vid. Cd. Folio 11). A partir de lo anterior, parece suficientemente claro que los efectos derivados del precio pactado en el referido contrato corresponden, verdaderamente, a una readquisición de acciones. En efecto, la aludida figura, regulada en el artículo 396 del Código de Comercio, se encuentra prevista, precisamente, para que las acciones en cabeza de los accionistas pasen a ser de propiedad de la compañía.

Lo anterior es acorde, incluso, con lo expresado en el acta n.º 5, en la que consta la sesión asamblearia celebrada el 16 de febrero de 2013. En esta reunión se aprobó readquirir las 1.250 acciones de titularidad de la familia Gutiérrez Botero, para posteriormente volverlas a colocar a favor de los accionistas de la compañía a más tardar al finalizar el 2013.⁵ Así mismo, Carlos Roberto Gutiérrez Cruz también manifestó que enajenó sus acciones a favor de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial.⁶ De igual manera, José Fernel Garavito Arenas, miembro de la junta directiva de la compañía, aseguró que las 1.250 acciones fueron readquiridas por la sociedad en marzo de 2013.⁷

⁵ Según consta en el acta n.º 5 de la asamblea general de accionistas de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, se aprobó que, '[s]ometida a consideración y votación de la [a]samblea, esta vota favorablemente con el 54,2% del total de [a]cciones emitidas y pagadas la [o]pción número 1 las [a]cciones sean readquiridas por Grupo Surti S.A.S. y colocadas posteriormente en [v]enta entre los actuales [a]ccionistas de la [s]ociedad, con sujeción al [d]erecho de preferencia. El paquete conformado por estas 1.250 [a]cciones [o]rdinarias deberá ser colocado entre los [a]ccionistas de la [s]ociedad, antes de finalizar el periodo [f]iscal 2013, y para ello queda facultada la [j]unta [d]irectiva' (vid. Folio 249). Durante la audiencia el apoderado de la demandante solicitó al Despacho aplicar las consecuencias procesales de la respuesta evasiva a Juan Sebastián Gutiérrez Botero. Sin embargo, revisada la grabación de la audiencia, el Despacho considera que el demandado no contestó de manera evasiva sino que informó todo lo que sabía al Despacho, en el entendido que fue el señor Gutiérrez Cruz quien representó los intereses de la familia Gutiérrez Botero tanto en la operación de fusión como en la cesión de las 1.250 acciones.

⁶ Según lo manifestado por Carlos Roberto Gutiérrez Cruz, 'de acuerdo con lo pactado con el señor Fernel Garavito, nosotros devolvimos lo que habíamos recibido por parte de Grupo Surti S.A.S.', y ante la pregunta del apoderado de la demandante consistente en indicar si enajenó las acciones de su propiedad a Grupo Surti S.A.S., el señor Gutiérrez Cruz contestó: 'es cierto'. Cfr. Grabación de la audiencia del 23 de agosto de 2018 (vid. Cd. Folio 146) 1:44:10.

⁷ De acuerdo con lo manifestado por José Fernel Garavito Arenas, 'las acciones fueron readquiridas y retomadas por la compañía [...]. Tiempo después no sé si un año o dos años después el revisor fiscal nos hizo caer en cuenta que no podríamos tener esas acciones a nombre de Grupo Surti porque no habíamos tenido una reserva o una provisión para tal fin. [Como] no se podía dejar así seguramente se hizo un movimiento contable colocando esas acciones y

En este sentido, el Despacho encuentra que Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, en efecto, readquirió las 1.250 acciones. En primer lugar, esa fue la operación que, en estricto sentido, aprobó la asamblea general de accionistas de la compañía el 16 de febrero de 2013 (vid. Folio 248). En segundo lugar, el contrato de compraventa de establecimiento de comercio establece que la vendedora de dicho activo es Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, para cuyo efecto recibiría, en pago, las acciones de la familia Gutiérrez Botero en la misma sociedad, según consta en los títulos n.ºs 52 a 56, representativos de aquellas (vid. Cd Folio 11 y 365 a 374). En tercer lugar, el libro de registro de accionistas de la compañía da cuenta de que las acciones en comento nunca fueron inscritas a favor de los demás accionistas (vid. Folios 178 a 200).⁸ En cuarto lugar, los títulos antes mencionados tampoco fueron endosados a favor de los demás asociados (vid. Folios 365 a 374).

Ahora bien, el apoderado de la familia Gutiérrez Botero ha afirmado que la operación no correspondió a una readquisición de acciones sino que lo que buscaban las familias Gutiérrez y Garavito era deshacer los efectos derivados de la fusión entre Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial y Uno A Distribuciones Ltda. En esa medida, a su juicio, debe darse aplicación a lo dispuesto por el artículo 1618 del Código Civil, a cuyo tenor, 'conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras'. Sobre el particular, debe decirse que, si bien es perfectamente factible que las partes de un contrato acuerden deshacer los efectos jurídicos del negocio, ello no es óbice para que se desconozcan los mecanismos dispuestos en la legislación aplicable para ese fin. Así las cosas, si la intención de los accionistas de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial era deshacer la operación de fusión que un año atrás se había aprobado, habrían podido optar por escindir en bloque la parte del patrimonio que anteriormente había sido fusionada, bajo las reglas previstas para el efecto, o disminuir el capital suscrito con efectivo reembolso de los aportes. Para tales efectos, por supuesto, resultaría indispensable cumplir con las exigencias legales necesarias.

De otra parte, el referido apoderado también manifiesta que, de cualquier manera, tampoco se produjo una readquisición de acciones, comoquiera que estas fueron cedidas directamente a los demás accionistas de la compañía. A pesar de lo anterior, como ya se dijo, el Despacho no encontró que en el libro de registro de accionistas de la compañía se hubiera inscrito la cesión de las 1.250 acciones a favor de los demás accionistas de la compañía. Al respecto, no debe perderse de vista que el artículo 406 del Código de Comercio dispone que para que la cesión de acciones produzca efectos respecto de la sociedad y de terceros 'será necesaria su inscripción en el libro de registro de acciones'. Aunado a lo anterior, tampoco obra prueba en el expediente de que los accionistas de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial hayan aceptado alguna oferta por parte de la familia Gutiérrez Botero en el sentido de comprar dichas acciones.

Ahora bien, para efectos de aclarar cómo las acciones en cuestión habrían sido supuestamente distribuidas entre los demás accionistas de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, José Fernel Garavito Arenas sostuvo que, con posterioridad a la readquisición, dicha distribución ocurrió por virtud de

distribuyendo las acciones entre los socios'. Cfr. Grabación de la audiencia del 10 de septiembre de 2018 (vid. Cd. Folio 508) 33:52 y 40:00.

⁸ De acuerdo con lo consignado en el libro de registro de accionistas de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, la familia Gutiérrez Botero cedió sus acciones el 1 de marzo de 2013. Sin embargo, la última cesión de acciones inscrita a favor de los demás accionistas de la compañía ocurrió en 2012 (vid. Folios 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 185, 186, 187, 188, 191, 192, 193, 194 y 200).

movimientos simplemente contables a favor de tales personas.⁹ Ello habría tenido como sustento la advertencia del revisor fiscal de la compañía, en el sentido de que no se podía efectuar la readquisición sin utilidades líquidas o reservas especiales. Fue así como se decidió asignarles a los demás accionistas las precitadas acciones y generarles contablemente un cuenta por cobrar, con lo que se compensaría el valor del activo que había sido enajenado.¹⁰

Es por esto que en el dictamen a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2013 se dejó constancia de que '[...] la operación de venta la cual fue cancelada prácticamente en su totalidad con las acciones de la familia Gutiérrez, no afecta el número de acciones en circulación, pues como se informó anteriormente, estas fueron readquiridas por los socios restantes en proporción a su participación accionaria' (vid. Folio 404).

Con todo, el Despacho encuentra que el movimiento contable antes descrito tampoco es suficiente para desvirtuar la existencia de una readquisición de acciones por parte de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial. Ciertamente, para que hubiera podido producirse legítimamente una transferencia de las acciones readquiridas a los demás accionistas de esa compañía, se requería, indispensablemente, que se observara el procedimiento legal para la suscripción de acciones, vale decir, que la junta directiva emitiera el correspondiente reglamento de suscripción y colocación y que se observara el derecho de preferencia. No obstante, revisados los elementos de juicio que reposan en el expediente, el Despacho no encontró que se haya observado dicho procedimiento, ni mucho menos que se haya agotado el derecho de preferencia en la suscripción. A pesar de lo manifestado por Fermín Cárdenas Mayorga —revisor fiscal—, no obra prueba de aceptación o renuncia de los demás accionistas al precitado derecho.¹¹ Dicha circunstancia se encuentra acreditada, además, por la declaración de Nancy Esther Garavito de Rojas, quien manifestó que el representante legal de la compañía no le ofreció las acciones de la familia Gutiérrez Botero.¹² Es más, tal y como lo manifestaron Fermín Castañeda Mayorga y Carlos Arturo Sierra Mayorga —representante legal—, los demás accionistas de la compañía no pagaron suma alguna a la familia Gutiérrez Botero por la supuesta cesión de 1.250 acciones a su favor.¹³

Así, pues, a pesar de que en el acta de la sesión asamblearia del 20 de febrero de 2016 se haya dejado constancia que Nancy Esther Garavito de Rojas ostentaba 793 acciones, lo cierto es que en el libro de registro de accionistas se encuentran inscritas únicamente 699 acciones a su favor (vid. Folios 185 y 258). Al respecto, no debe perderse de vista la ya citada disposición prevista en el artículo 406 del Código de Comercio.

Por virtud de lo anterior, el Despacho debe igualmente concluir que, en la medida en que el precio pactado como contraprestación a la venta del

⁹ Según lo manifestado por José Fernel Garavito Arenas, 'cuando acordamos en la asamblea general de accionistas que la familia Gutierrez saliera y retomara sus activos, las acciones fueron readquiridas y retomadas por la compañía, porque el negocio no se acordó con los socios, sino que fue un negocio institucional [...]. Tiempo después, no sé si un año o dos años después, el revisor fiscal nos hizo caer en cuenta que no podríamos tener esas acciones a nombre de Grupo Surti porque no habíamos tenido una reserva o una provisión para tal fin. [Como] no se podía dejar así, seguramente se hizo un movimiento contable colocando esas acciones y distribuyendo las acciones entre los socios para resolver un tema porque no había fundamento legal para retomar el paquete accionario'. Cfr. Grabación de la audiencia del 10 de septiembre de 2018 (vid. Cd. Folio 508) 33:52 y 40:00.

¹⁰ Cfr. Grabación de la audiencia del 10 de septiembre de 2018 (vid. Cd. Folio 508) 1:19:11.

¹¹ Id. 1:31:00.

¹² Cfr. Grabación de la audiencia del 23 de agosto de 2018 (vid. Cd. Folio 146) 2:43:55 y 2:44:35.

¹³ Cfr. Grabación de la audiencia del 10 de septiembre de 2018 (vid. Cd. Folio 508) 1:04:03 y 1:32:19.



MINCIT



GOBIERNO
DE COLOMBIA

En la Superintendencia de Sociedades
trabajamos con integridad por un País
sin corrupción.

Entidad No. 1 en el Índice de Transparencia de las
Entidades Públicas. ITEP.



establecimiento de comercio UDN3, por parte de Grupo Surti S.A.S en Liquidación Judicial a favor Compañía Mercantil del Sur S.A.S., consistió en la transferencia a la misma sociedad vendedora de las acciones que allí ostentaba la familia Gutiérrez Botero, se trató de una verdadera readquisición de acciones. Corresponde ahora determinar, entonces, si la aludida operación cumplió con las reglas legales y estatutarias para el efecto.

Sobre el particular, el artículo 396 del Código de Comercio establece que 'para realizar [una operación de readquisición de acciones] se emplearán fondos tomados de las utilidades líquidas'. Dicha disposición encuentra su razón de ser en que, a la luz del régimen societario vigente, no es posible que la compañía readquiera acciones con cargo a sus activos, pues ello ocasionaría un detrimento patrimonial y podría afectar la prenda general de los acreedores. Por tal motivo, la norma únicamente prevé que la compañía readquiera sus acciones si las puede pagar con utilidades líquidas o reservas destinadas para tal fin.

Sobre este punto, Martínez Neira ha expresado que 'a efectos de que la readquisición no constituya una restitución velada de aportes a los socios, contrariando el principio de integridad e inmutabilidad del capital de las sociedades por acciones, la ley exige que la adquisición de las acciones por parte de la misma sociedad se haga con cargo a "fondos tomados de las utilidades líquidas", que constituyen las denominadas reservas para readquisición de acciones. Porque cuando el pago del precio de las acciones readquiridas se fondea con dichas reservas, no se estará restituyendo el capital a los socios, sino empleando las partidas del superávit para ese fin'.¹⁴ Igualmente, Narváz ha expresado que no es posible que las acciones readquiridas por la compañía se paguen con fondos distintos a los provenientes de las utilidades líquidas o reservas, debido a que si ello se permitiera, 'la suscripción de acciones no implicaría una nueva aportación puesto que la sociedad las pagaría con fondos de su propio patrimonio [...]. La finalidad de esta condición radica en que no se emplee el capital'.¹⁵

Lo anterior es, a su vez, acorde con lo dispuesto por el artículo 18 de los estatutos sociales, según el cual, la compañía podrá ejercer su derecho de preferencia en la adquisición de acciones únicamente cuando cuente con utilidades líquidas.

Dicho lo anterior, el Despacho encontró que el derecho de preferencia para la transferencia de acciones con ocasión de la mencionada operación se habría agotado, en principio, a favor de la sociedad (vid. Folio 249). No obstante, dicha prerrogativa no fue ejercida en debida forma de conformidad con el artículo 18 antes citado, ni la readquisición cumplió con lo dispuesto por el artículo 396 del Código de Comercio. Ello obedece a que, si bien la compañía decidió finalmente adquirir las acciones de la familia Gutiérrez Botero, no contaba con las utilidades líquidas necesarias para el efecto. En verdad, los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2012, dan cuenta de que Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial no contaba con utilidades líquidas del ejercicio, ni con utilidades acumuladas, como tampoco con reservas destinadas para readquirir acciones (vid. Folio 203).¹⁶

Adicionalmente, la operación descrita también resulta irregular por cuanto, como lo ha manifestado la Superintendencia de Sociedades en sede administrativa, 'tampoco es admitida por esta Entidad, la posibilidad de traspasar

¹⁴ N H Martínez Neira, Cátedra de Derecho Contractual Societario, 2ª edición (Bogotá D.C., 2014, Legis Editores) 715.

¹⁵ J I Narváz García, Tipos de Sociedad, 2ª edición (Bogotá D.C., 2002, Legis Editores) 262 y 264.

¹⁶ Los estados financieros de la compañía con corte a 31 de diciembre de 2012 dan cuenta que, la compañía tenía pérdidas acumuladas por valor de \$1.405.345.503 y pérdidas del ejercicio por valor de \$1.023.369.845 (vid. Folio 377).

en dación en pago a nombre de la sociedad, las acciones que el accionista deudor posea en la compañía emisora, con el fin de solucionar una obligación suya en favor de aquella, razón que sin duda constituye una seguridad para los terceros acreedores de la sociedad y de sus mismos accionistas, como quiera que el capital de la sociedad en todo caso quede indemne en la operación a que haya lugar'.¹⁷

A la luz de lo anterior, debe concluirse que la transferencia de acciones pactada con ocasión del contrato de compraventa de establecimiento de comercio celebrado entre Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial y Compañía Mercantil del Sur S.A.S. es ineficaz, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 y 18 de los estatutos sociales. Además de que dicha operación constituyó una readquisición de acciones cuyo pago no se realizó con utilidades líquidas ni reservas especiales para ello en los términos del artículo 18 de los estatutos sociales, para el Despacho es abiertamente censurable la entrega de acciones en pago a la misma compañía como consecuencia de la venta de un activo social a un tercero.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por el apoderado de los demandados, debe decirse que, no obstante la operación descrita hubiera tenido como fin deshacer una operación de fusión que no dio los resultados esperados,¹⁸ ciertamente, a la luz de la legislación societaria vigente, la ausencia de requisitos formales y la falta de cumplimiento a lo previsto en la ley y los estatutos puede, por supuesto, viciar una transferencia irregular de acciones sin que para ello deba auscultarse a la intención de las partes.¹⁹

Igualmente, no podría tampoco pasarse por alto que el mecanismo utilizado para supuestamente subsanar las irregularidades descritas frente a la readquisición de acciones resulta igualmente cuestionable. En verdad, la distribución contable unilateral de las 1.250 acciones a los demás accionistas en proporción a la participación que ostentaban en el capital y la creación de una cuenta por cobrar a su cargo tampoco encuentra fundamento legal.

Con base en las consideraciones antes expuestas, el Despacho encuentra que la transferencia de las 1.250 acciones que eran de propiedad de Carlos Roberto Gutiérrez Cruz, William Roberto Gutiérrez Botero, Elsy Botero de Gutiérrez, Carlos Andrés Gutiérrez Botero y Juan Sebastián Gutiérrez Botero en Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, a favor de esta última compañía, se efectuó en contravención a los artículos 16 y 18 de los estatutos sociales. Así las

¹⁷ Cfr. oficio n.º 220-28547 del 11 de julio de 2001.

¹⁸ Según lo afirmó Carlos Arturo Sierra Arciniegas, 'cuando la familia Gutiérrez tomó la decisión de no continuar en esa relación lo que se hizo fue proponerle a Grupo Surti [S.A.S.] y a los respectivos socios que entregaran la parte de los activos, la parte de los pasivos, que representaba el negocio de Neiva y ellos [—la familia Gutiérrez Botero—] pagaban ese negocio con las acciones que ellos tenían en Grupo Surti [S.A.S.]'. Cfr. Grabación de la audiencia del 10 de septiembre de 2018 (vid. Cd. Folio 508) 59:03. Así mismo, de acuerdo a lo manifestado por Fermín Cárdenas Mayorga, 'lo que se les vendió lo pagaron en sus propias acciones, es decir que esas acciones quedaron en cabeza de la compañía pero como no había reservas entonces se crearon cuentas por cobrar a cargo de los accionistas'. Cfr. Grabación de la audiencia del 10 de septiembre de 2018 (vid. Cd. Folio Cd. 508) 1:19:11.

¹⁹ Según lo afirmado por el señor Gutiérrez Cruz, 'pensamos ante la situación de ruptura con los socios, que así como lo habíamos planteado con Fernel Garavito, simplemente deshiciéramos el negocio y que ellos se quedarán con sus operaciones y nosotros nos quedábamos con nuestra operación en la ciudad de Neiva [...]. Si bien es cierto que se han hecho unos documentos, pues esta operación se hizo siempre en los términos de absoluta confianza, porque realmente para mí que indudablemente ejerzo desde hace muchos años la profesión del comercio consideraba que la palabra es algo sagrado, por lo tanto se hicieron los documentos. De hecho, se firmaron todos los papeles que nos hicieron llegar a nosotros'. Cfr. Grabación de la audiencia del 23 de agosto de 2018 (vid. Cd. Folio 146) 1:3341 y 1:37:45.

cosas, con fundamento en lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1258 de 2008, se advertirá la ineficacia de la mencionada operación.²⁰ En consecuencia, se ordenará al liquidador de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial que efectúe las anotaciones que correspondan en el libro de registro de accionistas de la compañía, a efectos de que las 1.250 acciones objeto de estudio en este proceso aparezcan inscritas a favor de quienes eran sus titulares con anterioridad a la aprobación de la readquisición de acciones censurada por este Despacho.

Por último, en cuanto a la supuesta prescripción alegada por el apoderado de la familia Gutiérrez Botero, debe recordarse que, por virtud de lo previsto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, 'las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años'. De ahí que la acción de reconocimiento de presupuestos de ineficacia propuesta de forma principal por el apoderado de la demandante, se haya presentado en término.

IV. COSTAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, para lo cual se usarán los criterios establecidos en el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura. En consecuencia, se fijará como agencias en derecho a favor de la demandante y a cargo de los demandados, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En mérito de lo expuesto, la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria I, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Advertir la ineficacia de la transferencia de las 1.250 acciones que eran de propiedad de Carlos Roberto Gutiérrez Cruz, William Roberto Gutiérrez Botero, Elsy Botero de Gutiérrez, Carlos Andrés Gutiérrez Botero y Juan Sebastián Gutiérrez Botero en Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial, a favor de esta última compañía, por virtud del contrato de compraventa de establecimiento de comercio celebrado el 19 de marzo de 2013 entre Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial y Compañía Mercantil del Sur S.A.S. (antes, Consorcio Mercantil del Sur S.A.S.).

Segundo. Ordenarle al liquidador judicial de Grupo Surti S.A.S. en Liquidación Judicial que efectúe las anotaciones que correspondan en el libro de registro de accionistas de la compañía, a efectos de que las 1.250 acciones objeto de estudio en este proceso aparezcan inscritas a favor de quienes eran sus titulares con anterioridad a la aprobación de la readquisición de acciones censurada por este Despacho.

Tercero. Condenar en costas a los demandados y fijar como agencias en derecho a favor de la demandante, una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

²⁰ El artículo 15 de la Ley 1258 de 2008 establece que '[t]oda negociación o transferencia de acciones efectuada en contravención a lo previsto en los estatutos sociales será ineficaz de pleno derecho.

La anterior providencia se profiere a los veintinueve días del mes de noviembre de dos mil dieciocho y se notifica en estrados.



MARIA VICTORIA PEÑA RAMIREZ
COORDINADOR GRUPO JURISDICCIÓN SOCIETARIA 1



MINCIT



**GOBIERNO
DE COLOMBIA**

En la Superintendencia de Sociedades
trabajamos con integridad por un País
sin corrupción.

Entidad No. 1 en el Índice de Transparencia de las
Entidades Públicas. ITEP.

